

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

**Nr. 2 / 2015**  
**Aprilie – Iunie**

## **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

» <b>Studii:</b> Mihai Bogdan Ionescu-Lupeanu, ION ROSETTI-BĂLĂNESCU (1893-1971) .....	5
» <b>Studii:</b> Nonu-Gheorghe Pușcariu, EFECTUL CONSTITUTIV DE DREPTURI ASOCIAT ÎNSCRIERILOR ÎN CARTEA FUNCİARĂ * <i>THE CONSTITUTIVE EFFECT RELATED TO THE ENTRIES IN THE LAND REGISTER</i> .....	19
» <b>Articole:</b> Dorin Jorea, PETITE HISTOIRE DES MESURES DE PROTECTION DES INCAPABLES EN DROIT FRANÇAIS * <i>SHORT HISTORY OF THE PROTECTION MEASURES DESIGNATED FOR INCAPABLE PERSONS IN FRENCH LEGAL SYSTEM</i> .....	53
» <b>Articole:</b> Bazil Oglindă, TRANSFERUL RISCULUI DE LA VÂNZĂTOR LA CUMPĂRĂTOR ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL ROMÂN * <i>RISK TRANSFER FROM THE SELLER TO THE BUYER IN THE NEW ROMANIAN CIVIL CODE</i> .....	73
» <b>Articole:</b> Cristina Pop, UNELE ASPECTE PRIVIND DIVORȚUL ÎN DREPTUL ROMAN * <i>GENERAL CONSIDERATIONS CONCERNING DIVORCE IN ROMAN LAW</i> .....	83
» <b>Articole:</b> Larisa Pop, COMPORTAMENTE FRAUDULOASE ALE SOCIETĂȚILOR ÎN MATERIA TVA. ÎNCERCĂRI DE COMBATERE A FRAUDEI FISCALE LA NIVEL NAȚIONAL ȘI EUROPEAN * <i>THE FRAUDOLENT BEHAVIOUR OF COMPANIES REGARDING THE VAT. ATTEMPTS AGAINST TAX FRAUD AT NATIONAL AND EUROPEAN LEVEL</i> .....	109
» <b>Articole:</b> Mihai Safta, VECHIUL DREPT ROMÂNESC, <i>IUS VALACHICUM</i> . STUDIU ASUPRA CNEZATELOR SUPUSE LUI <i>LEX SAU MODUS OLACHORUM</i> * <i>CUSTOMARY ROMANIAN LAW, IUS VALACHICUM. STUDY OF THE TERRITORIAL AND SOCIAL FORMS OF ORGANIZATION KNOWN AS "CNEZATE" AND THE RELATION BETWEEN IUS COMMUNE AND IUS OLACHORUM</i> .....	143
» <b>Articole:</b> Ana-Maria Toader, OBSERVAȚII PRIVIND NOȚIUNEA DE RISC ÎN DREPTUL CONTRACTELOR * <i>OBSERVATIONS SUR LA NOTION DE RISQUE DANS LE DROIT DES CONTRATS</i> * <i>CONSIDERATIONS ON THE NOTION OF RISK IN CONTRACT LAW</i> .....	156

### **Conferința internațională de Criminalistică *Clasic și modern în obținerea și valorificarea științifică a probatoriului*, Cluj-Napoca, 13-15 iunie 2015**

Sorin Alămoreanu, REZULTATE, STANDARDE ȘI REGULI ÎN EXPERTIZA CRIMINALISTICĂ. CE ȘI CUM ? * <i>RESULTS, STANDARDS, RULES IN FORENSIC EXPERTISES. WHAT AND HOW?</i> .....	183
Árpád Budaházi, TESTING PROCEDURE OF THE POLYGRAPH EXAMINATION .....	190
Csaba Fenyvesi, CLASSIC AND MODERN TENDENCIES IN THE MEANING AND SYSTEM OF CRIMINALISTICS.....	208
Kornél GIRHINY, THE PROBLEM OF THE INVESTIGATION OF COMPUTER CRIMINALITY.....	218



## **STUDII**

### **ION ROSETTI-BĂLĂNESCU (1893-1971)**

**Mihai Bogdan IONESCU-LUPEANU\***

Una dintre cele mai importante lucrări pentru civilişti din ultimul secol este *Tratatul de drept civil român*, publicat la editura „Națională” S. Ciornei, în anii 1928-1929 (ediția princeps) și care poartă semnăturile lui C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu și Al. Băicoianu.

Importanța lucrării a fost recunoscută la data apariției prin premiarea ei de către Academia Română cu Marele Premiu al Statului „Gheorghe Asachi” în anul 1930, după ce în prealabil, în anul 1929, Academia Română acordase *cea mai mare parte din premiul Adamache lucrării valoroase a D-lui C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu și Al. Băicoianu: Tratat de Drept Civil Român publicat în 3 volume*<sup>1</sup>, iar de către posteritate prin reeditarea ei după 1989.

*Raportul prezentat Academiei Române pentru premiarea lucrării „Tratat de Drept Civil scris de D-nii C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu și Al. Băicoianu*, semnat de eminentul jurist Andrei Rădulescu, a fost publicat în paginile revistei *Dreptul*<sup>2</sup>, singurele critici aduse lucrării fiind modalitatea de citare a surselor bibliografice în text, de natură a îngreuna citirea, unele inadvertențe față de *rezultatele noilor cercetări* în partea referitoare la *istoricul dreptului nostru civil, la drepturile soțului supraviețuitor, la împărțeala moștenitorilor, la ipoteци și privilegii și la alte materii*, precum și gustul personal al raportorului care ar fi preferat întrebuintarea mai mult a doctrinei românești și o subliniere a îmbunătățirilor codului civil de la 1864 față de codul civil francez ce-i servise drept model.

După cum menționa Dumitru Rădescu în *Nota asupra ediției* din 1998, *Tratatul de drept civil* se numără printre cele mai solicitate lucrări aflate în bibliotecile facultăților de drept, (...) puține sunt lucrările de drept civil ulterioare care să nu cuprindă referințe la „Tratat...” și, oarecum nedrept, „Tratatul de drept civil” este numit deseori „Tratatul Hamangiu”, asta deoarece, credem noi, nu mulți acordă atenție și prefeței lui C. Hamangiu, care mărturisește pe de-o parte, *marele merit* al distinșilor săi colaboratori, domnii I. Rosetti-Bălănescu și Al. Băicoianu, (...) *cea mai mare parte a acestei lucrări este datorată muncii lor neobosite de aproape patru ani și spiritului lor pătrunzător de analiză și sinteză juridică*, iar pe de alta, că partea sa de colaborare este mai mică. Cu toate acestea dacă informațiile privitoare la Constantin Hamangiu nu lipsesc, nu același lucru se poate spune și despre co-autorii (în fapt, principalii autori) ai *Tratatului de Drept Civil Român*: I. Rosetti-Bălănescu și Al. Băicoianu.

Ion Rosetti-Bălănescu, fratele academicianului Alexandru Rosetti, se trăgea dintr-o familie în care studiul dreptului constituia o tradiție. Pe linie paternă, tatăl său, Petre Rosetti-Bălănescu (1868 – 1923), era licențiat al Facultății de Drept a Universității București și fusese judecător de pace și avocat în Baroul București<sup>3</sup>, bunicul – Neculai Rosetti-Bălănescu (1827 – 1884) absolvise Facultatea de Drept din Paris<sup>4</sup>, iar străbunicul – Petrache Rosetti-Bălănescu (1794 – 1874), cu studii în Rusia, condusesse Departamentul de Justiție al Moldovei, funcție din care demisionase la 14 noiembrie 1833<sup>5</sup>. Pe linie maternă bunicul, C. C. Cornescu (1830 – 1900), autorul celebrei lucrări *Manualul Vânătorului* (1874) pentru care Alexandru Odobescu scrisese, ca prefață, *Pseudo-kynegeticos*, fusese magistrat vreme de 14 ani<sup>6</sup>.

Ion Rosetti-Bălănescu<sup>7</sup> s-a născut în București, la 26 octombrie 1893 (act de naștere 6108 /27 octombrie 1893). A absolvit Liceul Gh. Lazăr din București, secțiunea clasică – modernă (diploma de absolvire 429 / 25.06.1912).

Încă din timpul liceului a manifestat interes pentru astronomie, ca dovadă fiind cele 6 articolele publicate, împreună cu vărul său, Constantin Rosetti-Bălănescu (1892-1994), în intervalul ianuarie 1911 – august 1912, în revista *Orion (revistă mensuală de astronomie)*, dintre care doar primele două în limba română<sup>8</sup>, celelalte în limba franceză<sup>9</sup>. Dintr-un fragment cu iz autobiografic din ultimul lor articol în revista *Orion* credem ca observațiile astronomice începuseră sau cel puțin deveniseră o obișnuință pentru ei începând cu anul 1909. Unul dintre materialele scrise în limba franceză – observațiile asupra planetei Venus – a atras atenția lui Joseph H. Elgie, membru al Societății Astronomice Regale din Anglia, care le-a dedicat un întreg articol în *The Yorkshire Weekly Post*<sup>10</sup>. În ședința din 25 noiembrie 1911 a Societății Astronomice Române „Flammarion”, cei doi tineri au făcut o comunicare *asupra rezultatului obținut cu fotografierea Pleiadelor*<sup>11</sup>.

După ce revista *Orion* și-a încetat apariția, Constantin și Ion Rosetti-Bălănescu și-au continuat activitatea publicistică în *Ziarul Călătoriilor și al Științelor Populare* devenit, în noiembrie 1913, *Ziarul Științelor Populare și al Călătoriilor*. Am reușit identificarea a patru materiale pe teme de astronomie publicate, de către cei doi, în această ultimă publicație, la sfârșitul anului 1912 și începutul anului 1913<sup>12</sup>.

Ulterior, în perioada 1913 – 1915, Ion Rosetti-Bălănescu va publica, ca unic autor, 16 materiale privitoare la observațiile sale astronomice<sup>13</sup>. Vărul său, Constantin Rosetti-Bălănescu, își va continua și el, până în anul 1916, activitatea publicistică în paginile *Ziarului Științelor Populare și al Călătoriilor*, însă singura colaborare dintre cei doi veri va consta în ilustrarea de către Ion Rosetti-Bălănescu a unui articol al celui dintâi. Acest tip de colaborare va fi reluat, patru decenii mai târziu, când lucrarea, în trei volume, *Păsările Vânătorului* (1956 – 1957) a lui Constantin Rosetti-Bălănescu, va fi ilustrată cu desenele în peniță, realizate după planșe foto, de vărul său, profesorul de drept proaspăt pensionat.

Tinerii sunt prezentați în nota *Doi amatori-astronomi*<sup>14</sup>, însoțită de câte o fotografie, executată în jurul anului 1912, la Câmpulung, în vreme ce fac o observație solară. În anul 1913 cei doi veri se găseau în lista persoanele care *au aderat la ideea înființării societății „Prietenii Științei”*<sup>15</sup>.

Poate amintirea lui Victor Anestin (1875 – 1918) și a unui articol intitulat *Astronomia și bibliotecile noastre*<sup>16</sup> în care se spunea ca *cele câteva biblioteci publice din București se diosebesc de bibliotecile din orașele civilizate prin lipsa scrierilor astronomice (...), la Academie, la Fundațiunea Carol, vei găsi numai câteva scrieri astronomice și acelea cine știe cum s'au*

rătăcit pe acolo, l-au determinat pe Ion Rosetti-Bălănescu să își doneze biblioteca de astronomie sau cel puțin o parte a ei, Bibliotecii Central Universitare din București. În fondul de carte al susmenționatei biblioteci pot fi identificate 47 de volume de astronomie din această donație, conținând cărți în limbile engleză, franceză și germană, publicate între 1866 – 1913.

A studiat la Facultatea de Drept a Universității București luându-și licența în anul 1915 (diploma nr.7609/3 iulie 1915) și doctoratul în drept la Paris, în anul 1921 (diploma 239 / 2 aprilie 1921). A participat, ca voluntar, la cel de-al Doilea Război Balcanic, servind în Regimentul 10 Artilerie și ajungând până la gradul de sublocotenent. Primul Război Mondial, campania 1916 – 1918, în cadrul Regimentului 4 Obuziere. Înaintat la gradul de căpitan de rezervă la 1 septembrie 1917, s-a căsătorit, la 12 septembrie 1926, în comuna Hermeziu (Iași), cu Elena N. Miculescu cu care a avut doi copii<sup>17</sup>.

Avocat (1921 – 1930), deputat de Iași (1931), devine director general al Regiei Publice Comerciale a Loteriei Privilegiate de Stat pe Clase în decembrie 1931, funcție pe care o deținea încă în anul 1937<sup>18</sup>, dar pe care n-o mai îndeplinea în anul 1942, dat fiind că semnătura sa nu se mai regăsește pe biletele de loterie din acel an<sup>19</sup> (ultimul bilet de loterie purtând semnătura sa, identificat de către noi, în volumul *Loteria Națională din România: o istorie ilustrată*, este valabil pentru tragerea din 15 februarie 1939<sup>20</sup>). Raportat la evoluția sa ulterioară credem că mandatul său a încetat, cel mai târziu, în septembrie 1940, fiind greu de crezut că un personaj care ar fi servit într-o funcție publică Statul Național Legionar ar fi putut nu numai să evite încarcerarea dar să și rămână, după 1947, în câmpul muncii într-o poziție potrivită cu pregătirea sa.

A colaborat cu revista *Pandectele române* începând cu anul 1921. Anexăm o lista a materialelor publicate, singur sau în colaborare cu alte persoane, așa cum rezultă din indexul alfabetic al autorilor.

Îl regăsim, pe pagina de gardă a publicației, printre secretarii de redacție (1923 – 1924), redactori (1925 – 1930), iar apoi, începând cu anul 1931 și până la încetarea apariției revistei, printre principalii colaboratori ai acesteia.

Momentul la care Ion Rosetti-Bălănescu revine în avocatură este incert. În ceea ce ne privește, considerăm că, în mod eronat, Ion Rosetti-Bălănescu a fost menționat, pe pagina de gardă a revistei *Pandectele Române*, după 1931, cu titlatura de avocat; ne raportăm la funcția sa de director general al Regiei Publice Comerciale a Loteriei Privilegiate de Stat pe Clase coroborată cu informațiile oferite de *Agenda și Anuarul Magistraturii și Baroului 1936*<sup>21</sup> care nu-l menționează ca avocat în nici unul dintre județele țării. De altfel, considerăm că mai aproape de adevăr cu privire la istoricul profesional al celor implicați în apariția *Pandectelor Române* sunt mențiunile din indexul alfabetic al autorilor (tabla de materii pe numele comentatorilor) care, spre exemplu, în anii 1936 – 1938, îl menționează doar cu titlatura de *doctor în drept din Paris*. În anii 1933, 1935, 1939 și 1940, Ion Rosetti-Bălănescu nu contribuie efectiv cu vreun material la apariția *Pandectelor Române*, prin urmare nu se regăsește în indexul alfabetic, iar din anul 1941 și până în anul 1948, perioadă în care își aduce, neîntrerupt, aportul la apariția revistei, figurează cu titlatura de avocat.

În anul 1938, se numără printre colaboratorii primului volum (*Statul*) din cele patru apărute ale *Enciclopediei României*, proiectată în șase volume, coordonată de Dimitrie Gusti. Mai precis, Ion Rosetti-Bălănescu, alături de Andrei Rădulescu, va elabora capitolul al VII-lea: *Legislația civilă*.

Spre finalul vieții profesionale active, Ion Rosetti-Bălănescu va desfășura activitate didactică. Prima mențiune a calității de conferențiar universitar am găsit-o în tabla de materii pe 1947 a Pandectelor Române redactată de avocatul M. T. Popovici. Fidel devizei familiei sale – *SERENO AUT NUBILO SOSPES (În senin ori în negură, teafăr)*<sup>22</sup> – rămâne în învățământul universitar și după 1948, cu același grad academic, reușind să evite îndepărtarea din profesie. Este menționat<sup>23</sup> în documentele aflate în arhiva Universității București în luna aprilie a anului 1950 și este *pensionat probabil după această dată*<sup>24</sup>.

În anii '50, Ion Rosetti-Bălănescu este *recuperat*, împreună cu alți eminenti juriști care, după 1947, nu-și mai puteau găsi un loc în avocatură, magistratură sau în mediul universitar, de către academicianul Andrei Rădulescu, în nou înființatul Colectiv pentru vechiul drept românesc. Se va număra printre membrii acestui colectiv care au contribuit efectiv la redactarea volumului *Pravilniceasca condică 1780 (ediție critică)*<sup>25</sup>, precum și la o parte a lucrărilor necesare editării volumului *Codul Calimach (ediție critică)*<sup>26</sup>. Postum pentru cei mai mulți dintre membrii colectivului, în anul 1991, va vedea lumina tiparului și *Chestionarul pentru adunarea obiceiurilor juridice ale poporului român*<sup>27</sup>, lucrare la a cărei redactare își adusese aportul.

Înșirarea onorabilă din scenă este confirmată de necrologul publicat, în anul 1971, în ziarul *România liberă*, care anunța *încetarea din viață a profesorului Ion Rosetti-Bălănescu*, trupul neînsuflit fiind *depus la biserica Pitar Moș, unde se va oficia ceremonia religioasă, vineri, 7 mai, ora 16,30*<sup>28</sup>. În urma consultării principalelor publicații de profil din epocă, în speță *Revista Română de Drept, Analele Universității București: Științe Juridice și Studii și Cercetări Juridice*, nu am putut identifica un necrolog al acestui reputat jurist care să ne arate ecourile dispariției sale în rândul lumii academice.

A primit de-a lungul vieții următoarele distincții<sup>29</sup>: *Coroana României* în rang de cavaler (decret nr.65/9 ianuarie 1918), *Steaua României* în rang de ofițer (Decret nr.998 / 22 martie 1930), *Medalia comemorativă 1916 – 1918* cu baretele Ardeal, Oituz, Carpați, Mărășești (Decret nr.1774 / 7 iulie 1918), *Medalia Victoria* (Decret nr.3390 / 30 iulie 1921), *Meritul Cultural pentru Sport* clasa a II-a (Decret nr.1893 / 23 iunie 1933) și *Meritul Sanitar* clasa I-a (Brevet nr.4471 / 18 august 1933).

Volumele pe care-și regăsește semnătura, identificate de către noi, sunt: *Tratatul de drept civil român*, la care este coautor alături de C. Hamangiu și Al. Băicoianu (editura „Națională” S. Ciornei, București, 1928-1929, ediție princeps, reeditat în de editura All și All Beck, în 1996-1998, respectiv 2002), *Dreptul în general și noțiunile sale fundamentale: expunere introductivă la studiul dreptului* (editura Ziarului „Universul”, București, 1937), *Drept civil român*<sup>30</sup>. *Studii de doctrină și jurisprudență: Teoria generală a obligațiilor, probele, contractele speciale, garanțiile personale și reale*, coautor Al. Băicoianu, vol. II, (editura Socec et Co., București, 1943), *Drept civil român. Regimuri matrimoniale. Succesiuni. Donațiuni. Testamente.*, coautor Al. Băicoianu, vol. III, (Editura Socec & Co., S. A. R., București, 1947), *Principiile dreptului civil român*, coautori Ovid. Sachelarie și Nic. G. Nedelcu (Editura de Stat, București, 1947), *Curs de enciclopedia dreptului (anul I Licență)*(București, 1947 – 1948) și *Procedură Civilă și organizare judecătorească* (București, 1950 – 1951), coautor Ilie Stoenescu.



**Anexă: Materialele publicate de Ion Rosetti-Bălănescu (singur sau în colaborare) în  
„Pandectele Române” potrivit Tabelor de materii pe ani ale publicației<sup>1</sup>**

**1921 – 1922**

1. Captațiunea, sugestia etc. exercitate de un medic asupra testatorului poate atrage nulitatea testamentului?
  2. În lipsă de texte precise, ce anume reguli cârmuesc darurile manuale? III.154
- Daunele acordate în general de jurisprudență pe baza art.998 și urm. c.c. au ceva comun cu art.307 c.c. Care oprește cercetarea paternității? II 166
- B. R. I<sup>2</sup>.
- Sub ce formă, poate face un usufruct, obiectul unei substituțiuni? III.65
- Lând anume poate fi invocată pentru prima oară înaintea Casației, nulitatea unui apel? III.65
- Când anume bagaje sunt înregistrate pentru a fi pornite cu un tren de și asemenea înregistrare era oprită de regulamente, proprietarul poate reclama daune în caz de pierdere? III.66
- Este o cerere nouă în apel, motivul că nu s’a alocat femeii pensia prevăzută de art.301 c.c.? III.129
- Când într’o adunare generală a unei soc. Anonimă au luat parte la vot și persoane ce n’aveau această calitate – e valabilă deliberarea unei asemenea adunări, dacă scăzând numărul de voturi al acelor persoane – restul nu ajunge până la *quorum* cerut de lege și statute? III.161
- Creanța ce are femeia contra soțului pentru pensia alimentară este garantată printr’o ipotecă legale) în Franța) ? III.162
- Faptul unei femei măritate de a se prezenta în justiție fără autorizația soțului – sau cu autorizația justiției când soțul este incapabil – poate fi propus pentru prima oară la casație? III.163

**1923<sup>3</sup>**

- Care este răspunderea Comunei pentru prejudiciul cauzat de un serviciu al ei proprietății private? I.51
- Situațiunea juridică a detentorului precar și a terțiului cari reclamă construcțiunile făcute pe terenul altuia. I. 158

---

<sup>1</sup> Notă: în dreptul fiecărui material a fost lăsat indicele din tabla de materii a *Pandectelor Române*, cifrele romane indicând numărul părții, iar cifrele arabe alăturate indicând numărul paginii din partea respectivă.

<sup>2</sup> Notă: între anii 1921 – 1924, găsim, pe lângă materialele semnate Ion Rosetti-Bălănescu, și altele semnate cu inițialele I. R. B. / B.R. I., funcție de cum, în anul respectiv, îl găsim pe autor la indexul alfabetic ca Ion Rosetti-Bălănescu sau Bălănescu Rosetti Ion . Opinăm că și aceste materiale, semnate cu inițiale, îi aparțin, fiind o practică răspândită la un moment dat ca, în cazul în care o semnătură tindea să se repete de prea multe ori în cadrul aceluiași număr al unei publicații, ea să fie înlocuită, în parte, de inițiale sau pseudonim.

<sup>3</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1923. (3) Tabla de materii pe numele autorilor*, pg.56, col.2;

Caracterul spectacolelor de cinematograf, din punct de vedere al reglementării lor.	III.67
Competența în materie de Stat civil al supușilor străini	III.68
Acțiunea în supozițiune de Stat.	III.68
Condițiile lucrului judecat.	III.68
Furtul de apă	III.68
Traite de la profession d'avocat de Jean Appleton (Recenzie)	IV.31
Dacă înstrăinările efectuate de soț asupra patrimoniului său între intentarea acțiunii de divorț și transcrierea sentinței, sunt nule de drept, anulabile sau valabile.	I.201
Consecințele juridice ale eroarei provocată de femeia măritată asupra incapacității sale, față de terț, prin manopere frauduloase.	I.229
Dacă legatarul universal al unei persoane decedate, în urma unei accidente este în drept a reclama dela persoana reclamată rambursarea cheltuielilor efectuate până la decesul victimei.	III.153
Caracterul nulității unei hotărâri judecătorești obținută de o femeie măritată fără autorizația soțului II.283	
(I. R. B.)	
Responsabilitatea administratorului-delegat al unei societăți, față de terți	III.5
Culpa contractuală și culpa delictuală; domeniul lor de aplicație	III.6
Nulitatea plății datorilor scăzute,efectuată după încetarea de plăți a falitului	III.96
Ștersăturile și adăugirile dintr un testament olograf din punctul de vedere al validității sale	III.97
dacă lucrările făcute de locatar imobilului închiriat trebuie sau nu menținute, când împiedecă folosința chiriașului	III.98
Evoluțiunea jurisprudenței în materie de validitate a testamentelor	III.99
Deosebiriile dintre acțiunea pauliană și aceea în declararea de simulație	III.123

#### 1924<sup>4</sup>

Sfera de aplicațiune a ficțiunii indivizibilității obligației de a da.	II.9
Dacă se poate constitui dotă un bun aparținând în plină proprietate înzestratului	II.11
Exercițiul acțiunilor relative la bunurile dotale	II.12
Responsabilitatea femeii dotale în caz de vânzare a bunului dotal	II.12
Dacă sarcina dotalității poate fi purgată prin vânzare la licitație publică a imobilului dotal pentru eșirea din indiviziune	II.13
Interpretarea testamentelor de către instanțele de fond	
Vânzarea imobilelor unui minor de către executorul testamentar	I.124
Evoluția jurisprudenței în materie de probațiune a maternității naturale	I. 175

---

<sup>4</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1924. (3) Tabla de materii pe numele comentatorilor*, pg.64, col.1 - 2;

Validitatea donațiilor degrozate

Dacă un act oneros, sub care se ascunde o donație, poate fi atacat din punct de vedere fiscal și în ce condiții?

II.207

B.R.I.

Ultrajul adresat juraților III.8

Interpretarea art.289 c. Civ.rom. (315 c.fr.) cu privire la filiația legitimă III.41

Ce condiții trebuie să întrunească o creanță pentru a justifica o poprire făcută pe baza ei? III. 71

Cum trebuie să se facă completarea unei Curți de apel în caz de lipsă a unui mebru din sânul ei? III.71

Dacă tatăl unui minor poate accepta valabil un legat în numele aceluia? III.72

Opozabilitatea lucrului judecat față de codebitorul solidar sau cautiune III.74

Caracterul cesiunii de a exploata o mină și efectele ei față de terți. III.75

Represiunea abuzului de a intenta procese III.101

**1925<sup>5</sup>**

Noua calificare a legiuitorului fiscal cu privire partajului cu sulte sau partajului în care egalitatea loturilor se operează prin alte compensații decât prin sulte I. 28

Drepturile succesoriale ale soțului supraviețuitor față de dispozițiunile legii timbrului din 28 iunie 1925 I.95

Dacă un bun sau o universalitate de bunuri poate fi pusă sub sechestrul judiciar, în caz de litigiu asupra posesiunii I.21

**1926<sup>6</sup>**

Caracterul tutelei mamei nemăritate care n a îndeplinit formele de menținere a ei ca tutoare legală. I.44

Taxarea rentei de expropriere transmisă moștenitorilor expropriatului pe cale de succesiune moștenitorilor expropriatului

Dacă renta găsită ca element activ în succesiunea expropriatului trebuie taxată după valoarea nominală sau după cursul zilei I.174

---

<sup>5</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1925. (3) Tabla de materii pe numele comentatorilor*, pg.61, col.3;

<sup>6</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1926. (3) Tabla de materii pe numele comentatorilor*, pg.64, col.1;

### 1927<sup>7</sup>

Instituțiunea moratoriului antifalimentar, modul de funcționare și scopul său. I.93  
Dacă moștenitorii ab intestat, găsind în succesiunea autorului lor niște bonuri de rechiziție le pot opune în compensațiune pentru datoriile de taxe succesoriale.  
Dacă această compensațiune care n'a fost propusă pe cale de contestație la executare, poate forma obiectul unei cereri principale de fond? I.176

### 1928<sup>8</sup>

Rolul tribunalului ca organ de supraveghere în caz de înstrăinare a imobilelor pupilare I.118  
Netranscrierea actului dotal în registrul dela situația imobilului și efectele ei. I.51

### 1929<sup>9</sup>

Chestiunea responsabilității comitentului pentru faptele prepusului. I.149

### 1930<sup>10</sup>

Dacă practicarea unei deschideri de primire a aerului și luminei în zidul despre proprietatea vecină, care nu este interzisă în principiu de codul civil, poate constitui o servitute.  
În caz când deschiderea pentru aer și lumină constituie o servitute, se poate dobândi ea prin prescripția achizitivă? I.9  
Repararea daunelor provocate în accidentele întâmplute cu prilejul unui transport pe calea ferată. I. 155

---

<sup>7</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1927. (3) Tabla de materii pe numele comentatorilor*, pg.60 col.3 - 61 col.1;

<sup>8</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1928. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor*, pg.56 col.2;

<sup>9</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1929. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor*, pg.43 col.1;

<sup>10</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1930. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor*, pg.50 col.1 și 2;

**1931<sup>11</sup>**

Asupra solidarității răspunderii de daune a comitentului și prepusului său. I.18  
Asupra influenței lucrului judecat în penal, asupra procesului civil. I.129

**1932<sup>12</sup>**

Nulitatea contractelor de arendare încheiate pe mai puțin de șapte ani, a moșiilor rămase după expropriere (Notă) I.86

**1934<sup>13</sup>**

Liberalitățile succesive sau condiționale în testamente (substituțiile fidei comisare și dublul legat condițional). I.36

**1936<sup>14</sup>**

Dacă femeia, care a părăsit domiciliul conjugal, are dreptul de a cere soțului, cu care se află în divorț. Pensiune alimentară. I. 78

**1937<sup>15</sup>**

Servituțile de lumină în legislația noastră. I.49

---

<sup>11</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1931. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor, pg.42 col.3;*

<sup>12</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1932. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor, pg.36 col.2;*

<sup>13</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1934. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor, pg.43 col.1;*

<sup>14</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1936. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor, pg.36 col.2;*

<sup>15</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1937. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor, pg.52 col.3;*

**1938<sup>16</sup>**

Rolul jurisprudenței în elaborarea unei protecțiuni eficiente a celor puși sub consiliu judiciar.  
(adnotare) I.36

**1941<sup>17</sup>**

Dacă răspunderea comitentului pentru faptele prepusului, prevăzută de art.1000 alin.III c.civ., mai subzistă atunci când prepusul nu lucrează în vederea îndeplinirii funcțiunii sale, ci pentru interesul său personal, sau când depășește sau abuzează de atribuțiunile încredințate. I.13

**1942<sup>18</sup>**

Imprescriptibilitatea bunului donat fără dispensă de raport.  
Constatarea elementelor lucrului judecat de către judecătorii de fond.  
Condițiile de exercițiu a retractului litigios. I. 150  
Forma clauzei de întreținere într'un act de donație. I. 170  
Evoluția concepției de contract (Doctrină) IV. 4

**1943<sup>19</sup>**

Data dela care curg daunele moratorii în obligațiile delictuale și quasi-delictuale. I.9  
Dreptul proprietarului de a constitui prin destinațiune o servitute aparentă și discontinuă. I.124

**1944<sup>20</sup>**

Responsabilitatea patronului în accidente de muncă ale lucrătorilor. I.7  
Responsabilitatea gardianului pentru prejudiciile cauzate de lucrurile aflate în paza sa. I.105

---

<sup>16</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1938. (2) Tabla de materii pe numele comentatorilor*, pg.47 col.1;

<sup>17</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1941. (6) Tabla alfabetică pe numele comentatorilor*, pg.101 col.3 – pg.102 col.1;

<sup>18</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1942. (6) Tabla alfabetică pe numele comentatorilor*, pg.63 col.2;

<sup>19</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>20</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;

### 1945<sup>21</sup>

Validitatea donațiilor făcute către persoane juridice când autorizația administrativă a fost dată posterior decesului donatorului I. 93

### 1946<sup>22</sup>

Servituțiile de lumină și vedere. I. 1  
Dreptul coindivizarului de a revendica un bun, fără concursul celorlalți coindivizari I. 25  
Donațiunile făcute soțului din a doua căsătorie, când donatorul are copii, dintr'o căsătorie anterioară I. 79

### 1947<sup>23</sup>

Nulitatea subînchirierilor consimțiate de chiriașul principal care nu a contractat cu adevăratul proprietar. I. 46  
Revocarea donațiilor cu sarcini I. 41  
Responsabilitatea patronilor pentru culpa prepușilor lor, față de lucrătorii asigurați. I. 55

### 1948<sup>24</sup>

Dreptul primului cumpărător de a intenta acțiune de anularea vânzării, în caz de vânzări succesive . I. 3  
Consimțământul ascendenților pentru adoptarea minorilor lipsiți de părinți. I. 45  
Natura juridică a obligației de împărțirea redevenței, într'un act de partaj. I. 61  
reprezentarea minorilor prin mamă, după divorțul părinților. I. 71

---

<sup>21</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>22</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>23</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>24</sup> *Pandectele Române – Tabla de materii pe 1948 (întocmită de d-l Radu Dimiu). (6) Tabla alfabetică pe numele comentatorilor, pg.57 col.1;*

În seria nouă a publicației *Pandectele Române*, în cadrul părții intitulate *Din arhiva Pandectelor*, am reușit identificarea următoarelor republicări:

Vânzare. Cumpărător. Neplata prețului. Predarea imobilului. Excepția non adimpleti contractus. Termen de plată. Termen de grație. Vânzări succesive. Cumpărător anterior. Acțiune în anularea vânzării posteroare. Inadmisibilitate. (nr.1 /2001, pg.209 – 2015);

Locațiunea. Închirierea lucrului altuia. Proprietar aparent. Frauda. Sublocatar de bună credință. Neopozabilitatea contractului de subînchiriere față de adevăratul proprietar (art.14 l. chiriilor nr.365 din 1945) notă de Alexandru Cerban, I. Rosetti-Bălănescu (nr.4 / 2001, pg.231 – 237);

Sucesiune. Comoștenitor. Înstrăinare imobiliară. Acțiune în anulare. Admisibilitatea introducerii de un singur moștenitor. (art. 786 C. Civ.) (CAS I, decizia nr.92 din 19 februarie 1945, Jean F. Marinescu ș.a., cu Ana Aldulescu) (nr.5 / 2003, pg.129 – 134);

Servitute. Lumină. Posesiune. Acte de posesiune. Acte de pură facultate. Lucrări aparente. Prescripție achizitivă (CAS I, deciziunea no.1126 din 13 mai 1929, I. Rosetti-Bălănescu ș.a., cu Sofia M. Rădulescu) (nr.5 / 2006, pg.190 – 195);

---

\* *Avocat, Baroul București; contact@avocatlupeanu.ro.*

<sup>1</sup> Revista *Dreptul*, anul LVII, nr.22, duminică, 16 iunie 1929, pg.170;

<sup>2</sup> Revista *Dreptul*, anul LVIII, nr.8, duminică, 2 martie 1930, pg.53 – 54;

<sup>3</sup> General R. Rosetti-*Familia Rosetti. Vol I. Coborâtorii Moldoveni ai lui Lascaris Rousaitos*, Academia Română – Studii și Cercetări XXXIII, Monitorul Oficial și Imprimeria Statului „Imprimeria Națională” - Depozitul General Cartea Românească, București, 1938, pg.224;

<sup>4</sup> General R. Rosetti-*Op.cit.*, pg.167;

<sup>5</sup> General R. Rosetti-*Op.cit.*, pg.115 – 116 ;

<sup>6</sup> Octav – George Lecca – *Familiiile boierești române*, ediție îngrijită de Alexandru Condeescu, Fundația Culturală Libra, editura Muzeul Literaturii Române, București, 2000, pg.236;

<sup>7</sup> General R. Rosetti- *Op.cit.*, pg. 249 – 250;

<sup>8</sup> *Orion (revistă mensuală de astronomie): Încercări de astrofotografie* (anul IV, ianuarie 1911, nr.5, pg.65 – 67) și *Despre nebuloase (Sfaturi pentru amatorii astronomi)* (anul IV, aprilie – mai 1911, nr.8 – 9, pg.121 – 126);

<sup>9</sup> *Orion (revistă mensuală de astronomie): Observations sur Venus* (anul V, septembrie 1911, nr.1, pg.10 – 11), *Observations sur la comete Quenisset (1911 f)* (anul V, ianuarie 1912, nr.5, pg.67 - 68), *Les petites planetes Ceres et Vesta* (anul V, februarie 1912, nr.6, pg.77), *Des etoiles rouges* (anul V, iulie – august 1912, nr.11 – 12, pg.146 – 148);

<sup>10</sup> *Orion (revistă mensuală de astronomie): Venus* (anul V, octombrie 1911, nr.2, pg.26);



- <sup>11</sup> *Orion (revistă mensală de astronomie): Societatea astronomică română Flammarion* (anul V, noiembrie – decembrie 1911, nr. 3 – 4, pg.46 – 47);
- <sup>12</sup> *Ziarul Călătoriilor și al Științelor Populare: Astronomia Practică*. (anul XIII, nr.6, miercuri, 19 decembrie 1912, pg.82), *Astronomia Practică. Începuturi. Observații cu ochii liberi* (an XIII, nr.9, marți, 8 ianuarie 1913, pg.130 – 131), *Astronomia Practică. Sfaturi sumare asupra studiului stelelor variabile* ( an XIII, nr.12, marți, 29 ianuarie 1913, pg.178) și *Astronomia Practică. Cerul și stelele căzătoare* ( an XIII, nr.22, marți, 9 aprilie 1913, pg.338);
- <sup>13</sup> *Ziarul Călătoriilor și al Științelor Populare: Saturn* (an XIV, nr.1, marți, 12 noiembrie 1913, pg.841 – 842), *Constelațiunile bolței cerești: Ursa Mare* (an XIII, nr.28, marți, 21 mai 1913, pg.442), *Boarul* (an XIII, nr.31, marți, 11 iunie 1913, pg.485), *Trei comete vizibile într'o seară* (an XIII, nr.48, marți, 8 octombrie 1913, pg.761 col.1), *Ziarul Științelor Populare și al Călătoriilor :Observarea principalilor sateliți ai planetei Jupiter* (an XIV, nr.40, marți, 12 august 1914, pg.635), *Jupiter* (an XIV, pg.822), *Activitatea soarelui* (an XIV, nr.60, marți, 30 decembrie 1914, pg. 949), *Activitatea soarelui* (pg.27, 1915, exemplar deteriorat), *Cometa Melish 1915 a.* (an XV, nr.12, marți, 24 martie 1915, pg.183), *Convorbiri astronomice* (an XV, nr.18, marți, 5 mai 1915, pg.275), *Fapte și observații* (an XV, nr.18, marți, 5 mai 1915, pg.288), *Activitatea soarelui* (an XV, nr.23, marți, 9 iunie 1915, pg.355), *Petele solare în 1915* (an XV, nr.37, marți, 15 septembrie 1915, pg.579 - 580), *Cometa Melish (1915 a.)* (an XV, nr.39, marți, 29 septembrie 1915, pg.621), *Observațiuni lunare* (an XV, nr.43, marți, 27 octombrie 1915, pg.679), *O hartă a lunii* (an XV, nr.47, marți, 24 noiembrie 1915, pg.744 – 746);
- <sup>14</sup> *Doi amatori-astronomi* ( *Ziarul Științelor Populare și al Călătoriilor*, an XIV, nr.28, marti, 20 mai 1914, pg.441);
- <sup>15</sup> *Ziarul Călătoriilor și al Științelor Populare*, an XIII, nr.29, marți, 28 mai 1913, pg.463, col.2;
- <sup>16</sup> *Orion (revistă mensală de astronomie)*, (anul V, octombrie 1911, nr. 2, pg.30);
- <sup>17</sup> General R. Rosetti- *Op.cit.*, pg. 249 – 250;
- <sup>18</sup> Gh. Buluță, Sultana Craia, Dan Huliera – *Povestea norocului: 100 de ani cu Loteria Română*, Compania Națională „Loteria Română” S.A., București, 2006, pg.134;
- <sup>19</sup> Gh. Buluță, Sultana Craia, Dan Huliera – *Op.cit.*, pg.143;
- <sup>20</sup> Valeriu Răpeanu, Gh. Buluță, Sultana Craia, Adrian Ataman - *Loteria Națională din România: o istorie ilustrată*, Nummus Ltd., București, 1999, pg.172;
- <sup>21</sup> *Agenda și Anuarul Magistraturii și Baroului 1936 (edițiune oficială publicată cu autorizația Ministerului Justiției)*, Editura „Cartea Românească” S.A., București;
- <sup>22</sup> Titus Popovici – *Marele amator*, prefață a volumului *Cyngis prin păduri și ape printre jivine și oameni* de Constantin Rosetti-Balanescu, ed. „Salut 2000”, București, 1994, pg.9;
- <sup>23</sup> Mihail M. Andreescu – *Facultatea de Drept a Universității din București: 1859 – 2009: File de istorie*, Monitorul Oficial R.A., București, 2009, pg.205 – *Anexa IV Profesorii Facultății de Drept după 1948*, poz.27;
- <sup>24</sup> Idem.
- <sup>25</sup> Editura Academiei Republicii Populare Romîne, 1957;
- <sup>26</sup> Editura Academiei Republicii Populare Romîne, 1958;
- <sup>27</sup> Andrei Rădulescu – *Pagini inedite din istoria dreptului vechi românesc*, ed. Academiei Române, Bcurești, 1991;
- <sup>28</sup> *România Liberă*, anul XXIX, nr.8253, vineri, 7 mai 1971, pg.8;
- <sup>29</sup> General R. Rosetti- *Op.cit.*, pg. 249 – 250;

<sup>30</sup> Notă: Potrivit *Precuvântării* (pg.5 – 6), datate 25 octombrie 1943: (...) *începem prin publicarea materiei Obligațiilor și Garanțiilor ca fiind cea mai însemnată și cu aplicațiuni cât mai numeroase în practică. Avem de gând, în cazul când vom putea duce la bun sfârșit greaua sarcină de a comenta toată materia dreptului civil, s'o împărțim în trei volume, primul cuprinzând noțiunile generale, Persoanele și Bunurile în general (inclusiv teoria posesiunii și a proprietății), al doilea fiind cel de față, iar al treilea consacrat Contractelor matrimoniale și Succesiunilor (...).* Prin urmare seria a debutat cu ce de-al doilea volum al ei, marcat ca atare și a fost continuată, abia în anul 1947, prin apariția celui de-al treilea (teoretic) volum: *Drept civil român. Regimuri matrimoniale. Succesiuni. Donațiuni. Testamente.*

## **STUDII**

### **EFECTUL CONSTITUTIV DE DREPTURI ASOCIAT ÎNSCRIERILOR ÎN CARTEA FUNCİARĂ**

**Nonu-Gheorghe PUȘCARIU\***

**Summary. The Constitutive Effect Related to the Entries in the Land Register.** In order to be the owner of a right in rem, such as the real estate, someone is obliged to register his/her right in the land register. Thus, the registration becomes a genuine requirement in order to obtain a certain right. The paper is divided into three closely linked chapters, with one purpose: to emphasise the advantages and the drawbacks of this effect. In the first section, the study aims to define some of the main notions and describes the applicable principles. The second chapter tries to analyse, in a comparative manner, different legal systems in this field (the German, French and Swiss) and to place the Romanian systems among them. Furthermore, regarding the fact that this effect related to the entries in the land register has been recently reintroduced in the Romanian legal system with some differences, the last chapter aims to analyse when all those differences come into force.

**Keywords:** constitutive efect, land register, real estate, cadastral works

**Cuvinte-cheie:** efect constitutiv, carte funciară, proprietate imobiliară, lucrări cadastrale

#### **I. Aspecte prealabile**

Odată cu intrarea în vigoare a noului Cod Civil<sup>1</sup>, în sistemul de drept român, este reintrodus un efect asociat cărților funciare care a născut de multe ori dispute în jurisprudență și doctrină. Acest efect de o însemnătate deosebită în sfera drepturilor reale imobiliare, poartă denumirea de efect constitutiv sau atributiv de drepturi al înscrierilor în cartea funciară. Pentru o mai facilă înțelegere, dar și datorită necesității de a demonstra natura juridică a acestui efect, este imperios necesar ca pentru început, să dedicăm o parte distinctă a acestei lucrări studiului și definirii anumitor noțiuni și principii revelatoare.

## 1. Funcție. Efect. Principiu

Această noțiune a făcut obiectul discuțiilor doctrinare, fiind tratată distinct, atât ca un principiu esențial al cărților funciare, cât și ca o funcție a acestora, sau un efect al înscrierilor operate în cartea funciară a unui imobil. Toate cele trei abordări, din punctul nostru de vedere sunt justificate. Însă, pentru a nu crea confuzii, le vom analiza distinct în cele ce urmează:

### 1.1. Funcția constitutivă a cărților funciare

Publicitatea reprezintă acea modalitate prin care anumite informații sunt aduse la cunoștința persoanelor interesate. Tot astfel, publicitatea imobiliară reprezintă „totalitatea mijloacelor juridice prin care se evidențiază situația materială și juridică a imobilelor în mod public pentru a se ocroti circuitul lor civil”<sup>2</sup>. O modalitate prin care se realizează publicitatea imobiliară este reprezentată de sistemul cărților funciare. Această metodă se încearcă a fi și singura în accepțiunea noului Cod Civil, întrucât printr-un sistem unic și unitar se asigură o cunoaștere mai facilă a situațiilor materiale și juridice de către cei interesați.

Printre numeroasele funcții pe care le poate îndeplini un sistem de publicitate, precum cea de informare, de opozabilitate, probatorie, etc., poate fi identificată și **funcția constitutivă sau translativă**, care este îndeplinită și de sistemul de publicitate imobiliară prin intermediul cărților funciare. Astfel, în temeiul acestei funcții, constituirea sau transmiterea drepturilor reale este condiționată de îndeplinirea anumitor formalități corespunzătoare<sup>3</sup>. În sistemul nostru de drept, formalitățile amintite se concretizează în înscrierea în cartea funciară.

### 1.2. Efectul constitutiv de drepturi al înscrierilor în cartea funciară, după cum este reglementat în Codul Civil actual

În actuala reglementare, în art. 885 alin. (1) și (2) este consacrat în mod explicit **efectul constitutiv al cărților funciare** în ceea ce privește dobândirea și stingerea drepturilor reale imobiliare. Acest text legal statuează că: „Sub rezerva unor dispoziții legale contrare, drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se *dobândesc*, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară, pe baza actului sau faptului care a justificat înscrierea. Drepturile reale se vor *pierde* sau *stinge* numai prin radierea lor din cartea funciară, cu consimțământul titularului, dat prin înscris autentic notarial. Acest consimțământ nu este necesar dacă dreptul se stinge prin împlinirea termenului arătat în înscriere ori prin decesul sau, după caz, prin încetarea existenței juridice a titularului, dacă acesta era o persoană juridică”. De asemenea, acest efect este reiterat și în art. 886 care vizează modificarea unui drept real imobiliar: „*Modificarea* unui drept real imobiliar se face potrivit regulilor stabilite pentru dobândirea sau stingerea drepturilor reale, dacă prin lege nu se dispune altfel”.

Înainte de a înțelege ce reprezintă mai exact acest efect, menționăm cu titlu preliminar că în cadrul prezentei lucrări vom folosi noțiunea de imobil în sensul restrâns prevăzut la art. 876 alin. (3)<sup>4</sup> C. Civ., iar nu în accepțiunea largă, stabilită la art. 537<sup>5</sup> C. Civ. În plus, o altă precizare ce se impune, este aceea că prin înscriere în cartea funciară nu ne vom referi la orice tip de înscriere prevăzută la art. 881 C. Civ. (intabulare, înscriere provizorie și notare), ci doar la acelea care duc la efectul amintit mai sus. Așadar, efect constitutiv de drepturi, îl au intabularea de la data înregistrării cererii și înscrierea provizorie tot de la această dată, însă „sub condiția și în măsura justificării ei”<sup>6</sup>, nu și notarea altor drepturi, fapte sau raporturi juridice. Se poate observa că efectul constitutiv se produce retroactiv de la data înscrierii și în ipoteza drepturilor reale afectate de o condiție suspensivă, doar în măsura îndeplinirii ei. În cazul neîndeplinirii unei condiții rezolutorii, efectul atributiv de drepturi operează încă de la momentul înscrierii. După cum s-a remarcat și în doctrină, înscrierea provizorie a unor drepturi condiționale poate fi considerată o înscriere ce se poate transforma retroactiv în intabulare<sup>7</sup>.

Astfel, prin acest efect asociat cărților funciare, drepturile reale imobiliare se nasc, sunt modificate, se transmit, sau se sting doar din momentul înregistrării cererii de înscriere (art. 890 C. Civ.), iar nu la momentul încheierii actului autentic notarial, a comunicării hotărârii judecătorești definitive sau de la data încheierii oricărui alt act ce poate sta la baza înscrierii drepturilor reale, conform dispozițiilor legale. Dacă spre exemplu, se înstrăinează un imobil, dobânditorul nu va fi considerat proprietar asupra acestuia de la momentul încheierii actului juridic translativ de proprietate (contract de vânzare, schimb, donație, etc.), ci din momentul în care acesta și-a înscris dreptul în cartea funciară. Odată cu înscrierea dreptului real, titlul va produce efecte *erga omnes*, fiind opozabil atât față de terți cât și între părțile contractante<sup>8</sup> doar din acest moment.

Trebuie remarcat faptul că această amânare a dobândirii unui drept real, până la înscrierea în cartea funciară, este specifică doar bunurilor imobile, nu și celor mobile, pentru a căror transmitere valabilă, este suficient consimțământul părților contractante.

Există și opinia contrară<sup>9</sup> conform căreia atât în reglementarea actuală, cât și în cea anterioară corespunzătoare<sup>10</sup>, legiuitorul nu a înțeles să acorde efect atributiv de drepturi cărților funciare (rezultând în mod implicit și faptul că nu există diferență între transmisiunea bunurilor mobile și celor imobile), ci doar un efect de opozabilitate a transferului față de terți. Această opinie rezultă din interpretarea literală a dispozițiilor legale, autorul făcând distincție între trei termeni cu înțelesuri asemănătoare: a dobândi, a constitui și a transmite. Nu împărtășim această opinie<sup>11</sup>, nu din cauza lipsei de fundament, ci din simplul fapt că nu trebuie să ne rezumăm

doar la aspectele lingvistice, ci trebuie să analizăm textele legale aplicând și alte metode de interpretare (sistemică, teleologică) astfel încât să observăm rațiunile care au stat la baza adoptării lor. Sperăm ca din studiul de față să reiasă toate aceste rațiuni care susțin aplicabilitatea efectului constitutiv al cărților funciare.

Totodată, mai subliniem și faptul că nu în toate cazurile este necesară înscrierea în cartea funciară a drepturilor reale asupra imobilelor, existând și excepții prevăzute la art. 887 C. Civ.<sup>12</sup>, caz în care efectul atributiv de drepturi nu își mai găsește aplicabilitate, fiind eludat prin chiar voința legiuitorului. Totuși, alin. (3) al aceluiași articol, condiționează actele de dispoziție ulterioare dobândirii drepturilor reale în acest mod, de înscrierea în cartea funciară. Așadar, chiar dacă titularul a dobândit anumite drepturi reale asupra unor bunuri imobile printr-o modalitate ce nu necesită înscrierea, pentru a putea dispune ulterior de acestea, trebuie să se supună rigurilor de carte funciară<sup>13</sup>. În sens contrar, nu s-ar mai respecta principiul publicității integrale. Mai mult, titularul dreptului neînscris în cartea funciară are interes să și-l înscrie și pentru protecția pe care o conferă cartea funciară. Spre exemplu, dacă cel care figurează ca titular în cuprinsul cărții funciare, deși nu este titularul real, dispune de acest drept, terțul dobânditor de bună credință, cu titlu oneros, va fi considerat „titularul dreptului înscris în folosul său”, conform art. 901 alin. (1) C. Civ.<sup>14</sup>.

### 1.3. Principiul efectului constitutiv de drepturi

Deși nu este consacrat în mod explicit de către legiuitor, în mod implicit din funcția constitutivă sau translativă pe care o îndeplinesc cărțile funciare (1.1.), precum și datorită efectului atributiv de drepturi al acestora (1.2.), putem vorbi de un veritabil **principiu al efectului constitutiv sau atributiv de drepturi al înscrierilor în cartea funciară**. Așadar, din cele prezentate anterior, putem trage concluzia că efectul constitutiv asociat cărților funciare poate fi redus (sau mai bine spus, ridicat) la nivel principal, întrucât acesta stă chiar la baza cărților funciare, sau a publicității imobiliare în general.

## 2. Efect achizitiv

Un alt efect fundamental al înscrierilor în cartea funciară, dar care se poate lesne confunda cu efectul atributiv de drepturi, este **efectul achizitiv**. Prin acesta din urmă, se înțelege ipoteza prin care dobânditorul de bună credință, fie cu titlu oneros (art. 909 alin. (3) C. Civ.), fie cu titlu gratuit (art. 909 alin. (2) C. Civ.), va rămâne titularul dreptului real, deși acesta a dobândit dreptul de la un neproprietar<sup>15</sup>. Așadar, dobânditorul rămâne proprietar prin înscrierea în cartea funciară, sub condiția neexercitării, sau a exercitări în afara termenului de introducere, a acțiunii în rectificare, prevăzută la art. 907 C. Civ.

În literatura de specialitate<sup>16</sup> se consideră că diferența esențială dintre cele două efecte constă în faptul că în cazul efectului achizitiv, înscrierea reprezintă însuși modul de dobândire a dreptului real, pe când în cazul efectului atributiv sau constitutiv de drepturi reale, înscrierea nu reprezintă altceva decât condiția esențială pentru ca drepturile să se nască, să se modifice, să se transmită sau să se stingă în mod valabil, modul de dobândire fiind un act sau fapt juridic (contract de vânzare-cumpărare, donație, etc.). Totuși, considerăm că o precizare ar fi necesară. Înscrierea nu reprezintă un mod distinct de dobândire a dreptului real, ci prin aceasta se „vindecă” un titlu nevalabil într-unul valabil.

### **3. Principii esențiale pentru transferul dreptului de proprietate și a altor drepturi reale**

Înainte să trecem la analiza a altor sisteme de drept (unele consacrand principiul efectului constitutiv de drepturi, iar altele nu), vom prezenta pe scurt șase principii, care aplicându-se în diferite variații, vor caracteriza un sistem distinct de transfer al drepturilor reale. Pentru o înțelegere mai facilă, vom analiza aceste principii în perechi antagonice:

#### **3.1. Principiul consensului și principiul tradițiunii**

Principiul consensualismului, reprezintă acea regulă de drept, care prin simpla manifestare de voință a părții sau a părților, fără nicio altă formalitate, se formează în mod valabil un act juridic<sup>17</sup>. În ceea ce privește efectele actului juridic, tot ca o urmare firească a autonomiei de voință<sup>18</sup> întâlnim transferul *solo consensu* al drepturilor. Cu alte cuvinte, acordul de voințe care duce în etapa formării unui contract la încheierea sa valabilă, același acord, este suficient și pentru transferul unui drept, ca efect al acelui contract. Pentru a nu crea confuzii între principiul consensualismului, respectiv transferul *solo consensu* al drepturilor, îl vom denumi pe acesta din urmă ca **principiul consensului**<sup>19</sup>.

La polul opus, se află **principiul tradițiunii**, care pentru transmiterea valabilă a drepturilor reale, cere o formalitate suplimentară, necesară suplinirii voinței înstrăinătorului<sup>20</sup>. Cu alte cuvinte, nu este suficientă simpla manifestare de voință, ci aceasta trebuie însoțită de un element exterior, o tradițiune.

Putem concluziona că între cele două principii, diferența esențială constă în momentul în care se transferă un drept real, acela al exteriorizării sau convergenței voințelor părților, ori acela al îndeplinirii unei formalități ulterioare.

Tot aici, dorim să facem câteva precizări referitoare la semnificația formalismului în cadrul transferului drepturilor reale imobiliare. Ca o excepție veritabilă de la consensualism, apare formalismul, care în reglementarea actuală pare să îl

golească de conținut pe cel dintâi<sup>21</sup>. Formalismul reprezintă o noțiune mult mai largă decât forma pe care trebuie să o îmbrace un act juridic (*ad validitatem, ad probationem* sau *ad opposabilitatem*). Acesta cuprinde atât formalități anterioare încheierii unui act juridic, precum așa-numitele formalități de abilitare (niște veritabile autorizări<sup>22</sup>), cât și formalități ulterioare de altă natură (formalități fiscale<sup>23</sup> sau formalități privind înscrierea în anumite registre).

Cu privire la formalismul de carte funciară se ridică întrebarea dacă acest registru ajunge în definitiv să constituie el însuși titlul unui drept real, sau cu alte cuvinte, înscrierea în cartea funciară reprezintă un mod de dobândire a unui drept real? Răspunsul este unul eminent negativ<sup>24</sup>. Înscrierea în cartea funciară nu poate avea astfel de valențe, chiar dacă instituții precum uzucapiunea tabulară sau publicitatea materială ar sugera acest lucru. Prevalența înscrierii în detrimentul situației juridice reale, nu reprezintă altceva decât o aplicație a teoriei aparenței, consecința fiind aceea a imposibilității de a mai rectifica cuprinsul cărții funciare după scurgerea unei anumite perioade de timp<sup>25</sup>.

Așadar, după cum am spus anterior și după cum vom demonstra puțin mai încolo, înscrierea în carte funciară reprezintă o formalitate ulterioară a încheierii unui act juridic, care are rolul de a amâna transferul proprietății sau a altui drept real, nu de a genera drepturi.

### 3.2. Principiul unității și principiul separației

Pentru transmiterea valabilă a unui drept real, uneori este suficient un singur contract între părți, iar alteori sunt necesare două, unul obligațional și unul real<sup>26</sup>. În funcție de numărul contractelor necesare, ne aflăm fie în situația aplicării **principiului unității**, un singur contract fiind suficient, fie în cazul **principiului separației**. În cel de-al doilea caz, inițial este necesar un act obligațional (*jus ad rem*), prin care ia naștere obligația de a transmite dreptul real, urmat de un al doilea act, un act real (*jus in re*) prin care înstrăinătorul transmite efectiv dreptul real convenit prin actul obligațional<sup>27</sup>.

### 3.3. Principiul cauzalității și principiul abstracțiunii

În ipoteza în care într-un sistem de drept este aplicabil principiul separației, se pune problema de a ști dacă între actul obligațional și cel real trebuie să existe o legătură indispensabilă. Cu alte cuvinte, se ridică întrebarea dacă nevalabilitatea primului act atrage automat și nevalabilitatea celui de-al doilea, ori acestea pot fi privite independent. Astfel, în primul caz în care între cele două acte există o conexiune, primul fiind o premisă pentru existența celui de-al doilea, ne aflăm în prezența **principiului cauzalității**; în schimb dacă actul real nu se află într-o relație de dependență cu cel obligațional, suntem în prezența **principiului abstractizării sau abstracțiunii**<sup>28</sup>.



## II. Aspecte de drept comparat

Pentru a putea înțelege mai ușor această instituție, dar și pentru a observa care este utilitatea practică a aplicării principiului efectului constitutiv de drepturi, se impune în mod necesar să analizăm și alte sisteme de drept. Reprezentative pentru acest studiu sunt sistemele de drept care tratează diferit transferul dreptului de proprietate imobiliar, întrucât prin compararea lor, spre finalul studiului vom putea să observăm care dintre ele este cel mai potrivit necesităților cotidiene. În primul rând, vom analiza transferul proprietății în accepțiunea sistemului german, unde efectul constitutiv de drepturi ține de natura sa (1.). La polul opus se află sistemul francez, unde înscrierile au doar efect de opozabilitate față de terți (2.). Ca sisteme intermediare între cele două prezentate mai sus, putem aminti sistemul austriac și cel elvețian, însă ne vom opri doar asupra celui din urmă întrucât sistemul austriac a fost analizat mai des în cadrul lucrărilor de specialitate (3.). Nu în ultimul rând, vom încerca să plasăm și sistemul român de drept în contextul celorlalte, printr-o analiză comparativă (4.).

### 1. Sistemul German

#### 1.1. Reglementare

În sistemul de drept german, transferul dreptului de proprietate (sau a unui alt drept real), fie că acesta este mobilier sau imobiliar, este compus dintr-o succesiune amplă de acte și de fapte juridice, care trebuie realizate cumulativ. Acest lucru reiese din reglementarea în două secțiuni distincte în codul civil german a actelor și faptelor juridice care duc în definitiv la transferul dreptului de proprietate.

Astfel, pe de o parte în codul civil german<sup>29</sup> se face distincție între două acte juridice, unul obligațional și unul real. Actul de natură obligațională este reglementat în cartea a II-a privind dreptul obligațiilor<sup>30</sup>, care consacră un act juridic ce poate da naștere doar la drepturi și obligații, însă nu poate duce la însuși transferul proprietății. Pe de altă parte, în cartea a III-a privind dreptul bunurilor, este consacrat un al doilea act ce are ca finalitate transferul dreptului real prin îndeplinirea unei formalități exterioare și anume tradițiunea bunului pentru bunurile mobile<sup>31</sup>, respectiv înscrierea în cartea funciară<sup>32</sup> pentru bunurile imobile<sup>33</sup>. Ceea ce caracterizează acest al doilea act, cel real, este faptul că prin el se transmite proprietatea; tocmai de aceea, considerăm că noțiunea de „act real” nu desemnează un act care presupune în mod obligatoriu remiterea bunului. Cu alte cuvinte, evidențiem faptul că nu trebuie confundată noțiunea de act real din sistemul german cu cea de contract real, ca o componentă a clasificării tripartite în contracte consensuale, solemne sau reale din sistemul român<sup>34</sup>.

Așadar, se poate observa că pentru transferul unui drept real imobiliar, în sistemul german, trebuie să distingem între două etape esențiale. Prima etapă este caracterizată de încheierea unui contract (asemănător unui contract din sistemul nostru de drept) care leagă părțile în vederea transferului dreptului real, iar cea de-a doua etapă este compusă la rândul ei din două părți. Prima parte cuprinde încheierea unui act real, care după cum vom vedea este un veritabil contract, iar cea de-a doua parte este caracterizată de consfințirea acordului de voințe din actul real, prin înscrierea în cartea funciară (fapt juridic).

Pentru o mai bună înțelegere a acestei succesiuni de acte și fapte juridice, un exemplu ar fi revelator. Dacă analizăm operațiunile juridice specifice unuia dintre cel mai cunoscute contracte, precum cel de vânzare-cumpărare, se consideră că în sistemul german trebuie încheiate trei acte juridice<sup>35</sup>. În primul rând, se încheie contractul de vânzare-cumpărare care dă naștere doar la obligațiile corelative de transmitere a proprietății din partea vânzătorului respectiv de plată a prețului din partea cumpărătorului. În al doilea rând, se încheie încă două acte juridice, unul prin care se transferă efectiv dreptul de proprietate al bunului de la vânzător la cumpărător, iar un al doilea prin care se transferă dreptul de proprietate al prețului, de această dată de la cumpărător la vânzător. La aceste trei acte mai pot fi adăugate încă două fapte juridice<sup>36</sup> și anume tradițiunea bunului mobil (sau înscrierea în cartea funciară a bunului imobil) și remiterea efectivă a sumei de bani, tot o tradițiune.

Subliniem încă o dată faptul că în sistemul german, înscrierea în cartea funciară nu duce *de plano* la dobândirea unui drept real imobiliar. Aceasta reprezintă ultima formalitate care este necesară pentru dobândirea dreptului real, însă actul obligațional poate lipsi, fiind suficient doar cel real, acauzal<sup>37</sup>. Așadar, principiul efectului constitutiv în acest sistem intervine doar după îndeplinirea a două formalități: încheierea actului real (un nou consimțământ) și înscrierea în cartea funciară.

## **1.2. Aplicarea principiului abstractizării**

Având în vedere că transferul proprietății este scindat prin îndeplinirea a două acte juridice (unul obligațional și unul real), în sistemul german este consacrat în mod implicit principiul separației. Ceea ce deosebește acest sistem de drept în mod definitoriu însă, este aplicarea principiului abstractizării care implică numeroase consecințe juridice.

### **1.2.1. Abstractizare externă**

După cum am arătat anterior, acest principiu desemnează pe de o parte faptul că între actul obligațional și cel real nu există o relație de interdependență, nevalabilitatea unuia neatrăgând automat și nevalabilitatea celui de-al doilea. În acest

caz ne aflăm în ipoteza unei **abstractizări externe**. Totuși, acest lucru ar putea atrage consecințe nu tocmai favorabile pentru circuitul civil. Spre exemplu, dacă actul obligațional este lovit de nulitate, cel real rămâne valabil, cu anumite excepții<sup>38</sup>, și vice-versa. Astfel, se ajunge la ipoteza în care situația juridică prevalează situației reale, caz în care prin înscrierea în cartea funciară un neproprietar este socotit în mod absolut ca fiind proprietar, aceasta fiind o aplicație a principiului forței probante<sup>39</sup> sau principiului publicității materiale<sup>40</sup>. Totuși, există un remediu și în această situație, un artificiu creat de legiuitorul german și anume, introducerea unei acțiuni în îmbogățire fără just temeii<sup>41</sup>.

Drept urmare, putem observa mai multe ipoteze în care principiul abstracțiunii se distinge în mod vădit față de principiul cauzalității. Dacă actul juridic de natură obligațională este nevalabil, iar cel real este valabil, se poate introduce acțiunea în îmbogățire fără justă cauză (o acțiune personală, prescriptibilă, care nu poate fi opusă terților<sup>42</sup>) pentru restituirea bunului dacă acesta nu a fost dobândit între timp de un terț de bună credință, sau pentru a obține contravaloarea acestuia, în caz contrar. În această situație, nu poate fi introdusă o acțiune în revendicare (ce ar avea avantajul de a produce efecte fără a distinge cine are posesia efectivă a bunului, fiind totodată și o acțiune de principiu imprescriptibilă)<sup>43</sup>, întrucât doar proprietarul poate introduce o astfel de acțiune, ori în această situație proprietar nu este înstrăinătorul, ci dobânditorul.

Dacă actul real este cel nevalabil, atunci acesta poate fi refăcut întrucât actul obligațional încă mai leagă părțile contractante să își îndeplinească obligațiile contractuale. Astfel, în doctrină, actul real este văzut ca o executare a celui obligațional<sup>44</sup>. În această ipoteză, se ridică întrebarea dacă poate exista actul real atâta timp cât cel obligațional nu a existat niciodată. Răspunsul poate fi deopotrivă afirmativ sau negativ. În ceea ce ne privește, considerăm că întotdeauna există și un act obligațional, care într-adevăr poate fi unul nevalabil (spre exemplu nu îmbracă forma cerută de lege *ad validitatem*), sau poate fi un act simultan cu cel real. În același sens s-a exprimat și doctrina<sup>45</sup>, considerând că actul real poate fi încheiat chiar și pentru executarea unui act obligațional putativ.

Pe de altă parte, ne-am putea imagina și o ipoteză în care un drept real este înscris dintr-o eroare materială a funcționarului responsabil cu înscrierea în cartea funciară, caz în care nu avem nici un act obligațional care emană de la părți (doar simpla manifestare de voință a funcționarului). Totuși, așa cum vom vedea, în această situație poate fi promovată o acțiune în rectificare.

Nu în ultimul rând, dacă niciunul din acte nu este valabil, atunci înstrăinătorul rămâne proprietarul bunului și se poate prevala, de această dată, de acțiunea în revendicare și de toate beneficiile acesteia<sup>46</sup>. În orice caz, dacă situația juridică reală

nu corespunde cu cea înscrisă în cartea funciară, adevăratul titular al dreptului poate introduce o acțiune în rectificare, prin care poate obliga pe cel în favoarea căruia este înscris dreptul (un titular aparent) să consimtă la înlăturarea aparenței create. Totuși, evidențiem faptul că existența unui subdobânditor de bună credință, schimbă situația juridică, întrucât prin intermediul publicității materiale acesta devine adevăratul titular, iar acțiunea în rectificare precizată mai sus nu mai poate fi exercitată.

### 1.2.2. Abstractizare internă

De asemenea, principiul abstracțiunii nu desemnează numai o abstractizare externă, ci și una **internă**<sup>47</sup>, caz în care pentru valabilitatea actului juridic real nu este necesară și existența unei cauze. Așadar, condițiile de valabilitate ale actului real sunt aceleași ca cele ale unui act juridic obligațional, însă acesta nu este condiționat de existența unui motiv determinant care să stea la baza încheierii sale. O altă diferență între actul de natură obligațională și cel de natură reală, este faptul că primul poate fi afectat de modalități, pe când cel de-al doilea nu este susceptibil de modalități, conform art. 925 alin. (2) BGB<sup>48</sup>.

Prin urmare, în opinia noastră nu putem exclude *ab initio* ideea de cauzalitate. Chiar dacă actul obligațional și cel real nu se află într-un raport de subordonare unul față de celălalt, totuși prin intermediul unor construcții juridice, existența și valabilitatea unuia poate determina existența și valabilitatea celuilalt. În ceea ce ne privește, putem vorbi de o „pseudocauzalitate” pe tărâmul principiului abstracțiunii.

Principala consecință și importanța aplicării acestui principiu rezidă în asigurarea siguranței circuitului civil și protecția terților<sup>49</sup>. În acest sens, se acordă o importanță sporită actului real și înscrierii în cartea funciară, care prevalează în detrimentul actului obligațional.

După cum am arătat mai sus, dacă terțul dobânditor este de bună credință, devine automat proprietarul bunului de la data înscrierii în cartea funciară, fără a ține seamă dacă a dobândit bunul cu titlu oneros sau cu titlu gratuit<sup>50</sup>. Chiar dacă terțul primește un bun de la un neproprietar, transferul proprietății operează în virtutea prezumției conform căreia drepturile înscrise în cartea funciară există, iar cele radiate nu există<sup>51</sup>. Mai mult, buna credință în acest sens trebuie înțeleasă într-o accepțiune mult mai largă. Doar o înțelegere prealabilă de a-l fraudă pe înstrăinător, care are loc între dobânditorul din raportul obligațional viciat și terț, îl transformă pe acesta din urmă ca fiind de rea credință, nu și simpla cunoaștere a nevalabilității actului obligațional<sup>52</sup>. În dreptul român, terțul de bună credință (în sens restrâns de această dată<sup>53</sup>) nu se bucură de o protecție deplină decât după trecerea unui termen de decădere de 5 ani de la data dobândirii cu titlu gratuit, [art. 909 alin. (2) C. Civ.<sup>54</sup>], sau de 3 ani pentru o dobândire cu titlu oneros [art. 909 alin. (3) C. Civ.<sup>55</sup>].

Pentru a ilustra și mai bine protecția terților, considerăm că un exemplu ar fi edificator. Dacă A îi înstrăinează lui B un imobil, iar acesta la rândul său înstrăinează imobilul unui terț C, deși prima înstrăinare nu este valabilă, C rămâne proprietar dacă este de bună credință. Dacă mai departe, C înstrăinează imobilul lui D, iar acesta din urmă este de rea credință (în sens restrâns), cunoscând adevărata situație juridică, în acest caz este irelevantă buna sau reaua sa credință, întrucât el dobândește de la adevăratul proprietar, și anume de la C. Acest exemplu reprezintă o aplicație a efectului pozitiv al publicității materiale<sup>56</sup>.

O altă consecință a aplicării principiului abstractizării, dar mai ales a efectului constitutiv al cărților funciare consacrat în sistemul german, este faptul că părțile au propriul interes pentru a îndeplini formalitățile de înscriere în cartea funciară. Pe de o parte dobânditorul are un interes pentru a i se transmite dreptul real imobiliar, iar pe de altă parte înstrăinătorul prezintă un interes economic, acela de a nu achita în continuare taxele și impozitele corespunzătoare imobilului ce face obiectul transmiterii<sup>57</sup>.

Tocmai de aceea, în sistemul german nu există o obligativitate ci doar o posibilitate de a cerceta cuprinsul cărților funciare și a înscrierilor ce stau la baza înscrierilor<sup>58</sup>. În dreptul nostru, sub imperiul legii 7/1996, dar și conform Codului civil în vigoare, până la finalizarea lucrărilor cadastrale, putem vorbi de o „obligativitate” de a cerceta cuprinsul cărții funciare. Având în vedere că dreptul real imobiliar se transmite la momentul încheierii contractului și nu la data înscrierii dreptului în cartea funciară, pentru a fi un dobânditor de bună credință, o persoană trebuie să își întemeieze pretențiile pe cuprinsul cărții funciare<sup>59</sup>. În caz contrar, dacă anterior transferului, dobânditorul nu a verificat cine este adevăratul proprietar, nu poate fi considerat de bună credință.

Iată așadar, că în sistemul german, dar și în dreptul nostru după finalizarea lucrărilor cadastrale și deschiderea cărților funciare pentru imobilele respective, există obligativitatea de a-ți înscrie dreptul în cartea funciară pentru a fi considerat proprietar. Astfel, nu se mai justifică o „obligativitate” de a cerceta cuprinsul cărților funciare anterior înscrierii, ci doar o facultate, întrucât chiar în momentul înscrierii se observă cine este actualul proprietar sau dacă există alte înscrieri provizorii sau notări, care ar putea afecta valabilitatea dreptului dobânditorului. Spre exemplu, în momentul înscrierii în cartea funciară a dreptului de proprietate asupra imobilului se poate observa că anterior a fost notat un drept de preemțiune convențional, conform art. 902 alin. (2), pct. 13 C. Civ.<sup>60</sup>.

În concluzie, transferul drepturilor reale în sistemul german, caracterizat în principal de principiul abstracțiunii și cel al efectului constitutiv al înscrierilor, reprezintă un sistem complex, care oferă anumite avantaje, în special terților și

securității circuitului civil în general. Pe de altă parte, acest „lanț” de acte și fapte juridice care trebuie încheiate pentru o simplă operațiune juridică, nu corespunde realităților sociale caracterizate pe lângă securitatea circuitului civil și de dinamica acestuia. Astfel, această construcție a fost considerată pe bună dreptate, ca fiind „greoaie și greu accesibilă”<sup>61</sup>.

Așadar, principiile care definesc sistemul german sunt următoarele: în primul rând, principiul **tradițiunii**, întrucât transferul proprietății se finalizează doar la momentul realizării unui fapt exterior (fie remiterea bunului, fie înscrierea în cartea funciară). În al doilea rând, atâta timp cât transferul proprietății este scindat între un act obligațional și unul real, este aplicabil principiul **separației**, iar tocmai pentru că între aceste acte nu există un raport causal direct, putem identifica principiul **abstracțiunii**. Din toate aceste principii, decurge un altul care este de esența acestui sistem, și anume **efectul constitutiv al înscrierilor** în cartea funciară pentru bunurile imobile.

## 2. Sistemul Francez

La polul opus sistemului german, am putea spune că se află sistemul francez, care nu se axează pe un sistem de publicitate bazat pe imobile, ci mai degrabă pe unul bazat pe persoane.

Nu vom acorda o atenție sporită acestui sistem, care se aseamănă în mare măsură cu cel aplicat pe teritoriul țării noastre în Oltenia, Muntenia, Moldova și Dobrogea, anterior intrării în vigoare a noului Cod civil (și finalizării lucrărilor cadastrale), întrucât aceste sisteme nu consacră efectul constitutiv de drepturi al înscrierilor, excedând tema acestui studiu. Astfel, vom face referiri doar la aspectele pe care le considerăm că prezintă o importanță sporită, precum și la diferențele notabile dintre cele două sisteme. Menționăm și faptul că în continuare vom folosi denumirile de „sistem real” pentru sistemele ținute pe imobile, precum cărțile funciare și „sistem personal” la cele ținute pe persoane, precum registrele de transcripțiuni-inscripțiuni.

### 2.1. Sistem personal vs. Sistem real

Publicitatea imobiliară în sistemul francez este reglementată în Titlul V, Cartea a II-a din Codul Civil<sup>62</sup>, unde la art. 710-1<sup>63</sup> este prevăzută doar forma pe care trebuie să o îmbrace actele în vederea realizării formalităților de publicitate imobiliară. Forma cerută este cea autentică, prevădută și în art. 4<sup>64</sup> din Decretul nr. 55-22 din 4 ian. 1955<sup>65</sup>, act normativ ce reprezintă dreptul comun în materia publicității imobiliare.

În acest sistem de drept, drepturile reale se transmit, se modifică și se sting chiar de la momentul acordului de voințe, nefiind necesare alte formalități, decât pentru a face transmisiunea opozabilă terților. Totuși, așa cum vom vedea, nici acest sistem de publicitate imobiliară nu este total diferit de cele reale, chiar dacă principiul esențial care caracterizează transmiterea drepturilor este cel al consensului.

Așadar, titlurile ce corespund drepturilor reale corelative, sunt arhivate în niște volume, la birourile de ipotecă (servicii administrative), de către niște registratori numiți „conservatori de ipotecă”<sup>66</sup>. Trebuie să menționăm faptul că denumirile de „birouri de ipotecă” și „conservatori de ipotecă” nu restrâng sfera publicității doar la garanțiile reale imobiliare, ci la toate actele care constituie, modifică, sau sting drepturile reale imobiliare, acțiunile în justiție ce au ca obiect un drept real imobiliar, sau chiar anumite drepturi personale ce se află în legătură cu imobilele respective<sup>67</sup>.

Ceea ce diferențiază în mod vădit acest sistem de cele reale este faptul că titlurile sunt arhivate în funcție de titularul dreptului real imobiliar și nu în funcție de imobil în sine. Cu toate acestea, trebuie să remarcăm faptul că în realitate, sunt întocmite trei fișiere pentru realizarea publicității. Un fișier personal care într-adevăr cuprinde titularul dreptului real, un fișier organizat pe imobile, care cuprinde fiecare imobil în parte și un al treilea fișier, de această dată cadastral, care cuprinde informații privitoare la măsurătorile imobilului<sup>68</sup>. Așadar, se poate remarca faptul că și acest sistem de publicitate prezintă suficiente informații atât cu privire la persoanele care sunt titulare ale drepturilor reale, dar și cu privire la imobile în sine.

Dacă până acum, acest sistem de publicitate personal nu diferă semnificativ față de un sistem real, nu același lucru se poate afirma și despre efectele înregistrării. Am observat în secțiunile anterioare că un sistem real de publicitate imobiliară, precum cel german are avantajul efectului constitutiv de drepturi, drepturile reale născându-se doar de la momentul înscrierii în cărțile funciare. În consecință, înscrierea este una obligatorie.

În ceea ce privește sistemul francez, înscrierea nu mai atestă existența dreptului înscris, ci rezolvă doar un conflict în caz de înstrăinări succesive<sup>69</sup>. În acest caz, înregistrarea nu mai reprezintă o obligație, ci o facultate a dobânditorului de a-și face primul opozabil dreptul, pentru a putea fi preferat în caz de comparare a titlurilor. În concluzie, în ipoteza în care două persoane pretind același drept real sau două drepturi diferite incompatibile, asupra aceluiași imobil, este preferat cel care are dreptul înscris, sau cel care are dreptul înscris înaintea celui alt.

În situația prezentată mai sus, se poate observa avantajul unui sistem real, care nu permite o a doua înscriere atâta timp cât titularul deja înscris nu este de acord cu acest lucru.

Pe de altă parte, art. 3 din Decretul nr. 55-22 din 4 ian. 1955<sup>70</sup> impune o condiție suplimentară (susceptibilă de excepții) în ceea ce privește înscrierea unui drept real imobiliar. Astfel, cel care dobândește un drept real de la o altă persoană, își poate înscrie dreptul său doar dacă în prealabil a fost înscris cel de la care a dobândit dreptul. Iată așadar, că nici sub acest aspect, sistemul personal de publicitate imobiliară nu diferă foarte mult de sistemele reale.

Din cele arătate mai sus, se poate lesne observa că există diferențe notabile între cele două tipuri de sisteme, care însă nu le plasează pe poziții diametral opuse, între ele existând și numeroase asemănări. Astfel, sistemul francez este considerat un sistem „auxiliar al dreptului comun al contractelor și bunurilor”<sup>71</sup>, nu o instituție de sine stătătoare, cu principii proprii, cum se întâmplă în sistemul german.

Ca o concluzie pentru întreg teritoriul Francez, principiile care se pliază cel mai bine pe acest sistem sunt cel al consensului, cel al unității și cel al cauzalității. Sistemul francez este prin excelență tributar orientării **consensualiste**, iar ca o consecință imediată este consacrat și **principiul unității**, nemaexistând o separare între un act obligațional și unul real. În literatura de specialitate se vorbește și de un principiu al **cauzalității** în acest caz<sup>72</sup>. În ceea ce ne privește, considerăm că *de facto* acesta lipsește cu desăvârșire, întrucât atâta timp cât nu avem două acte juridice distincte (acestea fiind sudate într-unul singur<sup>73</sup>), este imposibil să avem o legătură între acestea (s.n. o legătură între unul și același act). Eventual, putem vorbi de un principiu al cauzalității în ipoteza considerării actului ca fiind valabil doar dacă acesta are o cauză determinată, licită și morală, contrar actului real din sistemul german care este valabil și în lipsa unei astfel de cauze. O ultimă consecință evidentă este aceea că în sistemul francez nu avem un principiu al efectului constitutiv.

### 3. Sistemul Elvețian

Dacă până acum am analizat două sisteme care, cel puțin, par a se plasa pe planuri diametral opuse, în cele ce urmează vom observa și un sistem intermediar care se situează între sistemul francez și cel german. Nu ne vom referi aici la sistemul austriac, deși a avut o aplicabilitate importantă și pe teritoriul nostru, întrucât a fost analizat de multe ori în literatura de specialitate<sup>74</sup>. Tocmai de aceea, am ales să ne oprim asupra sistemului de drept elvețian.

În dreptul elvețian, publicitatea imobiliară este cuprinsă în Codul Civil<sup>75</sup>, cartea a IV-a privind drepturile reale, precum și în Ordonanța privind registrul funciar din 23 septembrie 2011<sup>76</sup>. Așa cum am văzut, dreptul elvețian se bazează pe un sistem real de publicitate imobiliară, care se aseamănă în mare măsură cu cel german.



Registrul funciar este organizat pe mai multe părți definite în art. 2<sup>77</sup> din Ordonanța privind registrul funciar. Acesta cuprinde pe de o parte, un registru principal care este compus din mai multe file pentru fiecare imobil (le grand livre), precum și din alte părți care completează acest registru principal (ca de exemplu, planurile cadastrale, actele justificative ce au stat la baza înscrierilor, un registru cu procesele verbale de înscriere ținute în ordine cronologică). De asemenea, similar sistemului nostru de drept, în sistemul elvețian există trei tipuri de înscrieri în registrele funciare: cele definitive care cuprind drepturile reale, adnotațiunile în care se înscriu drepturile personale, precum și înscrierile provizorii pentru drepturile reale cu „existență problematică”.<sup>78</sup>

Din rațiuni de sinteză, nu vom prezenta acest sistem în mod exhaustiv, ci ne vom axa în special pe diferențele notabile ce apar față de sistemul german, sistem față de care prezintă numeroase similitudini.

Încă de la început am menționat că sistemul de publicitate imobiliară elvețian, poate fi plasat între sistemul francez și cel german. Acest lucru poate fi confirmat și de circumstanțele istorice, întrucât anterior adoptării formei finale a Codului Civil, au existat alte trei proiecte legislative care au consacrat principiul consensului (specific dreptului natural) urmând ca în final, legiuitorul să renunțe la tradiția romană și să aplice un sistem bazat pe principiul tradițiunii<sup>79</sup>. Iată, așadar, că legiuitorul elvețian a optat pentru o apropiere de regimul german, fiind împins de la spate de așa numita „valse-hésitation”<sup>80</sup> a doctrinarilor francezi, care au pendulat de-a lungul timpului între necesitatea de a impune sau nu și un transfer al posesiei, pe lângă simpla manifestare de voință, în vederea unui transfer valid al proprietății.

Înscrierea drepturilor reale în sistemul elvețian are un efect constitutiv de drepturi, după cum este prevăzut *expressis verbis* în art. 656 alin. (1)<sup>81</sup> și art. 971 alin. (1)<sup>82</sup> C. Civ. Elv. și în art. 64 al Ordonanței privind registrul funciar<sup>83</sup>. Diferența față de sistemul german rezidă în faptul că aici nu mai este necesar un al doilea acord de voințe, real, între părțile contractante, ci este suficient un act unilateral<sup>84</sup> al înstrăinătorului care își exprimă acordul cu privire la transferul proprietății sau cu privire la radierea dreptului său<sup>85</sup>.

O altă deosebire esențială decurge din prevederile art. 974 alin. (2) C. Civ. Elv.<sup>86</sup>, care vorbește de un așa numit principiu al legitimității<sup>87</sup>. Suntem de părere că acest text legal, nu face altceva decât să consacre principiul cauzalității între actul juridic obligațional (contractul) și actul juridic real (manifestarea unilaterală de voință), acesta din urmă nefiind un act abstract, care nu depinde în mod direct de primul, asemeni sistemului german.

De asemenea, după cum am precizat de mai multe ori, principiul cauzalității nu desemnează doar legătura cauzală directă între cele două acte, ci și existența unei cauze a actului juridic real. Astfel, pentru înscrierea valabilă a unui drept real în registrul funciar, actul unilateral al înstrăinătorului trebuie să îndeplinească și condiția existenței unei cauze, lucru prevăzut în art. 94 alin. (1) lit. c)<sup>88</sup> al Ordonanței privind registrul funciar.

Se poate observa așadar, că în sistemul elvețian accentul nu mai cade pe actul real, ci pe cel obligațional<sup>89</sup>, întrucât nevalabilitatea titlului, atrage în mod automat și nevalabilitatea actului real. Tocmai de aceea, printre atribuțiile registratorului, este prevăzută și aceea a verificării condițiilor de validitate ale titlului pe baza căruia se cere înscrierea<sup>90</sup>.

Din cele arătate mai sus, se poate trage concluzia că sistemul elvețian este caracterizat de aplicarea principiului **tradițiunii**, proprietatea transferându-se la un moment ulterior acordului de voințe, la data înscrierii în registrele funciare a dreptului real pentru bunurile imobile. De asemenea, atâta timp cât pentru transferul proprietății sunt necesare două acte juridice (*jus ad rem* și *jus in re*), este consacrat principiul **separației**, dar ca element de noutate este prevăzut totodată și principiul **cauzalității** între acestea două. Iar ca o încoronarea a acestora este plasat deasupra tuturor și principiul **efectului constitutiv** al înscrierilor.

Mai putem reține faptul că legiuitorul elvețian a reușit să îmbine în mod armonios principiile specifice sistemului francez cu cele ale sistemului german, reușind în acest fel să creeze un sistem mai performant care să asigure deopotrivă securitatea dinamică a circuitului civil (sistemul german fiind unul greoi) și securitatea statică a acestuia (protecția terților de bună credință).

#### 4. Sistemul Român

În fine, în ceea ce privește sistemul român de publicitate imobiliară vom încerca să îl plasăm printre cele prezentate anterior pentru a înțelege natura sa juridică. Înainte de a vorbi despre sistemul actual, vom face referiri la sistemul caracterizat de Decretul lege nr. 115/1938 (4.1.) și Legea nr. 7/1996 (anterior modificărilor din 2013) (4.2.), urmând ca mai apoi, din această construcție evolutivă să concluzionăm cu trăsăturile actualei reglementări (4.3.).

Totodată, nu vom mai face referiri la aspecte generale ale cărților funciare române, care se regăsesc în prima parte a acestei lucrări, unde am definit efectul constitutiv al cărților funciare. În consecință, ne vom opri doar asupra acelor elemente ce au născut discuții în doctrină și care ne ajută să determinăm trăsăturile relevante sistemului de publicitate imobiliară, după cum este reglementat în Codul Civil.

#### 4.1. Decretul lege nr. 115/1938<sup>91</sup>

Odată ce am văzut care sunt caracteristicile principalelor sisteme de publicitate imobiliară europene, este foarte ușor să observăm similitudinile acestora cu sistemul nostru și în consecință, să determinăm și caracteristicile acestuia din urmă.

Cu privire la Decretul lege nr. 115/1938, care deși a avut o aplicabilitate relativ restrânsă din punct de vedere teritorial (Transilvania, Banat, Crișana, Maramureș și sudul Bucovinei), putem afirma că acesta a constituit baza unui sistem real performant al sistemului român de publicitate imobiliară. Ceea ce a determinat superioritatea acestei reglementări, a fost chiar introducerea, sau mai bine spus păstrarea efectului constitutiv de drepturi. Acest lucru reiese din articolele 17 și 18 ale acestui act normativ<sup>92</sup>. În literatura de specialitate a fost exprimată și opinia conform căreia prevederile Decretului nr. 115/1938 trebuiau interpretate mai lax, înțelegând înscrierea în cartea funciară doar ca o condiție pentru a face opozabil dreptul terților<sup>93</sup>.

Din aceste texte legale se poate lesne observa că pentru a opera transmiterea, nașterea, modificarea sau stingerea unui drept real imobiliar este necesară o succesiune de acte și fapte juridice. Prima „za din acest lanț” este reprezentată de încheierea unui act obligațional (titlul transiterii) urmată de încheierea unui act real compus din înscrierea în cartea funciară la care consimte cel împotriva căruia se realizează înscrierea.<sup>94</sup>

Acest consimțământ poate fi unul expres, atunci când, fie este introdusă o clauză distinctă în contractul ce stă la baza înscrierii<sup>95</sup> (*clausula intabulandi*)<sup>96</sup>, fie prin încheierea unui act distinct la momentul înscrierii. Totodată, putem vorbi și de un consimțământ tacit, care poate îmbrăca forma unei acțiuni în prestație tabulară.<sup>97</sup> Deși acest al doilea consimțământ s-a dovedit a fi doar o formalitate inutilă, el este cel care transformă înscrierea în cartea funciară a dreptului într-un act real, și nu într-un fapt juridic.

Atât în literatura de specialitate, cât și în jurisprudență s-a recunoscut existența unui drept real anterior înscrierii în cartea funciară, denumit și „proprietate extratabulară”<sup>98</sup>. Acest drept este caracterizat de faptul că până la data înscrierii în cartea funciară, cel împotriva căruia se realizează înscrierea nu poate să îi opună dobânditorului inexistența dreptului de proprietate, întrucât între aceștia există un contract valabil. Nu același lucru se poate afirma și despre terți, cărora transmisiunea nu le este încă opozabilă. Totuși, acest drept intermediar, nu este altceva decât un drept personal<sup>99</sup> (de creanță) ce rezultă din convenția care va sta la baza intabulării. Așadar, este adevărat că între părți se naște un drept chiar de la încheierea contractului, drept ce îi permite dobânditorului să introducă acțiunea în prestație tabulară<sup>100</sup> sau să ceară predarea bunului, însă acesta nu este un drept real, ci unul personal<sup>101</sup>.

Astfel, putem spune că dreptul de proprietate în materia imobilelor se dobândește doar la momentul înscrierii în cartea funciară. Izvorul transmisiunii unui drept real este reprezentat de actul obligațional (titlul transmisiunii), iar modul de transmitere este cel prevăzut de lege, și anume înscrierea în cartea funciară<sup>102</sup>. Există și excepții de la acest „mod” de dobândire, când nu este necesară exigența înscrierii<sup>103</sup>, ceea ce ar putea duce cu gândul la o carte funciară incompletă și incoerentă. Totuși, acest aspect a fost tranșat de către legiuitor, care a prevăzut faptul că un drept dobândit în una din aceste modalități nu poate fi transmis mai departe decât dacă anterior se procedează la înscrierea sa în cartea funciară, asigurându-se, în consecință, publicitatea integrală a cărților funciare.

De asemenea, trebuie menționat și faptul că cele două acte sunt legate cauzal între ele, iar existența lor cumulativă este imperios necesară pentru a opera transferul proprietății. Astfel, dacă nu există cel real, actul obligațional, așa cum am arătat, dă naștere doar la drepturi personale. Dacă există doar înscrierea în cartea funciară fără a avea titlul în baza căruia trebuie înscris dreptul, atunci înscrierea este lipsită de efecte juridice<sup>104</sup>.

Iată, că sub imperiul acestei reglementări, asemeni sistemului elvețian prezentat mai sus, transferul proprietății în materie imobiliară este scindat între încheierea a două acte, unul obligațional (contractul efectiv) și unul unilateral real (manifestarea expresă de voință a înstrăinătorului fie la înscriere, fie la radiere) care cuprinde și un fapt material, înscrierea în cartea funciară. Din acestea, putem deduce că principiile aplicabile sistemului de publicitate imobiliară caracterizat de Decretul 115/1938, sunt cel al **separației** între cele două acte *jus ad rem* și *jus in re*; principiul **tradițiunii**, dobândirea, modificarea sau stingerea unui drept real realizându-se doar la momentul înscrierii în cartea funciară și cel al **cauzalității**, între cele două acte existând o legătură directă. În plus, aici își găsește aplicabilitate și **efectul constitutiv** de drepturi.

#### **4.2. Legea nr. 7/1996<sup>105</sup>, vechiul Cod civil și Legea nr. 242/1947<sup>106</sup>**

După sistemul „evoluat” de publicitate imobiliară, ce a avut la bază Decretul lege nr.115/1938, legiuitorul a făcut un pas înapoi și a eliminat chiar esența acestuia. Prin legea nr. 7/1996 s-a avut în vedere un obiectiv lăudabil, acela de a extinde un sistem bazat pe imobile și de a-l estompa pe cel personal. Totuși, prin eliminarea efectului constitutiv, puterea legislativă doar s-a prefăcut că dorește o evoluție în acest sens, de fapt anihilând esența unui sistem ce s-a dovedit performant.

Astfel, prin Legea nr. 7/1996 s-a încercat realizarea unui sistem unitar de publicitate imobiliară pe întreg teritoriul țării, înlocuind sistemul de transcripțiuni-inscripțiuni, cel de carte funciară și cel al cărților de publicitate imobiliară. Noul sistem

s-a dovedit a fi un veritabil sistem hibrid<sup>107</sup> care a îmbinat realizarea unei evidențe bazate pe imobile și nu pe persoane, asemeni cărților funciare vechi, și efectul de opozabilitate specific sistemului de transcripțiuni-inscripțiuni.

Noile cărți funciare introduse prin Legea 7 (varianta inițială), nu au rămas fără critici bine justificate. Principalul dezavantaj este acela al creării unui nou drept real *sui generis*. Astfel, în ipoteza unei transmisiunii a unui drept real, acesta se transferă din perspectiva părților la momentul acordului de voințe, iar în ceea ce îi privește pe terți, doar la momentul când acesta le este făcut opozabil, și anume la data înscrierii în cartea funciară<sup>108</sup>. Această bizarerie juridică este exprimată cel mai bine într-o frază extrem de sugestivă: „dinamica imobiliară reprezintă paradoxul nașterii drepturilor reale inopozabile cât timp drepturile nu sunt supuse publicității”<sup>109</sup>.

Subliniem faptul că acest efect de opozabilitate al înscrierilor este susceptibil și de excepții. Astfel în art. 20 alin. (2)<sup>110</sup>, drepturile reale se sting numai prin înscrierea radierii în cartea funciară, fiind necesar și consimțământul titularului dreptului. Așadar, putem afirma faptul că în ceea ce privește stingerea drepturilor reale, noile cărți funciare sunt caracterizate de un efect atributiv de drepturi asemănător Decretului lege nr. 115/1938.

Fără alte explicații, menționăm și faptul că aceleași discuții sunt valabile și cu privire la sistemul de transcripțiuni-inscripțiuni prevăzut de vechiul Cod Civil, precum și cu privire la sistemul cărților de publicitate imobiliară prevăzut de Legea nr. 242/1947, unde înscrierea are doar efect de opozabilitate față de terți.

Iată așadar, că prin Legea 7, s-a încercat extinderea unui sistem real, care în definitiv, a ajuns să creeze mai multe dispute, pe de o parte prin eliminarea principiului tradițiunii, iar pe de altă parte prin crearea unei situații juridice, cel puțin bizare, a unui drept real intermediar, incomplet.

Putem concluziona prin a spune că toate cele trei tipuri de sisteme de publicitate imobiliară sunt caracterizate de principiile **consensului**, **unității** și **cauzalității**. Având în vedere faptul că dreptul real se transmite la momentul acordului de voințe (cel puțin între părți) și că nu putem vorbi de existența unui al doilea act, cel real, principiile mai sus enunțate își regăsesc o deplină aplicabilitate.

Înainte să trecem la reglementarea actuală, dorim să mai punctăm un aspect interesant. Am văzut că Legea nr. 7/1996 a adus unele diferențe față de vechea reglementare. Totuși, întrebarea e de când operează aceste modificări? Dispozițiile tranzitorii din Legea nr. 7/1996 abrogă Decretul-lege nr. 115/1938, însă numai după finalizarea lucrărilor cadastrale pe județe, până se ajunge la o abrogare totală pe întreg teritoriul țării<sup>111</sup>. Cum nici până în prezent aceste lucrări nu au ajuns la sfârșit, acest mecanism abrogatoriu nu a funcționat niciodată. Abia prin legea de punere în

aplicare a Codului Civil<sup>112</sup>, art. 230 abrogă expres Decretul-lege 115/1938. De aici putem trage concluzia că până la intrarea în vigoare a noului Codului civil, în anumite zone teritoriale, efectul constitutiv de drepturi a fost aplicabil.

### **4.3. Noul Cod Civil**

După ce am văzut ce tipuri de sisteme de publicitate imobiliară se aplică pe teritoriul altor state și ce variațiuni s-au aplicat pe teritoriul nostru, a venit și rândul actualei reglementări cuprinse în noul Cod civil. Trebuie să menționăm cu titlu preliminar că apreciem ca fiind cel puțin salutară opțiunea legiuitorului de a reintroduce sistemul de publicitate imobiliară acolo unde îi este locul și anume în cuprinsul Codului Civil.

În urma incoerenței sistemului de publicitate imobiliară pe teritoriul țării noastre, odată cu intrarea în vigoare a noului Cod Civil, se încearcă din nou (sperăm cu reușită de această dată) introducerea unui sistem unitar și performant. Astfel, legiuitorul a optat pentru menținerea cărților funciare și extinderea acestora pe întreg teritoriul.

În ceea ce privește efectul constitutiv de drepturi al înscrierilor în cartea funciară, efect ce reprezintă tema prezentei lucrări, acesta își găsește aplicabilitatea și în noua reglementare. După aproape două decenii în care acest efect a fost abolit, s-a constatat în sfârșit reintroducerea lui pentru a asigura atât securitatea dinamică a circuitului civil, dar mai ales circulația statică a acestuia. Această reintroducere a efectului constitutiv, poate fi privită cu scepticism de adepții principiului consensualismului, dar în egală măsură și de cei care preferă sistemul de publicitate imobiliară bazat pe principiul separației și chiar al abstracțiunii. În esență, legiuitorul a reintrodus efectul așa cum a fost prevăzut în Decretul lege nr. 115/1938, cu o subtilă diferență, care însă dă naștere unor discuții demne de a fi luate în considerare.

După cum am văzut în prima parte, art. 885 definește acest efect al înscrierilor, numai că, de această dată, nu mai este prevăzută și condiția existenței consimțământului celui împotriva căruia se realizează înscrierea. La o primă vedere, acesta pare a fi un fapt pozitiv, întrucât existența acelei clauze la intabulare a fost criticată, după cum am arătat anterior, ca fiind inutilă<sup>113</sup>. Totuși, lipsa unui al doilea consimțământ diferențiază fundamental sistemul de publicitate imobiliară din noul Cod civil față de cel reglementat de Decretul lege 115.

Astfel, am văzut că Decretul lege 115 se aseamăna foarte mult cu sistemul elvețian<sup>114</sup> care scindează transferul dreptului de proprietate între un act obligățional (jus ad rem) și unul unilateral real (jus in re), compus din agreementul unilateral al înstrăinătorului cu privire la înscriere și faptul material al înscrierii propriu-zise în cartea funciară. Pe de altă parte, în noua reglementare, se păstrează această scindare,

însă nu între două acte juridice, ci între un act juridic (contractul) și un fapt juridic (înscrierea în cartea funciară). Se poate observa că legiuitorul a înțeles să renunțe la acordul, fie el expres, fie tacit al înstrăinătorului cu privire la înscrierea în cartea funciară.

Din această aparent nesemnificativă schimbare, decurg două consecințe extrem de importante. Pe de o parte, se ridică problema naturii juridice a titlului în baza căruia se realizează intabularea sau înscrierea provizorie (a), iar pe de altă parte, obiectul acțiunii în prestație tabulară (b).

a) În ceea ce privește natura juridică a titlului în baza căruia se realizează înscrierea în cartea funciară, în vechea reglementare<sup>115</sup> era unanim acceptat faptul că acesta este un act obligațional. Chiar și după intrarea în vigoare a noului Cod civil se păstrează acest punct de vedere<sup>116</sup>, pe care înțelegem să îl criticăm.

Din definiția vânzării prevăzută la art. 1650 alin. (1) C. Civ.: „Vânzarea este contractul prin care vânzătorul transmite sau, după caz, **se obligă să transmită** cumpărătorului proprietatea unui bun în schimbul unui preț pe care cumpărătorul se obligă să îl plătească.” Această definiție consacră explicit principiul consensului, proprietatea fiind transmisă ca urmare a voinței concordante a părților. Totuși, sintagma „se obligă să transmită” ridică anumite semne de întrebare. Să înțelegem că în unele cazuri vânzarea devine doar un act obligațional?

Considerăm că răspunsul poate fi unul afirmativ. Ipotezele în care putem considera vânzarea ca fiind un act obligațional ar fi cea de la art. 1683 alin. (1)<sup>117</sup> privind vânzarea bunului altuia și vânzarea bunurilor imobile, în toate celelalte cazuri transferul operând automat, ca efect al contractului<sup>118</sup>. Într-adevăr, în ceea ce privește vânzarea bunului altuia, se prevede obligația vânzătorului de a asigura transmiterea dreptului de proprietate. Totuși, alin. (3) al aceluiași articol<sup>119</sup> prevede faptul că proprietatea se strămută **de drept**, fapt ce în definitiv sugerează ideea că nu vânzătorul transferă dreptul de proprietate, ci transferul se realizează tot ca efect al încheierii contractului. Așadar, considerăm că nici în această ipoteză vânzarea nu este un act obligațional, vânzătorul având o obligație de a face (prin procurarea bunului sau prin convingerea titularului să consimtă la vânzare), dar nu și o obligație de a da (de a transmite dreptul de proprietate).

Cu privire la transferul dreptului de proprietate în cazul bunurilor imobile se pot construi două opinii. Pe de o parte, aceea conform căreia vânzarea este un act obligațional și cea în care transferul dreptului de proprietate (sau alt drept real) se transmite ca efect al contractului și nu ca o obligație a vânzătorului. Cu privire la prima opinie, vom face trimitere la cele prezentate mai sus, însă cu privire la cea de-a doua trebuie să facem câteva precizări.

1. În primul rând, conform art. 1273 alin. (1) C. Civ.<sup>120</sup> se prevede *expressis verbis* faptul că drepturile reale se constituie și se transmit **prin acordul de voință al părților**, mai bine zis ca efect al contractului. Totuși, acesta nu reprezintă un argument solid întrucât art. 1273 poate fi considerat genul, iar art. 885 specia, și după cum bine se știe *specialia generalibus derogant*.

2. În al doilea rând, ne lovim de ceea ce am precizat mai sus, și anume eliminarea din cadrul transferului drepturilor reale imobiliare a consimțământului înstrăinătorului la intabulare. Atâta timp cât acest acord era necesar, puteam vorbi de o obligație a înstrăinătorului de a transmite dreptul real, însă lipsa acestuia s-ar părea că duce la soluția contrară. Într-adevăr, suntem de părere că înscrierea în cartea funciară nu mai reprezintă o formalitate ce ține de înstrăinător, ci exclusiv de dobânditor întrucât conform art. 28<sup>121</sup> din Legea 7/1996 (în varianta actuală), este suficient ca dobânditorul să depună o cerere de înscriere la care să anexeze titlul (contractul, hotărârea judecătorească, etc.) în original sau copie legalizată.

Așadar, considerăm că pe tărâmul noii reglementări, înscrierea are efect constitutiv de drepturi, însă aceasta operează ca o amânare a transferului dreptului real până la această dată, tocmai pentru a nu mai crea „un drept real incomplet” de la data încheierii contractului până la data realizării opozabilității față de terți. Astfel, putem observa o similitudine (doar cu scop demonstrativ) între vânzarea bunurilor imobile și vânzarea cu plata prețului în rate și rezerva proprietății prevăzută de art. 1755 alin. (1) C. Civ.<sup>122</sup> În această ultimă ipoteză de vânzare, nu este contestat faptul că odată cu achitarea ultimei rate din preț, transferul dreptului de proprietate operează *ope legis*, ca efect al contractului și nu ca o obligație a vânzătorului. Prin urmare, dreptul de proprietate se transferă la momentul la care cumpărătorul își îndeplinește o obligație, aceea de plată a prețului, vânzătorul nemaifiind obligat la nimic în ceea ce privește transferul (eventual la predarea bunului dacă acest lucru nu s-a realizat anterior). În mod similar, și în cazul transferului unui drept real imobiliar, singura obligație îi aparține dobânditorului care trebuie să își înscrie dreptul în cartea funciară dacă dorește să devină titularul aceluia drept, acest lucru nemaidepinzând de înstrăinător, decât, eventual, în ipoteza predării înscrisurilor pentru intabulare.

3. Un alt argument în favoarea ideii conform căreia vânzarea de bunuri imobile nu reprezintă un act obligațional se rezumă la existența sau inexistența obligației de a da. Nu ne vom opri asupra acestei discuții interminabile cu privire la acest aspect, ci ne vom limita la a face câteva trimiteri relevante<sup>123</sup>. Astfel, dacă admitem că există o obligație de a da, atunci vânzarea ar putea fi considerată un act obligațional, iar dacă conchidem că aceasta nu există, ca o consecință imediată, nu putem considera vânzarea ca fiind un act obligațional.



Așadar, în ceea ce privește natura juridică a titlului ce stă la baza înscrierilor în cartea funciară, lășăm problema deschisă, existând argumente și într-un sens și în celălalt. În definitiv, legiuitorul ne forțează să acceptăm opinia conform căreia vânzarea poate fi și un act obligațional, altfel nu prevedea în mod expres această situație chiar în definiția vânzării.

**b)** Cu privire la acțiunea în prestație tabulară, datorită înlăturării consimțământului la intabulare a celui împotriva căruia se realizează înscrierea, obiectul acesteia se consideră că se rezumă doar la predarea înscrisurilor necesare înscrierii<sup>124</sup> (altele decât cel prin care se transferă dreptul real). Pe de altă parte, în ipoteza radierii unui drept real din cartea funciară, conform art. 885 alin. (2) este necesar consimțământul expres al titularului, care trebuie să îmbrace chiar forma autentică.

Iată așadar, că legiuitorul nu a mai prevăzut necesitatea unui acord separat al titularului dreptului la transmiterea, constituirea, sau modificarea unui drept real imobiliar, însă acest consimțământ este necesar pentru stingerea dreptului, prin radierea din cartea funciară.

Din cele arătate mai sus, urmează să vedem care sunt principiile care caracterizează sistemul de publicitate imobiliară în noul Cod Civil. În primul rând, legiuitorul a optat ca pentru bunurile imobile să aplice principiul **tradițiunii**, transferul proprietății fiind amânat până la înscrierea dreptului real în cartea funciară. Având în vedere că transferul nu mai este scindat între două acte juridice, ci între un act juridic și un fapt juridic, principiul aplicabil este de această dată cel al **unității**<sup>125</sup>. Nu în ultimul rând, atâta timp cât nu avem două acte juridice nu putem vorbi nici de un principiu al abstractizării, ci de cel al **cauzalității**.

Putem observa, de asemenea, că în ceea ce privește bunurile mobile, legiuitorul a mers pe principiile consensului, unității și cauzalității. Această optică a fost criticată datorită inconsecvenței transferului drepturilor reale în funcție de natura bunurilor<sup>126</sup>. Principalul argument în sensul acestei critici este acela că în prezent, bunurile mobile pot ajunge la valori cel puțin egale, sau mai mari decât cele imobile, nejustificându-se o protecție mai mare pentru cele imobile. Totuși, nu împărtășim această opinie din motive ce țin de adaptabilitate la realitatea socială. Astfel, bunurile mobile, prin natura lor au vocația de a circula, de a fi mutate, în schimb cele imobile, după cum le spune și numele sunt în principiu stabile (în sens contrar ne putem imagina situații excepționale precum cazul aluviunilor, avulsunilor, sau mutarea efectivă a bisericilor în perioada comunismului). Așadar, datorită caracterului de stabilitate al bunurilor imobile, este facil și oportun de a ține o evidență, cum este cea a cărților funciare.

Ca o concluzie finală, se pare că legiutorul român nu s-a mai rezumat la a aplica un sistem de publicitate imobiliară din cele existente deja, ci a încercat să personalizeze un sistem care să corespundă cât mai bine realității sociale, cel puțin din punct de vedere teoretic. Cu privire la aplicabilitatea efectivă a acestui sistem, urmează să vedem ce se va întâmpla în practică.

### III. Prorogarea efectului constitutiv al înscrierilor

Dacă în primele două secțiuni am vorbit în nenumărate rânduri despre un efect constitutiv al înscrierilor în cartea funciară, trebuie să remarcăm că toate aceste discuții sunt lipsite de orice importanță, dacă faptic efectul nu se aplică. Atât timp cât nu avem un cadastru unitar pe întreg teritoriul țării, este imposibil să se aplice acest efect. Așadar, ne aflăm într-o situație de tranziție, care însă nu a fost omisă de către legiutor.

Astfel, prin dispozițiile art. 56<sup>127</sup> din Legea nr. 71/2011<sup>128</sup> pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, efectul constitutiv de drepturi prevăzut de art. 885 alin. (1) și 886 Cod civil, este prorogat până la finalizarea lucrărilor cadastrale și deschiderea cărților funciare pentru acele imobile. Până atunci, urmează ca înscrierile în cărțile funciare să aibă doar efect de opozabilitate față de terți. Iată, că până nu vor fi îndeplinite condițiile art. 56, se va aplica în continuare un sistem care s-a dovedit a da naștere unor drepturi reale *sui generis* nejustificate.

#### 1. Circumstanțele istorice în efectuarea lucrărilor de cadastru

Înainte de a vedea care este situația în actuala reglementare, vom face câteva precizări ce țin mai mult de contextul istoric, dar care demonstrează faptul că este posibilă realizarea unui cadastru unitar pe întreg teritoriul României într-un timp rezonabil.

După cum am mai spus în nenumărate rânduri, pe teritoriul țării noastre, sistemul de publicitate imobiliară bazat pe cărțile funciare nu reprezintă un element de noutate, acesta fiind introdus pentru prima dată în Transilvania ca urmare a ocupării acestei zone către Imperiul Austro-Ungar. Din ordinul împăratului Iosif al II-lea s-a dispus măsurarea întregului teritoriu ungar și transilvan în vederea realizării unui cadastru unitar pe întreg teritoriul imperiului. În consecință, în anul 1786 au început lucrările de măsurare care nu au durat mai mult de **trei ani și patru luni**<sup>129</sup>. Această perioadă record s-a realizat chiar în pofida împotrivirii nobilimii care deținea majoritatea suprafețelor de teren. Subliniem în egală măsură că deși în acea perioadă nu existau mijloace tehnice moderne de măsurare a suprafețelor, s-a reușit totuși realizarea lucrărilor într-un timp foarte scurt.

După Unirea de la 1918, s-a observat utilitatea unui sistem de publicitate imobiliară bazat pe imobile și s-a decis extinderea cărților funciare pe întreg teritoriul țării. Astfel, prin Legea cadastrului nr. 23 din 20 aprilie 1933 s-a urmărit extinderea cadastrului în Vechea Țară, începându-se totodată și lucrările de măsurare. Prin Decretul lege 115 s-a dorit, de asemenea, uniformizarea sistemului de publicitate imobiliară pe întreg teritoriul țării, însă datorită greutății cu care se realizau lucrările, Decretul s-a aplicat tot în fostele zone ocupate de Imperiul Austro-Ungar. La scurt timp, a izbucnit cel de-al doilea război mondial care a dus la abandonul realizării lucrărilor cadastrale.

Ideea de unificare a cadastrului a ajuns din nou în atenția legiuitorului prin legea nr. 7/1996 prin care s-a hotărât reluarea lucrărilor de măsurare, însă nu doar pentru regiunile în care nu existau cărți funciare, ci pe întreg teritoriul. Nici prin acest act normativ nu s-a realizat obiectivul dorit, deși la 23 ianuarie 1998 s-au obținut fonduri printr-un împrumut de la Banca Internațională pentru Reconstrucție și Dezvoltare (BIRD) în cuantum de 25,5 milioane de dolari pentru această cauză nobilă<sup>130</sup>.

Recent, prin intrarea în vigoare a noului Cod civil și a legii nr. 71/2011 de punere în aplicare a acestuia, se reia dorința de a realiza cadastrul uniform pe întreg teritoriul țării, sperăm, cu mai mult noroc de această dată. Având în vedere că nu există nici un text legal prin care să se prevadă un termen până la care să se termine lucrările cadastrale și implicit pentru aplicarea efectului constitutiv de drepturi al înscrierilor, ne-am văzut nevoiți să apelăm la autoritățile competente în încercarea de a afla cel puțin un termen orientativ în acest sens. Prin urmare, am încercat realizarea unei micro-cercetări în speranța obținerii unor informații pe care le considerăm extrem de importante.

Așadar, la finele anului 2013 și începutul anului 2014, am formulat un set de patru întrebări pe care le-am adresat mai multor Oficii de Cadastru și Publicitate Imobiliară din țară, precum și Agenției Naționale de Cadastru și Publicitate Imobiliară, în baza Legii nr. 544/2001<sup>131</sup> privind liberul acces la informațiile de interes public. Întrebările au încercat să surprindă patru aspecte esențiale. Pe de o parte, în ce procentaj au fost efectuate până la acea dată lucrări cadastrale, precum și pentru câte imobile au fost deschise cărți funciare noi; iar pe de altă parte dacă vechile registre (vechile cărți funciare, registrele de transcripțiuni și inscripțiuni, cărțile de publicitate imobiliară) vor fi folosite pentru deschiderea noilor cărți funciare și dacă există o dată estimativă pentru finalizarea tuturor lucrărilor.

Din răspunsurile primite am reușit să desprindem următoarele idei:

1. Cu privire la procentajul lucrărilor cadastrale pentru o anumită unitate administrativ-teritorială, acesta este greu de cuantificat, iar dacă există un astfel de procentaj, acesta este doar unul estimativ. Referitor la lucrările realizate, trebuie subliniat că acestea se împart în două categorii în funcție de cadrul organizat (sau nu) în care se desfășoară. Astfel, pe de o parte, există înregistrări sporadice, care se realizează la cererea titularilor dreptului de proprietate imobiliar, iar pe de altă parte, există înregistrări sistematice care se realizează din ordinul Directorului general al Agenției Naționale de Cadastru și Publicitate Imobiliară, conform art. 9 alin. (14) din Legea nr. 7/1996. Cea de-a doua categorie de înregistrări se realizează la un nivel mult mai ridicat, cuprinzând teritorii mult mai extinse, existând atât lucrări finalizate cât și lucrări în curs de desfășurare.

2. În ceea ce privește numărul de cărți funciare deschise, acesta echivalează cu numărul de înregistrări sistematizate finalizate, la care se adaugă numărul de înregistrări sporadice pentru care s-a cerut și deschiderea cărților funciare pentru imobilele respective.

3. Referitor la utilitatea informațiilor deja existente în cărțile funciare vechi, în registrele de transcripțiuni-inscripțiuni sau în cărțile de publicitate imobiliară, ni s-au comunicat o serie de texte legale, însă în mod surprinzător câteva Oficii de Cadastru și Publicitate Imobiliară, ne-au furnizat și anumite informații care nu se regăsesc în textele legale, dar care au o importanță sporită și răspund cel mai bine întrebării noastre. Din toate textele legale, reiese în mod evident faptul că actualele informații ce se regăsesc cuprinse în vechile evidențe de publicitate imobiliară **nu** sunt suficiente pentru deschiderea noilor cărți funciare. Totuși, după cum s-a menționat, acestea nu sunt suficiente pentru că multe dintre ele nu mai sunt actualizate și nu mai corespund situației juridice reale. *Per a contrario*, considerăm că există, spre exemplu, cărți funciare (vechi) suficient de noi pentru a putea fi transpuse efectiv în noile cărți funciare.

Cu alte cuvinte, rațiunea pentru care am adresat această întrebare nu a fost să ni se reitereze niște texte legale, ci a fost aceea de observa ce se întâmplă în ipoteza în care, de exemplu, s-au realizat măsurători la foarte puțin timp înainte de începerea înregistrărilor sistematizate sau sporadice. În acest caz, teoretic, datele existente vor fi înlocuite cu cele noi, dar practic, atâta timp cât nu există inadvertențe, acestea vor fi transpuse fără nicio modificare în noile cărți funciare.

Un alt aspect ce merită menționat este acela că informațiile cuprinse în cărțile de publicitate imobiliară nu mai pot fi folosite, întrucât întreg teritoriul ce se afla sub evidența acestor sisteme de publicitate, a fost supus procesului colectivizării, iar datele existente au fost afectate în mod radical, nemaicorespunzând situației reale.

4. Cu privire la termenul la care ar trebui finalizate lucrările pe întreg teritoriul țării, putem spune că reprezintă cel mai important dar și cel mai obscur subiect al prezentei cercetări. Răspunsurile primite converg toate spre același lucru și anume că nu există un astfel de termen, fie el legal, fie cel puțin estimativ. S-a încercat totuși, identificarea unor termene intermediare determinate de termenul contractual pentru finalizarea înregistrărilor sistematizate în curs de desfășurare, dar care nu ne-au fost comunicate. În orice caz, chiar în ipoteza cunoașterii acestor termene, nu ar exista o relevanță practică pentru determinarea unui termen de finalizare a tuturor lucrărilor cadastrale, întrucât pentru majoritatea teritoriilor aceste lucrări nici măcar nu au fost începute.

La această mică cercetare a noastră, suntem nevoiți să adăugăm cu entuziasm (și cu mari speranțe) un act normativ recent care ne aduce o serie de repere esențiale. Este vorba despre Hotărârea de Guvern nr. 294 din 29 aprilie 2015 privind aprobarea Programului național de cadastru și carte funciară 2015-2023<sup>132</sup>. Această hotărâre ne răspunde la ultima întrebare, aceea de a ști un termen limită de finalizare a lucrărilor cadastrale. Astfel, scopul acestui act normativ este de a realiza înregistrarea sistematizată și **gratuită** a tuturor imobilelor de pe întreg teritoriul României în perioada 2015-2023. Tot aici, trebuie să adăugăm faptul că până în 28 februarie 2015 au fost finalizate lucrările de înregistrare sistematică de cadastru și carte funciară în 7 Unități administrativ-teritoriale<sup>133</sup> și că pentru alte 44 se desfășoară lucrări în prezent<sup>134</sup>.

Putem concluziona că după anul 2023, textele legale din Codul civil referitoare la efectul constitutiv de drepturi asociat înscrierilor în cartea funciară „**ar trebui**” să se aplice pe întreg teritoriul țării. Subliniem încă o dată faptul că este binevenită o astfel de măsură, însă ne păstrăm rezervele până la acea dată.

## Concluzii

În loc de concluzii, dorim ca ultima parte a prezentei lucrări să rezume câteva aspecte pe care le considerăm mai importante și care merită reținute.

În primul rând, după cum am văzut, odată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil, legiuitorul a reintrodus un efect asociat cărților funciare, care totuși aduce un element de noutate, acela al eliminării clauzei de intabulare, considerată anterior a fi redundantă.

Prin reintroducerea acestei instituții, se aduce un argument solid în favoarea existenței obligației de a da, care poate duce în mod implicit la transformarea vânzării într-un act obligațional. Totuși, printr-o analiză mai atentă, după cum am arătat la momentul potrivit, efectul constitutiv sau translativ de drepturi din actuala reglementare nu se opune consensualismului, și prin urmare nu constituie o excepție a acestuia.

De asemenea, merită evidențiat și faptul că, deși există sisteme de drept care reglementează transferul drepturilor reale imobiliare de o manieră aparent antagonică, prin efectele care se produc în definitiv, aceste sisteme prezintă vădit mai multe asemănări. Cu alte cuvinte, fie că se are în vedere un sistem real de publicitate imobiliară, fie unul cu caracter personal, scopul rămâne același: protejarea terților. Dacă ar fi să optăm pentru unul dintre ele, l-am alege pe cel bazat pe cărți funciare, dar nu datorită eficienței sale, ci mai degrabă din rațiuni ce țin de tradiție.

Nu în ultimul rând, în ceea ce privește amânarea aplicabilității acestui efect, suntem expuși riscului realizării unei lucrări cu o temă rămasă fără obiect chiar dinaintea conceperii sale. Tocmai de aceea, ultimul capitol a încercat să demonstreze faptul că discuțiile prezentate anterior nu au ajuns la termenul de expirare și că în pofida demersului greoi de realizarea a lucrărilor cadastrale, acesta pare să întrevadă și un final, sperăm noi, fericit.

Așadar, studiul de față, cu titlul „Efectul constitutiv de drepturi asociat înscrierilor în cartea funciară” își dorește să elimine puțin din egoismul fiecăruia dintre noi și să sugereze ideea că deși persoanele sunt titulari ai drepturilor reale imobiliare, în materie de carte funciară, nu persoana are un imobil, ci imobilul are un titular.

---

\* Student, Master „Instituții de drept privat” al UBB Cluj-Napoca. nonu\_puscariu@yahoo.com.

<sup>1</sup> L. nr. 287/2009 privind Codul Civil, publicată în M. Of., Partea I nr. 505 din 15 iulie 2011.

<sup>2</sup> O. Ungureanu, C. Munteanu, *Tratat de Drept civil. Bunurile. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 662.

<sup>3</sup> V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 416.

<sup>4</sup> Art. 876 alin. (3) C.civ. prevede că: „Prin imobil, în sensul prezentului titlu, se înțelege una sau mai multe parcele de teren alăturate, indiferent de categoria de folosință, cu sau fără construcții, aparținând aceluiași proprietar, situate pe teritoriul unei unități administrativ-teritoriale și care sunt identificate printr-un număr cadastral unic.”

<sup>5</sup> Art. 573 C. Civ, statuează că: „Sunt imobile terenurile, izvoarele și cursurile de apă, plantațiile prinse în rădăcini, construcțiile și orice alte lucrări fixate în pământ cu caracter permanent, platformele și alte instalații de exploatare a resurselor submarine situate pe platoul continental, precum și tot ceea ce, în mod natural sau artificial, este încorporat în acestea cu caracter permanent.”

<sup>6</sup> Art. 899 C.civ. care trebuie coroborat în mod obligatoriu cu art. 882 din același act normativ, ce are titlul marginal „înscrierea drepturilor reale afectate de modalități.”

- <sup>7</sup> A.-A. Chiș, *Publicitatea imobiliară în concepția noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 89.
- <sup>8</sup> Pentru opozabilitatea între părțile contractante, a se vedea M. David, *Aparența în dreptul privat*, Teză de doctorat, U.B.B. Cluj-Napoca, 2014, p. 92.
- <sup>9</sup> Pentru detalii a se vedea T. Bodoașcă, *Opinii în legătură cu efectul constitutiv sau translativ de drepturi reale imobiliare al înscrierilor în cartea funciara*, în *Dreptul*, nr. 8/2012, pp.133-140.
- <sup>10</sup> Aceeași situație și în cazul Decretului-lege, nr. 115/1938 – *idem*, *Opinii privind caracterul constitutiv sau translativ de drepturi reale imobiliare al înscrierilor în cartea funciara*, în *Dreptul*, nr. 5/2006, pp.42-56.
- <sup>11</sup> În același sens și G. Vidican, *Discuții în legătură cu interpretarea dispozițiilor art. 17 din Decretul-lege nr. 115/1938*, în *Dreptul*, nr. 8/2007, pp. 101-122.
- <sup>12</sup> Art. 887 alin (1) C.civ. prevede că: „Drepturile reale se dobândesc fără înscriere în cartea funciara când provin din moștenire, accesiune naturală, vânzare silită, expropriere pentru cauză de utilitate publică, precum și în alte cazuri expres prevăzute de lege.”
- <sup>13</sup> G. Boroi, C.A. Anghelescu, B. Nazat, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*, Ediția a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 294.
- <sup>14</sup> Pentru mai multe detalii privind principiul publicității materiale a se vedea A.-A. Chiș, *op. cit.*, pp. 226-231.
- <sup>15</sup> În același sens, *ibidem*, p. 88.
- <sup>16</sup> V. Stoica, *op.cit.*, p. 416.
- <sup>17</sup> G. Boroi, L. Stănculescu, *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 84.
- <sup>18</sup> L. Pop, I.F. Popa, S. I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 76.
- <sup>19</sup> Cele două denumiri desemnează în principiu unul și același lucru, pentru detalii a se vedea Ș. Mircioiu, *Reflecții asupra transferului dreptului de proprietate și obligației de a da în contractul de vânzare cumpărare*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 4/2011, p. 81. Totuși, pentru a nu se crea confuzii, având în vedere că principiul consensualismului ține de validitatea actului juridic și nu de eficacitatea acestuia, vom folosi noțiunea de „principiul consensului”.
- <sup>20</sup> Acest principiu datează din dreptul roman, unde transferul proprietății prin tradițiune se făcea prin remiterea materială a bunului, sau prin alte simboluri care să sugereze acest lucru – pentru mai multe detalii a se vedea V. Hanga, M. D. Bob, *Curs de drept privat roman*, Ediția a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 196.
- <sup>21</sup> P. Vasilescu, *Drept Civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 377.
- <sup>22</sup> *Ibidem.*, p. 390.
- <sup>23</sup> L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, Vol. II. Contractul, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 433.
- <sup>24</sup> M. David, *op. cit.*, p. 332.
- <sup>25</sup> *Ibidem.*, p. 321.
- <sup>26</sup> Ș. Mircioiu, *Principiul abstracțiunii din dreptul privat german – rolul și locul său în cadrul mecanismelor care guvernează transferul derivat al dreptului de proprietate pe plan european*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 2/2011, p. 147.
- <sup>27</sup> S. A. Brădeanu, *Extinderea legislației civile și comerciale a Vechiului Regat în România de peste Carpați (Probleme puse prin coexistența legilor locale cu cele extinse)*, Ed. Dacia Traiană, Sibiu, 1944, p. 146.
- <sup>28</sup> C. Alunaru, *Aplicabilitatea, în dreptul civil român, a principiului abstracțizării din teoria germană a drepturilor reale*, în *Dreptul*, nr. 1/2000, p. 43.

- <sup>29</sup> În vederea realizării acestei lucrări am avut în vedere textele codului civil german, după cum au fost traduse în limba franceză, în C. Bufnoir (e.a.), *Code Civil Allemand*, Ed. L'Imprimerie Nationale, Paris, 1900.
- <sup>30</sup> Art. 313 BGB: „Un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer la propriété existant sur un fonds requiert constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée. Un contrat qui aurait été conclu sans l'observation de cette forme devient valable conformément à l'ensemble de son contenu, lorsqu'il est suivi de dessaisine et d'inscription au livre foncier” în C. Bufnoir, op.cit., vol. I, pp. 439-439.
- <sup>31</sup> Art. 929 BGB: „Pour transférer la propriété d'une chose mobilière, il faut que le propriétaire fasse tradition de la chose à l'acquéreur et qu'il y ait de part et d'autre, accord des volontés pour opérer le transfert. Si l'acquéreur est déjà en possession de la chose, l'accord des volontés suffit” în C. Bufnoir, op.cit., vol. II, pp.543-544.
- <sup>32</sup> A. Rusu, *Acțiunile de carte funciară. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 331.
- <sup>33</sup> Art. 873 BGB: „Pour aliéner un immeuble ou le grever d'un droit réel, de même que pour aliéner ou grever un droit réel immobilier, il faut l'accord des volontés de l'ayant droit et de l'autre partie sur la mutation à réaliser(a) et l'inscription de cette mutation au Livre foncier, à moins que la loi n'en dispose autrement” în C. Bufnoir, op.cit., vol. II, pp. 464-465.
- <sup>34</sup> Art. 1174 alin. (4) C.civ. prevede următoarele: „Contractul este real atunci când, pentru validitatea sa, este necesară remiterea bunului”.
- <sup>35</sup> F. Bauer, *Sistemul drepturilor reale în Germania*, în Revista Română de Drept Privat, nr. 3/2007 p. 27.
- <sup>36</sup> Ș. Mircioiu, *Principiul abstracțiunii...*, p. 161.
- <sup>37</sup> F. Bauer, *op. cit.*, p. 39.
- <sup>38</sup> Pentru o sinteză a excepțiilor de la principiul abstracțiunii, a se vedea F. Bauer, *op. cit.*, pp. 29-30.
- <sup>39</sup> M. Nicolae, *op. cit.*, Vol. I, p. 325.
- <sup>40</sup> F. Bauer, *Cărțile funciare germane*, în Revista Română de Drept Privat, nr. 4/2007, pp. 30-31.
- <sup>41</sup> C. Alunaru, *Sistemul german al drepturilor reale – posibilă sursă de inspirație pentru perfecționarea codului civil român*, în Studia, nr. 2-4/2002, p. 34.
- <sup>42</sup> Ș. Mircioiu, *Transferul dreptului de proprietate prin vânzare: studiu de drept comparat*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p.451.
- <sup>43</sup> *Ibidem.* p. 165.
- <sup>44</sup> C. Alunaru, *Aplicabilitatea, în dreptul civil...*, p. 45.
- <sup>45</sup> *Ibidem.*
- <sup>46</sup> Ș. Mircioiu, *Principiul abstracțiunii...*, p. 163.
- <sup>47</sup> F. Bauer, *Sistemul drepturilor reale...*, p. 28.
- <sup>48</sup> Art. 925 alin. (2) BGB: „Toute déclaration de dessaisine faite sous condition ou à terme est nulle et de nul effet” – totuși autorul remarcă că acest rezultat poate fi obținut prin intermediul unei prenotări. A se vedea C. Bufnoir, op.cit., vol. II, p. 536.
- <sup>49</sup> F. Bauer, *Sistemul drepturilor reale...*, p. 28.
- <sup>50</sup> Ș. Mircioiu, *Transferul dreptului...*, p.453.
- <sup>51</sup> A. Rusu, *op. cit.*, p. 330.
- <sup>52</sup> Ș. Mircioiu, *Principiul abstracțiunii...*, p.166.
- <sup>53</sup> M. David, *Buna credință și acțiunile de carte funciară*, în Studia Universitatis Babeș-Bolyai – Iurisprudentia, nr. 2/2006, pp. 139-140.



- <sup>54</sup> Art. 909 alin. (2) C. Civ.: „Față de terțele persoane care au dobândit cu bună-credință un drept real prin donație sau legat cu titlu particular, acțiunea în rectificare, sub rezerva prescripției dreptului la acțiunea de fond, nu se va putea introduce decât în termen de 5 ani, socotiți de la înregistrarea cererii lor de înscriere”.
- <sup>55</sup> Art. 909 alin. (3) C.civ.: „[...] împotriva terțelor persoane care și-au înscris vreun drept real, dobândit cu bună-credință și printr-un act juridic cu titlu oneros sau, după caz, în temeiul unui contract de ipotecă, întemeindu-se pe cuprinsul cărții funciare. În aceste cazuri, termenul va fi de 3 ani, socotiți de la data înregistrării cererii de înscriere formulate de către dobânditorul nemijlocit al dreptului a cărui rectificare se cere, cu excepția cazului când încheierea, prin care s-a ordonat înscrierea care face obiectul acțiunii în rectificare, a fost comunicată celui îndreptățit, caz în care termenul va fi de un an de la comunicarea acesteia”
- <sup>56</sup> F. Bauer, *Cărțile funciare...*, p. 32.
- <sup>57</sup> *Ibidem.* p. 22.
- <sup>58</sup> *Ibidem.* pp.23-24.
- <sup>59</sup> M. David, *Buna credință...*, p. 139.
- <sup>60</sup> Art. 902 alin. (2) pct. 13 C.civ.: „dreptul de preempțiune născut din convenții”.
- <sup>61</sup> C. Alunaru, *Aplicabilitatea în dreptul...*, p. 48.
- <sup>62</sup> Code civil français Code civil - version consolidée au 5 juin 2014.
- <sup>63</sup> Art. 710-1 C.civ. Francez: „Tout acte ou droit doit, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France, d'une décision juridictionnelle ou d'un acte authentique émanant d'une autorité administrative”.
- <sup>64</sup> Art. 4 alin. (1) Decretul nr. 55-22 din 4 ian. 1955: „Tout acte sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit être dressé en la forme authentique”.
- <sup>65</sup> Décret n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière - version consolidée au 01 janvier 2013.
- <sup>66</sup> A. Rusu, *op. cit.*, p. 325.
- <sup>67</sup> *Ibidem.* p. 326.
- <sup>68</sup> *Ibidem.*
- <sup>69</sup> *Ibidem.* p. 328.
- <sup>70</sup> Art. 3 alin. (1) Decretul nr. 55-22 din 4 ian. 1955: „Aucun acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant ou dernier titulaire n'a pas été préalablement publié, conformément aux dispositions du présent décret.”, și alin. (2) „Il est fait exception à cette règle si le droit a été acquis sans titre, notamment par prescription ou accession, ou si le titre du disposant ou dernier titulaire est antérieur au 1er janvier 1956”.
- <sup>71</sup> A. Rusu, *op. cit.*, p. 324. A se vedea și nota citată acolo din care rezultă că înșiși autorii francezi recunosc avantajele unui sistem real, dar care ar fi greu de transpus în mentalitatea juridică franceză, dacă nu chiar imposibil”.
- <sup>72</sup> Ș. Mircioiu, *Principiul abstracțiunii...*, p. 149, nota nr. 18.
- <sup>73</sup> *Ibidem.*, p. 148.
- <sup>74</sup> A se vedea cu titlu de exemplu: Ș. Laday, *Codul Civil Austriac – în vigoare în Ardeal completat cu legile și regulamentele modificatoare cuprinzând și jurisprudența*, Vol. I, Ed. Ministerului Justiției, Directoratul general Cluj, 1924; S. A. Brădeanu, *Către un regim...*, pp. 29-30; M. Nicolae, *op. cit.*, Vol. I., pp. 329-333.
- <sup>75</sup> Code civil suisse du 10 décembre 1907 (Etat le 1er janvier 2013).
- <sup>76</sup> Ordonnance sur le registre foncier du 23 septembre 2011 (Etat le 1er janvier 2012).

<sup>77</sup> Art. 2 prevede că: „Au sens de la présente ordonnance, on entend par: [...] **b. registre foncier**: le registre public des droits réels immobiliers, des annotations et des mentions, composé du grand livre, du journal, du plan du registre foncier et des pièces justificatives; **c. grand livre**: le répertoire de toutes les données en relation avec les immeubles immatriculés au registre foncier, en ce qui concerne les droits réels, les annotations et les mentions, qu'ils aient des effets juridiques ou qu'ils soient radiés; **d. feuillet du grand livre**: le recueil de toutes les données en relation avec un immeuble déterminé du grand livre, en ce qui concerne les droits réels, les annotations et les mentions, qu'ils aient des effets juridiques ou qu'ils soient radiés; **e. journal**: le procès-verbal chronologique du traitement des opérations du registre foncier, notamment des réquisitions d'inscriptions, de modifications et de radiations dans le registre foncier, d'immatriculations et d'exmatriculations d'immeubles, de modifications de leurs limites ou d'inscriptions de créanciers gagistes; **f. plan du registre foncier**: l'extrait des données de la mensuration officielle telles que prévues à l'art. 7 de l'ordonnance du 18 novembre 1992 sur la mensuration officielle; **g. pièces justificatives**: le terme générique pour la réquisition au registre foncier et pour le justificatif relatif au titre ainsi que ses annexes, notamment les procurations, les consentements et les autorisations”.

<sup>78</sup> Pentru mai multe detalii privind tipurile de înscrieri a se vedea M. Nicolae, *op. cit.*, Vol. I, p. 343-344.

<sup>79</sup> B. Winiger, *Le transfert de propriété en droit français et suisse*, în Le centenaire du Code civil suisse: colloque du 5 avril 2007, Paris: Société de législation comparée, 2008, p. 185.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> Art. 656 alin. (1) C.civ. Elvețian: „L'inscription au registre foncier est nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière”.

<sup>82</sup> Art. 971 alin. (1) C.civ. Elvețian: „Tout droit dont la constitution est légalement subordonnée à une inscription au registre foncier, n'existe comme droit réel que si cette inscription a eu lieu”.

<sup>83</sup> Art. 64 ORF du 23 septembre 2011: „Lorsque l'inscription au registre foncier a un effet constitutif pour l'acquisition de la propriété [...]”.

<sup>84</sup> Art. 963 alin. (1) C.civ. Elvețian: „Les inscriptions s'opèrent sur la **déclaration écrite** du propriétaire de l'immeuble auquel se rapporte leur objet” și art. 964 alin. (1): „Les radiations ou modifications ne peuvent être faites que sur la **déclaration écrite** de ceux auxquels l'inscription confère des droits”.

<sup>85</sup> M. Nicolae, *op. cit.*, Vol. I, p. 342.

<sup>86</sup> Art. 974 alin. (2) C.civ. Elvețian: „L'inscription est faite indûment, lorsqu'elle a été opérée sans droit ou en vertu d'un acte juridique non obligatoire”.

<sup>87</sup> M. Nicolae, *op. cit.*, Vol. I, p. 338.

<sup>88</sup> Art. 94 alin. (1) lit. c) ORF du 23 septembre 2011: „L'inscription de la propriété comprend: [...]c. la cause de l'acquisition”.

<sup>89</sup> M. Nicolae, *op. cit.*, Vol. I, p.345.

<sup>90</sup> A se vedea M. Nicolae, *op. cit.*, Vol. I, pp. 338- 339, unde autorul vorbește despre un principiu al legalității sau al controlului actelor.

<sup>91</sup> Publicat în M. Of., nr. 95 din 27 aprilie 1938.

<sup>92</sup> Art. 17 alin. (1) și (2) Decretul lege nr. 115/1938 prevede că: „Drepturile reale asupra imobilelor se vor dobândi numai dacă între cel care dă și cel care primește dreptul este acord de voință asupra constituirii sau strămutării, în temeiul unei cauze arătate, iar constituirea sau strămutarea a fost înscrisă în cartea funciară. Drepturile reale se vor stinge numai dacă radierea s-a înscris în cartea funciară cu consimțământul titularului; consimțământul nu va fi de trebuință dacă dreptul se stinge prin împlinirea termenului arătat în înscriere sau prin moartea titularului.”, iar art. 18: „Dispozițiunile privitoare la dobândirea sau stingerea drepturilor se vor aplica, de asemenea, în cazul modificărilor lor”.

- <sup>93</sup> D. Chirică, *Publicitatea transferurilor drepturilor de proprietate imobiliară*, în *Dreptul*, nr. 4/1992, p. 27.
- <sup>94</sup> S. A. Brădeanu, *Către un regim ....*, p. 22.
- <sup>95</sup> M. Nicolae, *op. cit.*, Vol. I, p. 375.
- <sup>96</sup> Pentru obligativitatea existenței acesteia, a se vedea Dec. Nr. 915/1930 din 17 martie 1930, Curtea de Casație. Secț. I., în I.D. Chiș, *Cartea funciară: jurisprudență și doctrină din periodicele juridice românești 1886-2011*, Vol. II – Noul Cod civil, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 133.
- <sup>97</sup> P. Demény, *Legea cărților funciare nr. 115/1938 comentată și adnotată*, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 1995, p. 17.
- <sup>98</sup> *Ibidem.* p. 20 și hotărârile judecătorești rezumate acolo.
- <sup>99</sup> În acest sens: *Ibidem.*; Ș. Laday, *Cărțile funduare*, Ediția a II-a, Ed. Institut de arte grafice „Cultura”, Cluj, 1927, p. 151; I. Albu, *Curs de drept funciar*, Ed. Litografia și Tipografia Învățământului, București, 1957, p. 393.
- <sup>100</sup> Art. 24 Decretul lege nr 115/1938 prevede că: „Dacă cel obligat nu predă înscrisul trebuitor, partea va putea cere instanței judecătorești să dispună înscrierea”.
- <sup>101</sup> Dec. nr. 1002/1931 din 23 septembrie 1931, Curtea de Casație Secț. I. a. în I. D. Chiș, *op. cit.*, p.145-147; Dec. nr. 294/1981 din 10 martie 1981, Tribunalul județean Suceava în *Ibidem.* p. 305; Dec. nr. 277/1983 din 8 februarie 1983, Tribunalul Suprem, Secț. civilă, în *Ibidem.*, p. 307.
- <sup>102</sup> Ș. Laday, *Cărțile funduare*, p. 182.
- <sup>103</sup> Art. 26 Decretul lege nr 115/1938: „Drepturile reale se vor dobândi fără înscriere în cartea funciară din cauză de moarte, accesiune, vânzare silită, și expropriere; titularul nu va putea însă dispune de ele prin carte funciară, decât după ce s-a făcut înscrierea”.
- <sup>104</sup> I. Albu, *Curs de drept...*, p. 402.
- <sup>105</sup> Publicată în M. Of. nr. 61 din 26 martie 1996.
- <sup>106</sup> Publicată în Legislația Civilă Uzuală, vol. II, din 12 iulie 1947.
- <sup>107</sup> V. Stoica, *op.cit.*, p. 442.
- <sup>108</sup> E. Chelaru, *Circulația juridică a terenurilor*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 402, V. Stoica, *op. cit.*, p. 442, I. Albu, *Noile cărți...*, p. 94.
- <sup>109</sup> *Ibidem.* p. 95.
- <sup>110</sup> Art. 20 Legea nr. 7/1996 varianta republicată în M. Of. nr. 201 din 3 martie 2006: „Drepturile reale se sting numai prin înscrierea radierii lor din cartea funciară, cu consimțământul titularului dreptului [...]”.
- <sup>111</sup> Art. 72 alin. (2) din Legea nr. 7/1996 (variantea inițială) și art. 69 din același act normativ publicat în 2006 prevedeau că: „La data finalizării lucrărilor cadastrale și a registrelor de publicitate imobiliară pentru întreg teritoriul administrativ al unui județ își încetează aplicabilitatea, pentru județul respectiv, următoarele dispoziții legale: [...] Decretul-lege nr. 115 din 27 aprilie 1938 pentru unificarea dispozițiilor referitoare la cărțile funciare, publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 95 din 27 aprilie 1938, cu modificările ulterioare [...]”.
- <sup>112</sup> Publicată în M. Of., Partea I nr. 409 din 10 iunie 2011.
- <sup>113</sup> M. Nicolae, *op. cit.*, Vol. I, pp.374-375.
- <sup>114</sup> Se afirmă în doctrină că sistemul elvețian a reprezentat de fapt sursa de inspirație a legiuitorului de la 1938, *Ibidem.*, p. 350.
- <sup>115</sup> I. Albu, *Noile cărți...*, p. 40; *Idem.*, *Curs de drept...*, p. 393; S. A. Brădeanu, *Extinderea legislației...*, p. 146.
- <sup>116</sup> A se vedea A. -A. Chiș, *op. cit.*, pp. 177-178; M. Nicolae, *op. cit.*, Vol. II – Noile cărți funciare, p. 817.
- <sup>117</sup> Art. 1683 alin. (1) C.civ.: „Dacă, la data încheierii contractului asupra unui bun individual determinat, acesta se află în proprietatea unui terț, contractul este valabil, iar vânzătorul este obligat să asigure transmiterea dreptului de proprietate de la titularul său către cumpărător”.

- <sup>118</sup> Amintim aici vânzarea bunurilor de gen, vânzarea bunurilor viitoare, etc.. A se vedea D. Chirică, *Tratat de drept civil: Contracte speciale*, Vol. I – Vânzarea și schimbul, Ed. C.H. Beck, București, 2008, pp.313-319; G. Boroș, L. Stănculescu, *op. cit.*, p. 370.
- <sup>119</sup> Art. 1683 alin. (3) C.civ.: „Dacă din lege sau din voința părților nu rezultă contrariul, proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul dobândirii bunului de către vânzător sau al ratificării contractului de vânzare de către proprietar”.
- <sup>120</sup> Art. 1273 alin. (1) C.civ.: „Drepturile reale se constituie și se transmit prin acordul de voință al părților, chiar dacă bunurile nu au fost predate, dacă acest acord poartă asupra unor bunuri determinate, ori prin individualizarea bunurilor, dacă acordul poartă asupra unor bunuri de gen”.
- <sup>121</sup> Art. 28 alin. (1) și (2) prevede că: „Cererea de înscriere în cartea funciară se va depune la birourile teritoriale ale oficiului teritorial și va fi însoțită de înscrisul original sau de copia legalizată de pe acesta, prin care se constată actul sau faptul juridic a cărui înscriere se cere; copia legalizată se va păstra în mapa biroului teritorial. În cazul hotărârii judecătorești, se va prezenta o copie legalizată, cu mențiunea că este definitivă și irevocabilă.”
- <sup>122</sup> Art. 1755 alin. (1) C.civ.: „Atunci când, într-o vânzare cu plata prețului în rate, obligația de plată este garantată cu rezerva dreptului de proprietate, cumpărătorul dobândește dreptul de proprietate la data achitării ultimei rate din preț[...]”.
- <sup>123</sup> L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, Vol. I. Regimul juridic general sau Ființa obligațiilor civile, Ed. C.H. Beck, București, 2006, pp. 57-59; Ș. Mircoiu, *Reflecții asupra ...*, pp. 101-111.
- <sup>124</sup> A. -A. Chiș, *op. cit.*, p. 245.
- <sup>125</sup> Aceeași discuție s-a purtat și în sistemul austriac. Astfel dacă înscrierea este considerată un fapt juridic, nu se poate vorbi de un principiu al separației. A se vedea Ș. Mircoiu, *Principiul abstracțiunii...*, p. 149 nota 16.
- <sup>126</sup> *Idem.*, *Reflecții asupra...*, p. 116.
- <sup>127</sup> Art. 56 din Legea nr. 71/2011 prevede că: „(1) Dispozițiile art. 557 alin. (4), art. 565, art. 885 alin. (1) și art. 886 din Codul civil se aplică numai după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ-teritorială și deschiderea, la cerere sau din oficiu, a cărților funciare pentru imobilele respective, în conformitate cu dispozițiile Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Până la data prevăzută la alin. (1), înscrierea în cartea funciară a dreptului de proprietate și a altor drepturi reale, pe baza actelor prin care s-au transmis, constituit ori modificat în mod valabil, se face numai în scop de opozabilitate față de terți”.
- <sup>128</sup> Publicată în M. Of., Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011.
- <sup>129</sup> S. A. Brădeanu, *Extinderea legislației...*, p. 140.
- <sup>130</sup> M. Nicolae, *op. cit.*, Vol. I, p. 215.
- <sup>131</sup> Publicată în M. Of., Partea I, nr. 663/23 octombrie 2001.
- <sup>132</sup> Publicată în M. Of. nr. 309 din 6 mai 2015.
- <sup>133</sup> [http://www.ancpi.ro/images/Rezultate\\_inregistrare\\_sistematica\\_28\\_02\\_2015.pdf](http://www.ancpi.ro/images/Rezultate_inregistrare_sistematica_28_02_2015.pdf). accesat în 28.05.2015 ora 16:30.
- <sup>134</sup> <http://www.ancpi.ro/images/UAT-Caesar.pdf>. accesat 28.05.2015 ora 16:45.

**ARTICOLE**

**PETITE HISTOIRE DES MESURES DE PROTECTION DES INCAPABLES EN DROIT FRANÇAIS**

Dorin JOREA\*

**Abstract. Short History of the Protection Measures Designated for Incapable Persons in French Legal System.** *The way in which a society deals with its insane persons could be read as its statutory limits to the liberty of men. This paper represents a short introduction in the evolution of the measures of protection of the insane persons in France, aimed at the Romanian reader. Its goal is to provide answers to two simple questions: why and what? Why does the civil law care for the intellectually disabled and the mentally ill? And why are its institutions the way they are today in the Romanian Civil Code. With the Civil Code of 1864 we abandoned our traditions in this field (the κηδεμονικός (kydemonikos) et επιτροπίας (epotropias) were our byzantine modeled measures of protection) by enacting a foreign legislation, inspired by the Napoleonic Civil Code. In 2009, the Civil Code kept its promises with the past and maintained for the mentally ill the Interdiction and the curatorship found in our old Civil Code of 1864, with little or no change in relationship to the capacity of the insane, despite the evolutions in the international human rights and even in the French legal system.*

*Thus, our study begins: What are the measures of interdiction and curatorship, and how are they related to the legal capacity in the French law, are they evolving and how? Why are we treating the mentally ill the way we do today?*

**Keywords:** *disability, French Ancien droit, protection measures, interdiction, curatorship*

**Mots-clés:** *déficience, ancien droit français, mesures de protection, interdiction judiciaire, curatelle*

*Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.  
Pomponius (libro 34 ed Sabinum), Dig, 50.17.40*

Très souvent nous voudrions expliquer des institutions juridiques auxquelles nous sommes confrontés, sans percevoir leur évolution dans le temps. Mais, si nous voulons réfléchir aux institutions juridiques créées dans le droit civil en leur occurrence avec le

phénomène de la folie de l'homme, nous devons consulter l'histoire. C'est parce qu'elle seule est la scène et le témoin des hommes et leur droit. C'est aussi parce que derrière chaque règle de droit, reste un motif, un but envisagé par le législateur originel qui est, avec le temps, souvent oublié. La société applique mécaniquement la norme juridique, avec une compréhension précaire des cibles originelles. Le obligatoire de la norme juridique se réduit à une application obligatoire, mais les motifs qui justifient cette obligation, sont perdus. Le nouveau législateur doit faire un compromis entre rester en phase avec les évolutions sociales et le devoir de conserver la fonctionnalité chétive du système juridique. Voici le rôle qu'une étude historique des institutions juridiques peut jouer : un guide facile pour un nouveau législateur, un endroit de réflexion pour les autres.

Nous voudrions chercher dans l'histoire juridique ce que nous avons oublié – les raisons de la protection de certaines personnes physiques, leur censure dans le champ juridique, leur interdiction d'être égales dans la sphère du droit privé.

Pouvons-nous découvrir une ligne dominante de pensée qui a accompagné les personnes protégées dans les temps ?

Le droit romain a constitué le filon d'inspiration pour les réglementations françaises à propos de la folie avant le Code Napoléon. On va commencer par la recherche de ses institutions (§1). On va discuter de l'évolution des mesures de protection dans les régions françaises dans le Moyen-Âge (§2) et des transformations que le Code civil Napoléon a introduites dans la protection des personnes (§3), et les évolutions dans la Ve République (§4). Nous allons finir par les conclusions (§5).

## §1. Le droit romain et les mesures de protection

La famille romaine était le creuset de soins et la première mesure de protection de ses membres qui ne pouvaient pas se défendre eux-mêmes. Donc la généralisation ensuite des mesures comme la curatelle et la tutelle familiale est logique, et ils deviennent un devoir social<sup>1</sup> de citoyen en citoyen.<sup>2</sup> Les deux mesures, la tutelle et la curatelle, bien qu'elles aient des sujets distincts, apparaissent comme mesures similaires. Ils ont aussi une évolution comparable. Nées et organisées d'une manière unilatérale, « *comme toutes les puissances romaines, sous la forme des droits purs et simples reconnus, sans contreparties, aux tuteurs et aux curateurs dans leur propre intérêt<sup>3</sup>, sont devenues toutes deux, des charges qui leur sont imposées dans l'intérêt des incapables<sup>4</sup>, et si bien même que celle des tutelles qui ne pouvait s'accommoder à ce nouveau point de vue, la tutelle des femmes, a fini par disparaître.* »<sup>5</sup>

On va découvrir dans la recherche de droit romain quelques caractéristiques qui gravitent autour de la famille romaine. Ici le *pater familias*, citoyen romain, avait le plein contrôle de ce qui se regroupe sous son *patria potestas*. Lui seul avait la pleine capacité juridique et, si on discute des mesures de protection de la personne (dans le droit romain), on va découvrir qu'ils s'appliquent<sup>6</sup>, en principe, seulement aux hommes qui se trouvent *sui iuris*<sup>7</sup> - (ils étaient ou *pater familias*, ou femmes *sui iuris*<sup>8</sup>)<sup>9</sup> les hommes *alieni iuris*, s'ils sont affectés des maladies ou handicaps, ont demeuré sous la protection et la pouvoir de leur *pater*

*familias*<sup>10</sup>. Mais, quand une personne devenait *sui iuris*<sup>11</sup>, et devenait capable d'accomplir dans son propre nom des actes juridiques, elle commençait à être intéressante pour le droit et pour le patrimoine familial, donc susceptible d'être protégée par le droit et la famille.

Le droit romain a connu, dans le champ des mesures de protection, trois institutions distinctes : la tutelle, la curatelle et curatelle provoquée par l'interdiction. La première s'était appliquée aux orphelins impubères *sui iuris* et aux femmes *sui iuris*, d'âge nubile ou pas, la deuxième, aux fous et aux mineurs (ultérieurement), et la dernière, aux prodigues.

Certaines caractéristiques des mesures de protection envisagées par le droit romain attirent notre attention.

La *tutelle* a été définie par Servius Sulpicius comme « une puissance sur une personne libre, pour protéger celui qui, en raison de son âge, ne se peut défendre »<sup>12</sup>. C. St. TOMULESCU aussi bien que J.P. LÉVY et A. CASTALDO ont ajouté à cette définition leurs observations. « Cette définition se situe historiquement à la charnière de deux conceptions<sup>13</sup>. La puissance... L'aspect autoritaire de l'institution, qui dans le passé, avait servi à protéger la famille que l'impubère lui-même<sup>14</sup>... (et) l'idée de protection de celui-ci (qui) va devenir dans le temps, exclusive, et la tutelle seront organisés en ce sens. »<sup>15</sup> Le tuteur a eu deux possibilités de gestion de la tutelle : *l'auctoritas* et *negotiorum gestio*. Le premier veut dire la participation active du tuteur à l'autorisation du contrat de son protégé. Mais, dans l'utilisation de ce procédé l'augmentation de la personnalité de pupille, le tuteur ne devait pas intervenir au contrat de son protégé. Cet aspect de *l'auctoritas*, sera surpris dans l'expression des glossateurs médiévaux : « *Qui auctor est, non se obligat* ». <sup>16</sup> La dernière mode de gestion impliquait que « le tuteur agit seul et de son propre chef ». <sup>17</sup> Le droit romain n'a connu pas la représentation perdat des protégés avant le II<sup>ème</sup> siècle apr. J.-C.. Avant ce temps, avec le procédé de *negotiorum gestio*, le tuteur fait les actes de gestion mais les effets de ces actes passaient sur lui. Le tuteur devenait propriétaire, créateur ou débiteur avec une obligation de transfert des biens et des créances à son protégé à la fin de sa tutelle, et d'obtenir d'exonération des obligations ainsi contractées. <sup>18</sup>

La tutelle a connu une évolution nouée de la curatelle<sup>19</sup>, dans laquelle elle a été caractérisée par certains aspects comme l'acceptation de la mère comme tutrice de ses enfants<sup>20</sup>, l'amplification de la protection du protégé et du tuteur par la reconnaissance d'une nouvelle action *l'actio tutelae*<sup>21</sup> qui a attiré la fluctuation de la responsabilité de tuteur entre un administrateur idéal (*bonus pater familias*), et un administrateur diligent dans le temps de Justinien<sup>22</sup>. La tutelle des femmes, qui a été créée pour la « *mieux réalisation des intérêts économiques des agnats* »<sup>23</sup> et caractérisé par la manche de *negotium gestio* reconnaissait au tuteur, va disparaître dans la seconde moitié de la IV<sup>ème</sup> siècle apr. J.-C. <sup>24</sup>

Sous Justinien, les impubères et les mineurs de vingt-cinq ans sont assimilés pour une série d'interpolations au Digeste<sup>25</sup>. La curatelle des mineurs a emprunté les règles limitant les pouvoirs des tuteurs et mettant en cause leur responsabilité. La seule différence à cette époque était, disaient LÉVY et CASTALDO, que la curatelle était toujours *dative*. <sup>26</sup>

Pour le aliéné, l'homme considéré comme frappé par une divinité supérieure ou possédé par un génie néfaste, par les furies (*furiosus*) par les mauvaise génie (*larvatus*), par Cérèes (*cerritus*) « *le droit romain ne fait que d'envisager des institutions pour prévenir les*

malheurs dont la folie dangereuse et intermittente menaçait les familles »<sup>27</sup>. Il a connu une institution distincte de la tutelle, (qui a été réservée au « domaine des incapacités normales<sup>28</sup> ») - la curatelle. Le mot latin « cura » transcrit probablement, l'intention : *soin*<sup>29</sup>, mais un autre sens commun que ce mot a eu semble dominant : de *conduite, direction et administration*<sup>30, 31</sup>.

Dans le temps de la Loi de XII Tables, ULPAN mentionne dans ses Règles,<sup>32</sup> l'existence d'une mesure de protection applicable au fou furieux et au prodigue et le rôle des agnats dans cette protection. Voici le texte de CICERON<sup>33</sup> qui a mentionné le texte de la Loi « *Le Loi porte: Que [le soin]<sup>34</sup> de la personne et des biens des furieux sont confiés à l'un de ses agnats, et s'il n'en a pas, à une autre de ses parents* »<sup>35</sup> A ce texte, Joseph ORTOLAN<sup>36</sup> (et autres) a ajouté le texte du grammatisse FESTUS<sup>37</sup> qui a connu aussi le Loi des XII Tables: « (...) *furiosus (...) qui n'a pas de curateur* ». Donc le texte se lisait: „ La personne et les biens de furieux, qui n'a pas de curateur, sont confiés au pouvoir de l'une de ses agnats, et s'il n'en a pas, à une autre de ses parents. (gentils) ”

Cette mesure de protection, la curatelle, comme la tutelle, a connu deux sources: légitime, et dative. La dernière pouvait inclure la curatelle testamentaire<sup>38</sup> (si elle était approuvée par le magistrat.)

On va découvrir que la curatelle légitime dans les textes de la Loi de XII Tables, ne s'ouvrait que dans l'hypothèse où le *furiosus* avait reçu *ab intestat* l'héritage de son père ou d'un aïeul.<sup>39</sup> Au contraire, la curatelle dative était instituée dans l'hypothèse où on parle d'un affranchissement ou d'une curatelle testamentaire ou pour les autres manifestations de la folie.

Albert COUSIN, arguait que sous le régime de la loi des XII Tables, les mesures de protection du fou visaient seulement le fou avec des intervalles lucides<sup>40</sup>, ledit *fouriosus*, et ni le *mente captus*, l'homme fou sans intervalles lucides, „*incapables de toute volonté, de nuire jamais à la famille par des consentements irréfléchis*”<sup>41</sup>. La famille et la protection de ses intérêts transparissent<sup>42</sup> dans la mesure de la curatelle légitime de *furiosus* (prise seulement par les agnats ou les gentils<sup>43</sup>) parce que la *furiosus* peut faire des actes juridiques valables<sup>44</sup> dans ses intervalles de lucidité<sup>45</sup> ou « *la capacité civile de furieux n'était en rien altérée, toute latitude était laissée à ce citoyen pour accomplir tous les actes de la vie civile. (...)*. Seulement au moment de la folie le „ *« furiosus » est absolument incapable et ne peut gérer aucune affaire parce qu'il ne comprend pas ce qu'il fait*”<sup>46</sup> »<sup>47</sup>. C'est à ces moments où « *l'agnat ou le gentil le plus proche pouvait prendre la direction de la personne du "furiosus" et l'administration de ses biens.* »<sup>48</sup>

L'évolution de l'institution va connaître l'apparition a travers le temps de *praetor* dans la langue juridique des autres termes que de *furiosus* pour qualifier le fou: les *menti capti* et les *dements*. Mais la synonymie n'était pas parfaite. Les dernières furent les hommes ou „*il y a ablitétation totale de l'intelligence, c'est-à-dire imbécilité ou idiotisme.*” Leur incapacité était permanente.<sup>49</sup> Pour les *menti capti* et les *dements*, la curatelle était toujours honoraire – après une intervention de la *praetor*. À la même période<sup>50</sup>, les sourds et muets et ceux qui souffraient d'une maladie incurable furent assimilés aux *furieux* et mis sous curatelle.<sup>51</sup>

Dans le droit de Justinien, Albert COUSIN nous dit que tous les fous, majeurs de vingt-cinq ans sont soumis à la même protection: de curatelle<sup>52</sup>.



Autres aspects novateurs qui ont apparus dans le temps de *praetor* incluent l'idée de protection du fou contre les actes préjudiciables que les agnats avaient la possibilité de faire parce que, la Loi des XII tables leur permettaient de faire des actes d'aliénation sur le patrimoine de *furiosus*<sup>53</sup>. Aussi un contrôle de *praetor*, une enquête<sup>54</sup>, sur l'état de fureur de la personne dite fou, la nominalisation comme curateur des autres personnes que les agnats, ou à leur place<sup>55</sup>, transformaient la curatelle, à la fin de la République, sûrement dans le temps de Justinien, dans une institution premièrement dative<sup>56</sup>.

Parce que la procédure de *l'auctoritas* était inapplicable avec un insensé<sup>57</sup>, la seule modalité de gestion des biens des fous restait la *negotiorum gestio*. Les règles de la tutelle déplaient et attrapaient la curatelle « *On en arriva, avec le temps, à appliquer au curateur toutes les règles sur les pouvoirs du tuteur et sa responsabilité (sauf que l'action de tutelle est remplacée par l'action de gestion d'affaires, qui donne des résultats assez sensiblement équivalents)* »<sup>58</sup>.

Mais, lesquelles étaient permises au fou dans le droit romain? Albert COUSIN identifié une règle pour trouver la réponse à cette question: les *actes* pour lesquels le « consentement » n'est pas requis.<sup>59</sup> Parce que, il nous rappelle, «le fou n'a pas de volonté »<sup>60</sup>. On peut voir la même règle si on lit ce texte de Digest : «. *Un furieux n'a pas la faculté de faire un codicille; car en toute autre matière il est considéré comme ne pouvant faire aucun acte qui suppose la volonté*<sup>61</sup> (ici *aggere inteligitur*) et dans toutes les affaires il est regardé comme absent et incapable d'agir par lui-même.»

Le furieux reste propriétaire, la manifestation de volonté n'était pas nécessaire, en général, pour la préservation des droits réels et personnels<sup>62</sup>.

Mais beaucoup de problèmes ont apparu avec cette conception romaine sur la capacité naturelle du fou dans les intervalles lucides. Dans le champ de mariage<sup>63</sup>, de curatelle<sup>64</sup>, de succession<sup>65</sup> aussi comme dans le champ de droits réels<sup>66</sup> et de la possession. Proculus et Papinien disputent les effets de la folie sur la possession. Le premier croit que si on était possesseur quand il devenait fou, il ne perd pas le *animus* de la possession pendant la fureur. Le derrière disait que la possession cesse où commence la folie.<sup>67</sup> La solution a été que le fou reste possesseur. Dans le champ des obligations, le fou ne pouvait pas devenir créancier ou débiteur en vertu d'un acte qui requérait une manifestation de son consentement. Il pourrait devenir créancier en vertu d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit. Il se peut obliger seulement par quasi-contrat.<sup>68</sup>

Une autre question liée à la capacité du fou, était la fin de la mesure de curatelle. Si la tutelle légitime cesse au moment où la folie dissipait, la curatelle dative a posé beaucoup des problèmes. Si la curatelle avait cessé avec un intervalle lucide, le magistrat aurait-il nommé un autre curateur ou la folie réapparaissait? Pour mettre fin à la multiplicité et le ridicule à la nomination du curateur, A. COUSIN nous dit que Justinien a décidé que les intervalles lucides ne firent plus que suspendre les fonctions du curateur, La curatelle est restée permanente.<sup>69</sup>

La dernière mesure de protection<sup>70</sup> la curatelle de prodigue provoqué par l'interdiction est restée dans le droit romain une mesure réservée à celui qui dilapidait les biens reçus *ab intestat* de la succession paternelle, à la manière d'un *prodigue*. ULPINEN nous dit: „La

*Loi des XII Tables a interdit au prodigue l'administration de ses biens, solution qui fut d'abord introduite par la coutume. Aujourd'hui, les praetors et les gouverneurs de province ont l'habitude lorsqu'ils trouvent un homme qui méconnaît ainsi l'opportunité et les limites de dépenses et qui gaspille sa fortune en dilapidant ses biens et en les distribuant sans compter, de lui donner un curateur, sur le modèle de curateur de fou...<sup>71</sup>*

L'interdiction a été une mesure prononcée par le magistrat par décret - ici la *interdictus* lui conserve bien son sens.<sup>72</sup> Et si, dans la Loi de XII Tables elle visait les héritiers prodigues *ab intestat*<sup>73</sup>, dans l'époque classique, la mesure s'accroissait, englobant également les héritiers testamentaires et les affranchis.<sup>74</sup> Si le décret interdisait au début un acte particulier, déterminé, que l'on retrouvait dans la sphère des actes de *droit civil*, elle « *gagna rapidement tous les actes d'aliénation, et le prodigue interdit se trouva assimilé à l'impubère proche de la puberté, au mineur de vingt-cinq ans au Bas Empire* »<sup>75</sup>, sous le pouvoir d'un curateur. L'interdiction, au contraire de la folie, suspendait la capacité civile du prodigue<sup>76</sup>. Il devient incapable parce qu'il était prononcé incapable<sup>77</sup>. L'interdiction reflète donc, à l'envers de la folie, une mesure artificielle provoquée par l'infirmité morale d'une personne saine.<sup>78</sup> Cette incapacité ne finissait pas sans la mainlevée de l'interdiction, c'est-à-dire, sans une intervention précise du magistrat. Le professeur roumain, V. HANGA a saisi aussi le débat doctrinaire sur le texte de ULPAN<sup>79</sup> concernant la fin de la curatelle de prodigue ou moment de l'amélioration de son comportement. Sa conclusion était que seulement dans le temps de Justinien, la curatelle prenait fin, dans cette hypothèse, de plein droit.

Mais le prodigue n'était pas absolument incapable. Il pourrait faire des actes si ces actes lui faisaient sa condition meilleure.<sup>80</sup> La curatelle a eu pour le prodigue les mêmes caractéristiques de la curatelle du fou. P.F. GIRARD nous dit que „la doctrine selon laquelle le prodigue aurait procédé avec le *consensus curatoris* aux actes auxquels le pupille procède avec *l'auctoritas tutoris*, ne s'appuie pas sur un seul texte; et elle fait un pur anachronisme en rapport aux veilles curatelles des XII Tables des solutions admises tardivement, à la suite d'un développement indépendant, en matière de la curatelle des mineurs de 25 ans.”<sup>81</sup>

Il sera intéressant de voir comment la catégorie de prodigue rapprochera la catégorie de la folie et va fusionner dans la mentalité juridique dans le Moyen Âge français.

## §2 Le Moyen-Âge et les territoires français

Nous avons parlé jusqu'ici du droit romain parce que, les solutions de droit romain relatives à la folie et prodigalité ont fourni l'inspiration (dans la période coutumière) et ont fait leur place parmi les règles elles-mêmes des territoires français. Ici, le muettement des lois germaniques sur un régime propre applicable aux fous et aux prodigues (le *mundium* du plus proche parent mâle semble a été appliqué aux fous et aux faibles d'esprit, comme aux mineurs et femmes)<sup>82</sup> couplé avec une économie rudimentaire hostile à l'exercice de la prodigalité, ont fourni un territoire vierge aux institutions romaines, qui n'ont pas trouvé aucune résistance. Après les invasions, quand la société médiévale a eu besoin d'appliquer un statut au fou et au prodigue, celui-ci n'a pu être „*que celui prévu par le droit romain, toujours en vigueur chez les populations gallo-romaines*”<sup>83</sup>.

L'importance de la famille, étendue comme groupe familial élémentaire dans la protection des aliénés et des orphelins, va subsister dans les temps et sera amplifiée au Moyen-Âge où l'autorité étatique faible va nécessiter un moyen d'agrégation suffisant pour la protection des groupes familiaux<sup>84</sup>. La protection envisageait inclusivement la famille elle-même, une protection physique amplifiée couplée avec l'obligation de défense<sup>85</sup> et de faire guerre<sup>86</sup>, une censure de personne qui pourrait entrer dans la famille<sup>87</sup> par le mariage<sup>88</sup>, doublée par une protection des biens *immoblie*<sup>89</sup> qui ont formé la catégorie des biens *propres*<sup>90</sup>, destinés, par leur caractère perpétuel, à « sauvegarder les droits de la famille. ». L'aliénation d'un bien immobilière apparaît « dans la plus ancienne tradition coutumière, une chose fort grave, qui ne peut être justifiée que par la « pauvreté jurée » et, souvent, par l'autorisation de parents. ». Voici l'observation de Paul OURLIAC et Jean-Louis GAZZANIGA qui ont identifié aussi ce passage dans les *Établissements de Saint Louis*<sup>91</sup> : « celui qui vend sa terre est un prodigue, c'est-à-dire, un fou (Chap. 130) »<sup>92</sup>. Tout ça, accompagné par l'institution de retrait lignager, les clauses d'inaliénabilité, la lutte contre la mainmorte de seigneur et le droit d'aubaine - de conservation de la race et nom de famille -, toutes pointées vers la conclusion de Jean Philippe LEVY et André CASTALDO « à tout instant de la vie, l'individu est obligé au Moyen-Âge, de compter avec sa famille, parfois entendue presque jusqu'à l'infini »<sup>93</sup>.

Ce n'est pas étonnant que, les mesures de protection envisagées dans cette période ont été destinées à la préservation de la famille par la protection de ces biens.

Dans la période des coutumières de XIII<sup>ème</sup> et XIV<sup>ème</sup> siècles les conséquences de la folie et prodigalité ont été réglées dans l'esprit et parfois dans les termes mêmes de la législation romaine. Les seules mentionnées dans la législation ont été d'un simple curateur pour le fou, qui après, était absorbé dans la cellule famille, d'une reproduction des textes romaines<sup>94</sup> en ce qui concerne le prodigue, une notion très vague, sans intérêt pour la législation de la période.<sup>95</sup>

Après le XI<sup>ème</sup> siècle, de nouvelles mesures pour la protection de cette famille, autres que la seule mesure disponible à cette époque, l'émancipation de prodigue, furent ressenties.<sup>96</sup> L'Église catholique disposait d'une forme d'interdiction<sup>97</sup> calquée sur celle du droit romain qui a été additionnée dans la mentalité des auteurs coutumiers qui se sont déjà orientés vers les textes romains.

S. LANNES identifié une décision de L'Officiel<sup>98</sup> de Paris qui, en 1313 a interdit un clerc „*prodigus bonorum suorum*”<sup>99</sup>. Elle nous dit aussi que les Officialités pouvaient instruire toutes les demandes en interdiction formulées devant leurs juridictions et qu'elles useront de l'interdiction issue du droit romain<sup>100</sup> mais que ce pouvoir, plus tard leur sera refusé parce que l'interdiction devint étant du domaine „réel et temporel”.<sup>101</sup>

Si l'interdiction apparaît dans le XIII<sup>ème</sup> siècle dans le contexte de prodigalité, la pratique coutumière va détourner dans un seul siècle l'institution romaine, d'une manière unique. L'assimilation des faibles d'esprit aux prodiges fut suivie dans un délai très court par l'assimilation de tous les aliénés.

Dans la pratique jurisprudentielle une osmose entre les notions de prodigue et ce de faible d'esprit a été opérée. Beaucoup de raisons peuvent être invoquées: On peut voir dans les

requêtes en interdiction, comme dans les sentences qui l'accordaient que l'interdiction a été demandée et a été accordée pour l'association de ces deux notions.<sup>102</sup> Celle, a deux explications: la première qui émerge dans la thèse de S. LANNES est une conception qui voyait dans les faibles d'esprit un état d'esprit qui faisait très probable le comportement associé à la prodigalité, « craindre une mauvaise gestion du patrimoine, ou avançant la prodigalité elle-même. »<sup>103</sup> Aussi la prodigalité s'expliquait dans l'époque par rapport aux faibles d'esprit qui l'accompagne d'une manière implicite et logique.<sup>104</sup>

La deuxième explication, une confusion entre la capacité de plein droit du fou et la mesure d'interdiction par les glossateurs, donc par la société de l'époque, qui a conduit à cette pratique.<sup>105</sup> L'intensité du désir de ceux qui ont voulu l'interdiction d'un prodigue a fait que, pour assurer la mesure, ils décrivaient la personne comme prodigue et faible d'esprit.<sup>106</sup>

Aussi, beaucoup de requêtes pour l'annulation des actes juridiques pour folie,<sup>107</sup> formulées par simulateurs ou véritable fous ont signalé un problème romain: la difficulté de preuve. Incontestable en cas de folie manifeste, fureur ou démence, la preuve devenaient insurmontable dans les hypothèses où on parlait de faiblesse d'esprit. L'étendue de l'interdiction aux faibles d'esprit fut donc, vue comme une mesure pratique et bénéfique pour les faibles d'esprit.<sup>108</sup> S. LANNES note encore une autre théorie, exposée par Jean et Jaques BRISAUD, - la curatelle du fou aurait été étirée aux prodiges – une autre catégorie de faibles d'esprit<sup>109</sup>. Elle finit par conclure la connexité de ces notions et leur interférence inévitable.

On a déjà vu que les aliénés, les faibles d'esprit et les prodiges ont été précocement réunis dans la mesure d'interdiction. J.P. LÉVY et A. CASTALDO signalent un arrêt de 1313<sup>110</sup>, A. LEFEBVRE-TEILLARD, un arrêt du Parlement du Paris 1329 qui montrait qu'aucune obligation contractée par un aliéné qui a été mis sous interdiction, ne peut être valable.<sup>111</sup> S. LANNES signale un arrêt du Parlaient du Paris de 1405 ou un certain „Johanneau” apparaissait comme „*insensatum aut saltem prodigum*”<sup>112</sup>. Aussi on voit que le prodigue a été considéré comme plus dangereux pour la famille que l'aliéné. C'est pourquoi l'intervention du Roi lui-même a été sollicitée pour eux<sup>113</sup>.

L'interdiction, avait été accompagnée par une curatelle. On peut signaler ici que la famille, les amis charnels<sup>114</sup> et *la personne elle-même* pouvaient solliciter la mesure. L'interdiction provoquait la perte des privilèges d'ainesse<sup>115</sup>, l'annulation de tous les actes civils de la personne interdite. (ses promesses, son testament). Devant la justice il était représenté par un *défenseur*<sup>116</sup>, une autre personne administrerait ses biens. Les amis charnels, réunis dans le conseil d'amis charnels ont joué un rôle central<sup>117</sup>. Au Moyen Âge le fou ne répondait pas civilement mais seulement la responsabilité civile de ses gardiens a été recherchée.<sup>118</sup> Il a été considéré aussi comme un mort et l'interdiction, une morte civile. Ni contractant, ni responsable, voici l'image de l'interdit. Ces faits sont devenus la responsabilité des autres. Sa famille, son gardien, sa communauté restaient responsables envers les tiers pour tous les dommages causés par lui.<sup>119</sup> Une responsabilité qui a conduit dans notre opinion, à leur isolation et internement. Voici la même idée exprimée par A. LEFEBVRE-TEILLARD: « *La responsabilité de la famille en cas de « mauvaise garde » persiste durant cette période (L'ancien Régime): un arrêt de 1683 applique encore le principe en condamnant une famille à payer des*

dommages-intérêts à la victime d'un fou qu'elle n'avait pas fait enfermer. Cet enfermement des fous caractérise le XVII<sup>ème</sup> siècle ». <sup>120</sup> Mais S. LANNES observe que cette responsabilité civile a été glissée vers l'aliéné dans la deuxième moitié du XVII<sup>ème</sup> siècle pendant les derrières deux siècles de l'Ancien Régime, mais pour sanctionner la famille. Elle observe aussi que les officialités ont dénièrement toute responsabilité de fous. <sup>121</sup>

Trois observations supplémentaires : Le fou et le prodigue ont été assimilés en ce qui concerne leur statut, aux mineurs. <sup>122</sup>

On rappelle que l'incapacité qui frappe le fou, et le prodigue, bien qu'ils soient sous la même institution de protection, l'interdiction, avait de *sources distinctes* comme dans le droit romain. L'incapacité du fou, était une incapacité dite *naturelle*, émanant de la folie elle-même, que l'interdiction ne fait que constater <sup>123</sup>. Dans la situation du prodigue, l'incapacité partait de l'interdiction « et ne concerne que ses biens. » <sup>124</sup> Nous verrons que la distinction, romaine par excellence, a contribué à de nombreuses discussions sur les actes accomplis par l'aliéné dans les périodes de « normalité ». Si le droit canonique lui avait reconnu un mariage contracté dans un intervalle de lucidité et la doctrine « dans son ensemble avait eu tendance à reconnaître la validité des actes » dans cette période lucide, la jurisprudence aurait tendu à se montrer réticente et « en présumant la folie tant que dure l'interdiction, aurait refusé la preuve contraire » <sup>125</sup> Aussi, la pratique judiciaire n'a pas tenu compte de principes romains et elle n'a pas reconnu la fin de l'incapacité du fou où la folie disparaissait. Pour le fou, aussi que pour tous ceux qui étaient mis sur la mesure de l'interdiction, l'incapacité finissait avec la mainlevée de l'interdiction. <sup>126</sup>

La troisième est une observation pertinente : l'intérêt de la préservation du nom, honneur et biens de la famille prévalait en tout cas, <sup>127</sup> mais le curateur devait actionner dans l'intérêt de l'interdit. <sup>128</sup>

L'institution de l'interdiction fut élaborée donc dans le XIII<sup>ème</sup> et XIV<sup>ème</sup> siècles et elle a conservé sa forme d'une manière approximativement constante jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Mais quelle était la nature du jugement de l'interdiction? Avait-elle une nature constitutive de l'incapacité ou une nature déclarative? Voici un autre aspect controversé que la doctrine romaine de l'incapacité naturelle du fou et l'incapacité artificielle prononcée pour le prodigue a suscité. S. LANNES traite ces aspects et l'évolution dans le XVIII<sup>ème</sup> siècle de la pensée juridique sur cet aspect dans un chapitre distinct de sa thèse. <sup>129</sup> à la fin de cette évolution, l'interdiction gagna un effet constitutif d'incapacité. Cette conception a engagé aussi la solution que les actes passent dans un temps voisin de celui où l'interdiction a été prononcée, peut être attaquée. Si la solution apparaît normale dans une pensée qui voyait dans la folie la seule cause de l'incapacité, au contraire, elle se montra comme difficile de comprendre quand l'interdiction elle-même est la source de l'incapacité. Donc, la règle de droit doit être entendue comme facilitant la preuve. L'interdiction institue une sorte de suspicion légale, une ombre de folie sur les actes qui l'ont immédiatement précédée. <sup>130</sup>

Bien que dans la pratique la situation de la prodigue s'améliorât (l'interdiction ne concerne que les cas les plus graves) <sup>131</sup> la situation des aliénés resta en place. La curatelle du prodigue a connu, avec l'inspiration parisienne <sup>132</sup>, une nouvelle *conseille judiciaire* <sup>133</sup>,

institution qui a connu une extension notable dès le XVII<sup>ème</sup> siècle. « *Le juge ne donne pas un curateur mais seulement un conseil qu'il nomme d'office et qu'il charge d'assister la personne dans un certain nombre de cas qu'il précise.* ».<sup>134</sup>

Les règles de la curatelle ont été, comme dans les temps romains, inspirées par la tutelle<sup>135</sup>.

Pour les orphelins, la garde seigneuriale, qui sera suivie par le bail familial de fiefs, la garde noble et la garde bourgeoise<sup>136</sup>, joue exactement le rôle de protection de la famille par ces biens. La tutelle romaine est réapparue avec l'import de droit romain en Forez<sup>137</sup> au XIII<sup>ème</sup> siècle et a été généralisée avec toutes ses caractéristiques complètement (dans le XIV<sup>ème</sup> siècle) dans les pays de droit écrit et dans les régions limitrophes.<sup>138</sup> Dans le temps de BEAUMANOIR, la tutelle s'est appliquée aux biens roturiers, et les autres régimes de protection, en raison de la qualité de la personne (la garde noble et la garde bourgeoisie) ou de biens (le bail familial de fiefs)<sup>139</sup>.

L'intérêt de l'Église dans la protection des orphelins et les transformations sociales envers leur protection ont apporté l'exercice de la justice dans la protection des orphelins roturiers.

Dans l'institution de la tutelle du Moyen-Âge on peut découvrir le premier organe nouveau de haute tutelle - l'ensellée de parents<sup>140</sup> promoteur du conseil de famille et qui réunissait aussi les voisins et les amis qui s'intéressaient de la personne protégée.<sup>141</sup> La tutelle est devenue une charge publique imposée par la justice. Et toutes les tourelles ont été datives.<sup>142</sup>

### §3. Le Code Napoléon

Certaines mesures attirent notre attention.

La mesure de l'interdiction a disparu pour la protection des parodiques<sup>143</sup> pour lequel un curateur avec des prérogatives réduites, sous le nom préféré de *conseil judiciaire*, a été mis en place<sup>144</sup>.

Les aliénés ont été divisés en deux catégories : la première contenant les cas plus sévères, destinés à être interdits, les autres, *faibles d'esprit*, destinés à être assimilés aux prodigues<sup>145</sup>.

L'article 489 du Code civil, contraire à l'ancienne doctrine,<sup>146</sup> a mis en place ce que la jurisprudence a déjà voulu.<sup>147</sup> l'interdiction aura produit des effets continus (voici aussi l'article 509). Mais quelle est la justification pour cette mesure ? Albert CAUSIN identifie dans sa thèse<sup>148</sup> l'opinion exprimée par M. EMMERY dans son *Exposé des motifs au Corps législatif* :

« *Ce n'est pas sur quelques actes isolés qu'on s'avisera jamais de décider qu'un homme a perdu le sens ou la raison : telle est la triste condition de l'humanité que le plus sage n'est pas exempt d'erreur. Mais, lorsque la raison n'est plus qu'un accident dans la vie de l'homme, lorsqu'elle ne s'y laisse apercevoir que de loin en loin, tandis que les paroles et les actions de tous les jours sont les*

*paroles et les actions d'un insensé, on peut dire qu'il existe un état habituel de démence, c'est alors le cas de l'interdiction." (art. 39 t. X du projet, Fenet, t. 1, p.96.) C'est dire que la démence légale est différente de la démence de fait qui ne donne pas lieu à l'interdiction, et dont ne s'occupe pas de titre de l'interdiction. Mais il n'est pas non plus essentiel que la maladie soit permanente et continue ; le même article ne veut pas qu'il soit tenu compte des intervalles lucides. En droit romain, les intermittences sont une source constante de contestation. En droit français, de question de fait souvent fait difficiles à résoudre auraient à tout moment entravé les affaires et exposé l'aliéné à toutes sortes de fraudes et de dangers. L'unique moyen de sauvegarder ses intérêts était de priver de l'exercice de ses droits même pendant les intervalles lucides. »*

La valeur constitutive d'incapacité que le jugement d'interdiction a eue, a contribué aussi à la même conclusion<sup>149</sup>.

Donc les rédacteurs du Code ont opté pour la nullité de tous les actes de la personne interdite, sans tenir compte d'intervalles de lucidité, non parce qu'ils ont voulu protéger les tiers ou la famille, mais afin de protéger l'interdit lui-même. Cette vision axée sur la protection de la personne a été continuée par les réformes successives dans le droit français. L'idéal de cette pensée est exprimé par M. PLANIOL et G. RIPERT ainsi : « *en droit civil, la plupart des incapacités visant à protéger l'incapable, pour empêcher de se nuire par ses actes. Leurs sanctions frappent dans ses cocontractants, non l'incapable* »<sup>150</sup>.

Mais la procédure d'interdiction conçue par le Code civil fut peu demandée<sup>151</sup>. « La raison fut que les familles redoutaient les frais de la procédure et, surtout, la publicité, qu'elle entraînait, révélant une « tare » dont elles n'étaient pas fières. Le plus souvent, la procédure s'armait à la nomination de l'administrateur provisoire. »<sup>152</sup>.

Dans la même période on remarque l'apparition dans la pensée française de la distinction doctrinaire entre capacité de jouissance et capacité d'exercice. Fondée sur les problèmes que la définition de droit subjectif a suscités<sup>153</sup> la distinction a voulu protéger le concept d'égalité entre « incapables » et les autres.<sup>154</sup>

#### **§4. Les évolutions suivantes**

La loi de 1938 a exprimé la vue dans l'époque : l'internement comme mesure de salut de l'insensé. La réforme de J. CARBONNIER survint en 1968. L'interdiction et le régime particulier du prodigue et faible d'esprit furent éliminés<sup>155</sup>, la séparation entre les mesures civiles et l'internement fut clarifiée. Trois nouvelles mesures furent ébauchées : la sauvegarde de justice, la tutelle, et la curatelle qui prit la place du conseil.<sup>156</sup> La catégorie des *majeurs protégés*<sup>157</sup> a été créée, ainsi que la profession de « mandataire judiciaire de protection des majeurs »<sup>158</sup>. C'est la première fois, dit J.P. LÉVY et A. CASTALDO que l'expression « les facultés corporelles qui « empêchent » l'expression de la volonté » fut dite formellement. »<sup>159</sup> Mais la loi de 1968 a apporté aussi la responsabilité civile du malade mental (actuellement l'article 414-3 Code civil, une création contraire à l'histoire de droit civil).

Dans les réformes suivantes, on retient que la tutelle légale fut supprimée, (2007) et la protection de la personne interne fut retouchée<sup>160</sup>. La capacité d'accomplir les actes à caractère personnel, une catégorie étendue, a été reconnue aux majeures protégées. Aussi le conseil de famille a connu son obsolescence. Après 2007 on discute d'un principe d'autonomie sur surveillance au lieu de l'incapacité, une notion morte et tant que mécanisme général de protection.<sup>161</sup>

## §5. Conclusions

La perpétuité de la famille ainsi que la protection du patrimoine a justifié pendant les siècles un traitement plus restrictif à ceux qui ont eu la mauvaise fortune d'être insensés ou des mineurs sans parents. Mais ces « soins » juridiques ont trouvé leur justification dans une vie fort dure, où les créanciers n'ont pas été de philanthropes, et la famille restait le seul sens d'existence non seulement pour l'insensé mais aussi pour les autres qui formaient le groupe familial lui-même.

Mais la réalité actuelle est différente,<sup>162</sup> une famille mononucléaire<sup>163</sup>, ou réduite aux époux et à leur enfant (s), un individualisme social accru, une évolution de l'être humain dans le champ de droit civil entre sujet abstrait des droits aux droits de personnalité, à la proclamation d'une nouvelle vision envers les malades mentaux, qui vise une protection par information, éducation et la découverte de leur voix cachée derrière la maladie. Cette réalité a justifié dans plusieurs États comme en France une réaction dans le champ du droit civil sur les règles et les institutions de protection qui, avant le XXI<sup>ème</sup> siècle ont été alimentées seulement avec des idées de conservation familiale, effectivité et l'efficacité des mesures dans les yeux des autres. Mais ce parallélisme entre les autres et la personne protégée en ce qui concerne les institutions de protection est aujourd'hui surmonté par une image de dignité humaine également distribuée et cette égalité juridique fait place à un discours des mesures d'augmentation de la capacité naturelle dans un état de pleine capacité civile par des mesures juridiques d'assistance de la capacité juridique et de surveillance de celui-ci.

---

\* *Doctorant en droit, Université « Babeş-Bolyai » de Cluj-Napoca, Université de Nantes, Faculté de Droit et Sciences Politiques ; email : jorea\_dorin@law.ubbcluj.ro.*

<sup>1</sup> Dans l'ancien droit romain, la surveillance des incapables, était un droit et, dans le même temps, une obligation des agnats. V. Vladimir Hanga, *Drept Privat Roman*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1977, p. 223. C. ST. TOMULESCU, *Manual de drept roman*, Ed. Litografia Învățământului, București, 1958, p. 252.

<sup>2</sup> Albert COUSIN, *Les incapacités résultant de la folie*, Thèse, Université de Paris, 1881, p. 27-28.

<sup>3</sup> Vladimir Hanga, *op. cit.* p. 224, C. ST. TOMULESCU, *op. cit.* p. 253.



- <sup>4</sup> Cette évolution a été entretenue par le glissement de la famille agnatique vers la famille cognatique. V. Vladimir HANGA, op. cit. p. 224, V. HANGA, M. D. BOB, *Curs de drept privat roman*, 5<sup>ème</sup> ed., Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 135.
- <sup>5</sup> Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2003, p. 219
- <sup>6</sup> Les règles des incapacités de fait sont, en principe, également établis pour les personnes *alieni juris* et les personnes *sui juris*, mais ces incapacités requièrent des mesures spéciales seulement dans l'hypothèse de personnes *sui juris*. C'est parce que les personnes *alieni juris* n'avaient pas des biens propres, donc ils ne présentaient pas d'internes pour la famille ou pour le droit. V. P.F. GIRARD, op. cit. p. 219.
- <sup>7</sup> Vladimir Hanga, p. 223, Albert COUSIN, op. cit. p. 62.
- <sup>8</sup> Sur cet aspect, C. ST. TOMULESCU remarquait la contradiction dans la société romaine : être *sui juris* signifiait n'être pas sous l'autorité d'une autre, mais la femme *sui juris* avait besoin de l'auktoritas de son tuteur, et ce fait a constitué à l'origine, un pouvoir réel de ses agnats. v. C. ST. TOMULESCU, op. cit. p. 250.
- <sup>9</sup> V. P.F. GIRARD, op. cit. p.220.
- <sup>10</sup> Constantin Șt. TOMULESCU, op. cit. p. 250.
- <sup>11</sup> Le *pater familias* murissait, ou il souffrir *une capitis deminutio maxima* ou *media*, ou le fil a été émancipé avant sa puberté, ou la fille a été émancipée quelconque. Aussi on a discuté de tutelle dans l'affranchissement d'une jeune esclave de sexe masculin *antepubertatem*, par l'affranchissement quelconque des femmes, ou dans le cas de l'enfant naturel. (v. J.P. LÉVY et A. CASTALDO,, Histoire du droit civil, Dalloz, 2e édition, Paris, 2010, pp. 231. 254. A ces, P.F. GIRARD ajoute: la femme *in manu*, par la sortie de la *manus* qui suit le divorce. V. P.F. GIRARD, op. Cit. P. 221.
- Le mariage ne change pas la situation, ni pour le mari ni pour l'épousée. La première demeurait sous la même *patria potestas*, la deuxième, entrait sous la *patria potestas* du *pater familias* de son mari.. (v. Jean Philippe. LÉVY, André CASTALDO, Histoire *du droit privé*, Dallonz, Paris, 2010, p. 254.
- <sup>12</sup> Dig. 26, 1,1, « *pr. Tutela est, ut servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.* »
- <sup>13</sup> C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 254.
- <sup>14</sup> C. St. TOMULESCU remarquait que, dans le cas de la tutelle, le droit être tuteur n'existait pas là où il n'existait pas le droit de succéder. v. C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 252, p. 256.
- <sup>15</sup> J.P. LÉVY, A. CASTALDO, op. cit. p. 233.
- <sup>16</sup> v. Vladimir HANGA, op. cit. p. 227.
- <sup>17</sup> Idem, p. 235.
- <sup>18</sup> v. Vladimir HANGA, op. cit. p. 227, C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 257.
- <sup>19</sup> v. C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 258.
- <sup>20</sup> Les tuteurs légitimes étaient sélectionnés dans les personnes qui avaient la qualité de successeurs présomptifs. Dans l'époque impériale avec la reconnaissance de la parenté *naturelle* et d'un droit de succéder de ces parents, la mère, la grand-mère et les frères étaient mandés à la tutelle légitime. V. Vladimir Hanga, op. cit. p. 225.
- <sup>21</sup> v. Vladimir HANGA, op. cit. p. 229.
- <sup>22</sup> Vladimir HANGA, op. cit. pp. 229-230.
- <sup>23</sup> v. C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 253.
- <sup>24</sup> Vladimir HANGA, op. cit. p. 231.
- <sup>25</sup> J.P. LÉVY, A. CASTALDO, op. cit., p. 241, v. aussi Vladimir HANGA, op. cit. p. 234; V. HANGA, M.D. BOB, op. cit. p. 140.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 13.

<sup>28</sup> La distinction entre les incapacités normales et anormales est opérée par LÉVY et CASTALDO. Il a un but prioritaire didactique. La même distinction peut être trouvée dans l'écrit de P.F. GIRARD, où les incapacités normales sont opposées aux incapacités « accidentelles » « susceptibles de varier à infini. V. J.P. GIRARD, op. cit. p. 241.

<sup>29</sup> v. J.P. LÉVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 260

<sup>30</sup> cf. F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, Hachette, Paris, 1934, p. 455.

<sup>31</sup> La curatelle va devenir une institution de protection de l'aliéné, et pas seulement de la famille, probablement dans le temps de la jurisconsulte Julianus citer dans les Digeste de Justinien (Dig. 27, 10, 7, *Julianus libro 21 digestorum pr. « Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi. »*)

<sup>32</sup> Ulp. *Regul. 12, 2* : « *Lex deodecim tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonnis interdictum est, in ruratione jubet esse agnatorum* » Cette règle peut se traduire par « *La Loi des douze tables veut que le fou ou le prodigue auquel on a ôté l'administration de ses biens, soit sous la curatelle de ses agnats.* » dans : « Livre particulier des règles de Domitius ULPIEN [en ligne] : <http://www.histoiredudroit.fr/Documents/Corpus/Suppléments%206.pdf> (Page consultée le 31/05/2015).

<sup>33</sup> Loi des XII Tables, Tabula V, 7.a « *Lex est, si furiosus est, agnatorum, gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* » Cicer., *De invent*, 2, 50; Aussi : Tuscul. *quest.*, 3, 5. ; *De repub.* 3, 23. Auctor Rhetor, *ad Heren.*, 1, 13.

<sup>34</sup> Le mot latin ici est *potestas*. Il peut-être traduit comme *pouvoir*, mais pas avec *soin*. Pour le même sens : C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 253.

<sup>35</sup> Pour cette traduction v. *Les fragments de la loi des XII Tables, Extraits fidèlement des auteurs qui nous les conservés, et disposés selon l'ordre du Digeste et du Code, suivis de notes explicative du Traducteur*, [En ligne] : <http://www.histoiredudroit.fr/Documents/Corpus/Suppl%C3%A9ments%202.pdf> (Page consultée le 31/05/15).

<sup>36</sup> Joseph ORTOLAN, *Histoire de la Législation Romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne et Généralisation du droit romain*, T. I., Dixième édition, par M.E. BONNIER, E. PLOT, Paris, 1876 « avec cette mention : Festus au mot Nec ». p. 109.

<sup>37</sup> « *Ast ei custis nec escit* »

Voici le texte de Fastus : « *Nec conjunctionem grammatici fere dicunt esse disjunctivam, ut nec legit nec scribit, cum si diligentius inspiciatur, ut fecit Sinius Capito, intelligi possit eam pisitam esse ab antiquis pro non ut et in XII. Est ast ei custos nec escit* ». La sens de mot *nec* ici semble d'être cette de *non* ou le Romains employaient généralement le mot *ne* cf. V. J.W. DONALDSON *Varronianus : a critical and historical introduction to the ethnography of ancien Italy and to the philological study of latin language*, London, 1852, p. 98 (et p. 210 pour le texte de Festus). Ils existe beaucoup des auteurs qui confrontent la compétence de CICERON lui même de comprendre la langue de la Loi de XII Tables. Pour la défaut de la mot *ast* voir : J.U. UNTERMANN *Die klassischen Autoren und das Altlatein'*, dans G. BINDER (ed.), *Saeculum Augustum*, ii. Religion und Literatur. Darmstadt, 1988, p. 429-437 ; J.G.F. POWEL *Cicero's adaptation of legal Latin in the De Legibus*, dans T. REINHARDT, M. LAPIDGE and J.N. ADAMS (ed), *Abstract of the language of Latin Prese*, Oxford, 2005, p.136-137. Apud. David Longslow, *Archaic Latin inscriptions and Greek and Roman Authors*, dans Peter LIDDEL, Polly LOW (ed). *Inscriptions and their use in greek and latin literature*, Oxford, 2013, p. 189.

<sup>38</sup> La curatelle ne pouvait être testamentaire en droit romain, mais A. COUSIN a signalé l'existence dans les textes d'une coutume de confirmation du curateur désigné par le père ou la mère. V. A. COUSIN, op. cit. pp. 62-63. Aussi Dig. 27, 10, 16. Dig. 26, 3, 3, Inst. 1, 23, 1.

- <sup>39</sup> Cet est l'opinion de Albert COUSIN qui dit : « Ulpien lui-même nous permettrait de croire par l'assimilation constante dans ses écrits Reg. 12, 3 du « *rei furiosus* » au prodigue que la tutelle légitime de « *furiosus* » s'ouvrait au seul cas où le « *furiosus* » avait reçu *ab intestat* l'héritage de son père ou d'un aïeul ». , dans : Albert COUSIN, op. cit. p. 7.
- <sup>40</sup> Il existe aussi une autre doctrine pour laquelle le *furiosi* ont été des fous teints de folie ordinaire, à l'exclusion seulement des individus atteints du monomanie. V. P.F. GIRARD, op. cit. p. 242 et la bibliographie citée là. C'est aussi l'opinion de C. ST. TOMULESCU, qui a appuyé sur l'aspect ordinaire de la folie que la vocable *furiosus* l'a eu. Le professeur roumain insistait aussi en 1958, dans son cours, sur la distinction entre la *furiosus* romain et le furieux, terme qui a été utilisé dans le vocabulaire civil pour décrire le fol agité du Code Napoléon. v. CT. ST. TOMULESCU ? op. cit. p. 251.
- <sup>41</sup> Albert COUSIN, *Les incapacités résultant de la folie*, Thèse, Université de Paris, 1881, p. 6.
- <sup>42</sup> Cette institution a été envisagée à l'origine à la protection de la famille, non pas de l'aliéné: v. C. ST. TOMULESCU, op. cit. p. 251, J.P. LÉVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 260; Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction Historique Au Droit Des Personnes et De La Famille*. Paris: Presses universitaires de France, 1996, p. 434;
- <sup>43</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 6.
- <sup>44</sup> Dans les intervalles lucides, sa capacité était complète. V. Albert COUSIN, op. cit. p. 46.
- <sup>45</sup> On va découvrir que cette règle va comme une altération dans le droit moderne. Le motif? Un avancement de la pensée et une dynamisation de la vie privée, comme nous le verrons plus tard.
- <sup>46</sup> Inst, 3, 19, 8 « *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agit.* »
- <sup>47</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 11.
- <sup>48</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 6.
- <sup>49</sup> Idem., p. 8.
- <sup>50</sup> Albert COUSIN, op.cit. p. 8
- <sup>51</sup> Inst, 1, 23, 4 « *Sed et menti captis, et surdis et mutis, et qui perpetuo mordo laborant quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.* » (On doit aussi des curateurs à ceux qui sont en démence, aux sourds, et aux muets, et à ceux qui ont des maladies incurables, parce qu'ils ne sont pas en état de conduire leurs affaires eux-mêmes.) Aussi: V. Hanga, op. cit. p. 232, J. P. GIRARD, op. cit. p. 242.
- <sup>52</sup> Idem.
- <sup>53</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 12 : §64 GAIUS, II.
- <sup>54</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 63. La raison de cette enquête a été une seule : dépister ces qui « simulaient la fureur ou la démence ». Albert COUSIN, op. cit. Dig. 27, 10, 6. qui dit : « Le *praetor* doit avoir attention de ne point donner un curateur à quelqu'un, témérairement et sans connaissance de cause, car il y a des gens qui affectent d'être fous ou insensé pour se débarrasser de toutes les fonctions civiles en recevait un curateur. ».
- <sup>55</sup> Dig. 27, 10, 13.
- <sup>56</sup> v. J.P. LÉVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 260, Anne LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. p. 434, P.F. GIRARD, op. cit. p. 243.
- <sup>57</sup> L'explication peut être trouvée dans ce que nous avons déjà dit sur l'incapacité de *furiosus* et dans le sens que l'*auctoritas* a dans le droit romain. Cette *autoritas*, nous dit C. St. TOMULESCU et P.J. GIRARD ne doit pas être confondue avec les autorisations modernes. Elle n'était ni une autorisation ni une adhésion, mais une coopération. L'*auctoritas* ...doit au point de vue de la forme, être donnée par le (tuteur) présent ou pupille présent, au moment même de l'acte. P.F. GIRARD, op. cit. p. 229, C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 258. Mais on a déjà vu que, le *furiosus* pouvait faire des actes valables dans les intervalles lucides sans l'intervention de son curateur et que dans les moments de fureur il ne pouvait

faire aucun acte et il était considéré comme absent. Donc *l'auctoritas* restait inopérable pour la gestion des affaires de *furiosus*. Pour la même conclusion, v. P.F. GIRARD, op. cit. p. 243, C. St. TOMULESCU, op. cit. p. 257.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 261. v. aussi Anne LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. p. 435. Albert COUSIN, op. Cit. P. 63. COUSIN dit que „*le curateur légitime existe toujours à côté du curateur honoraire, mais sa condition s'est rapprochée en ce que le curateur légitime ne peut pas se saisir de plein droit de l'administration des biens du fou, mais doit se présenter devant les personnes charges de la „creatio”, du curateur honoraire et se faire investir.*”.

<sup>59</sup> Albert COUSIN, op.cit., pp. 20, 36, 45.

<sup>60</sup> Dig. 29, 2, 47 *Africanus libro quarto quaestionum*

« *Qui servum suum heredem institutum adire iusserat, priusquam ille adiret, furiosus est factus. Negavit recte servum aditurum, quoniam non nisi voluntate domini adquiri hereditas potest, furiosi autem voluntas nulla est.* » (Un maître, après avoir donné ordre à son esclave d'accepter une succession, et tombé dans la fureur avant que l'esclave satisfasse à son ordre. Africain dit que l'esclave ne peut plus accepter valablement ; parce qu'un esclave ne peut acquérir une succession que du consentement et par la volonté de son maître : or un furieux n'a pas de volonté.)

<sup>61</sup> Nous faisons ici une observation : toutes les traductions des textes latins en français que nous allons fournir ici sont affectées, dans notre opinion, du volontarisme existant dans la pensée juridique du temps où elles sont effectués. Donc, nous prenons avec incertitude l'excité des traductions qui fait appel à la volonté pour remplacer autres termes latins comme ici : *intelligitur*. Il existe aussi des textes latins qui utilise le mot *voluntas* expressivement : On a déjà vu le texte de Africanus, et celle de Pomponius. Nous ne connaissons pas exactement le sens de la volonté dans le droit romain, mais nous nous doutons qu'il est identique au sens actuel.

<sup>62</sup> Albert COUSIN, op. cit. p. 33

<sup>63</sup> Si le mariage reste valable, si la folie d'une épouse peut être raison de divorce, si le fou peut contracter un mariage.

<sup>64</sup> Si le curateur devient fou, devra-t-il être changé? Un autre problème a été si le mari peut être curateur de sa femme. La réponse a été négative. La raison : le mariage a été interdit entre le tuteur, le curateur...Et le pupille de l'autre avant la reddition des comptes de la tutelle ou une année écoulée depuis la majorité du pupille. V. Albert COUSSIN, op. cit. p. 65.

<sup>65</sup> Si le furioso peut être héritière ou fait son testament.

<sup>66</sup> Les possibilités d'acquérir la propriété.

<sup>67</sup> v. Albert COUSIN, op. cit. p. 34 avec ces citations : Dig. 41, 2, 27, et, Dig. 41, 3, 44, 6.

<sup>68</sup> v. Albert COUSIN, op. cit. p. 44.

<sup>69</sup> A. COUSIN, op. cit. p. 72., C, 70, 6.

<sup>70</sup> La curatelle romaine a connu diverse autre forme. Nous avons mentionné déjà la curatelle des majeurs de 25 ans, pour les autres v. P.F. GIRARD, op. cit. p. 347.

<sup>71</sup> ULPIEN, *Comentaire sur Sabinus* D. 27, 10, 1, pr.

<sup>72</sup> Voici comme J.P. LÉVY et A. CASTALDO expliquent la signification de mot « *Le mot interdit vient de inter et dicere. Il s'agit d'une décision prononcée à titre provisoire et intérimaire entre les actes de la procédure, du moins à l'origine. On parle aujourd'hui de jugements interlocutoires, dont l'étymologie est la même. L'interdit est un ordre, positif ou négatif, ordre de faire ou de ne pas faire, mais l'habitude a fini par se prendre, pour les ordres positifs, de dire plutôt decretum, de telle sorte qu'interdit et interdire a fini par désigner seulement l'ordre négatif: c'est le sens que le mot a conservé en français.* » dans op. cit. p. 23.

<sup>73</sup> P.F. GIRARD, op. cit. p. 244.

- <sup>74</sup> J.P. LÉVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 272., P.F. GIRARD, op. cit. Pp. 244-245. Voici le texte de Ulpian: Reg. 12, 3 « *A pretore constituitur curator, quem ipse pretor vulerit libertinis, prodigis, itemque iugenuis, qui ex testamento parentis heredes facit, malè dissipant bona; his enim ex lege curator dari non poterat; cum iugenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit partri: libertinus autem nullo modo partri heres fieri possit, qui nec patrem habuisset videtur, cum servilis cognatio nulla sit.* » (Tout curateur ne tient son droit que du *praetor*. Le *praetor* nomme qu'il lui plait pour curateur aux affranchis, aux prodigues ou aux hommes de condition libre, qui après avoir été institués héritiers de leurs parents, dissipent leurs biens....)
- <sup>75</sup> Ibidem.
- <sup>76</sup> A. COUSIN, op. cit. p. 10.
- <sup>77</sup> A. COUSIN, op. cit. p. 9.
- <sup>78</sup> V. P.F. GIRARD, op. cit. p. 245, A. COUSIN, op. cit. pp. 10-13.
- <sup>79</sup> Dig. 27. 10, 1. Pr : « *...curatorem ei dare exemplo furiosi. Et tandiu erunt ambo in curatione, quandiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit. Quod si eueuerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.* » (Les préteurs...sont dans l'usage de nommer (aux prodigues) un curateur, comme ils le font pour des insensés. Les uns et les autres restant dans cette curatelle jusqu'à ce que l'un ait recouvré son bon sens, et que l'autre soit capable de se conduire sagement. Lorsque cela arrive, ils cessent de plein droit, d'être sous la puissance des curateurs.)
- <sup>80</sup> P.F. GIRARD, op. cit. p. 246, A. COUSIN, op. cit. p. 12
- <sup>81</sup> P.F. GIRARD, op. cit. p. 247.
- <sup>82</sup> Suzanne LANNES, *La condition des majeurs incapables dans l'ancien droit*, Thèse, Paris, 1964, p. 3.
- <sup>83</sup> S. LANNES, op. cit. p. 3.
- <sup>84</sup> V. P. OURLIAC, J. L. GAZZANIGA, *Histoire de droit privé français de l'An mil au Code Civil*, Albin Michel, Bibliothèque de synthèse historique, Paris, 1985, p. 252.
- <sup>85</sup> Sur le lignage, l'obligation de cojureurs, v. M. BLOCH, *La société féodale*, Albin Michel, Paris, 1982, p. 126.
- <sup>86</sup> M. BOCH, op. cit. p. 128.
- <sup>87</sup> V. aussi, la mesure de l'interdiction de femme avec des enfants qui se remariait observé dans l'ordonnance de Blois par S. LANNES. Aussi l'application extensive de ces règles par la jurisprudence coutumière pour la simple intention de conclure un mariage défavorable à la famille, dans op. cit. pp. 22-23. La même conclusion pour les derniers siècles de l'Ancien Régime : pp. 81-82.
- <sup>88</sup> La vocation reconnue aux membres de la famille d'intervenir dans les futurs mariages, et la fixation du douaire par convention entre les parents des deux conjoints au XIII<sup>ème</sup> siècle est une réalité qui justifie notre observation. V. Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, *op.cit.*, p 57. Aussi, on peut voir que le consentement familial au mariage des mineurs se maintient siècle après siècle. v. J. P. LÉVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 112.
- <sup>89</sup> Pour l'apparition de la distinction entre biens immeubles et meubles aussi que pour l'évolution des biens propres, voir Paul OURLIAC et Jean-Louis GAZZANIGA, op. cit., pp. 232-234
- <sup>90</sup> Les propres, dit P. LÉVY et A. CASTALDO, « sont des biens venus de la famille, principalement par succession et qui doivent y demeurer. » Les auteurs remarquent les liaisons entre la réserve successorale, le retrait ligner et les autres institutions similaires, aussi que la règle *paterna paternis, materna maternis* dans les successions *ab intestat* et les biens *propres*. V. Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO, op. cit., p. 57.
- <sup>91</sup> 1272-1273 A.D.

- <sup>92</sup> P. OURLIAC, J.-L. GAZZANIGA, op. cit. p. 241
- <sup>93</sup> J. LEVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 57.
- <sup>94</sup> S. LANNES, op. cit. p. 12.
- <sup>95</sup> S. LANNES, op. cit. p. 3
- <sup>96</sup> S. LANNES, op. cit. p. 14.
- <sup>97</sup> Idem.
- <sup>98</sup> Juge ecclésiastique.
- <sup>99</sup> S. LANNES, op. cit. p. 15.
- <sup>100</sup> S. LANNES, op. cit. p. 15.
- <sup>101</sup> S. LANNES, idem.
- <sup>102</sup> S. LANNES, op. cit. p. 20.
- <sup>103</sup> S. LANNES, op. cit. p. 20.
- <sup>104</sup> S. LANNES, op. cit. p. 17.
- <sup>105</sup> Idem.
- <sup>106</sup> Idem.
- <sup>107</sup> S. LANNES, op. cit. p. 34.
- <sup>108</sup> S. LANNES, op. cit. pp. 19-20.
- <sup>109</sup> BIRSAUD, *Histoire du Droit Privé*, tII, Paris, p 1174. Apud S. LANNES, op. cit. p. 21.
- <sup>110</sup> Olim, t III, p. 849, n° 29 dans. op. cit. p. 272.
- <sup>111</sup> L'arrêt cité par P. C. TIMBAL, Les obligations contractuelles d'après la jurisprudence du Parlement (XII et XIVe s.), Paris, 1973- 1977, t II, p. 171. apud. A. LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. p. 437.
- <sup>112</sup> Fou ou au moins, prodigue.
- <sup>113</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. pp. 437-438,
- <sup>114</sup> Pour les amis charnels v. H. BOCH, op. cit. pp. 125-126. Pour leur importance dans la fonction de la mesure d'interdiction: S. LANNES, op. cit. pp. 26-30.
- <sup>115</sup> Le privilège de primogéniture. Le droit roumain n'a jamais connu cet droit. v. Association « Henri Capitant » des amis de la culture juridique française Journées roumaines - Les successions, Bucarest Cluj-Napoca, 23-28 mai 2010, SUCCESSIONS ET FAMILLE, rapport roumain par M.D. BOB, en *Studia Iurisprudentia*, nr. 3/2010.
- <sup>116</sup> J.P. LÈVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 261.
- <sup>117</sup> S. LANNES, op. cit. p. 25-30.
- <sup>118</sup> S. LANNES, p. 5.
- <sup>119</sup> S. LANNES, op. cit. P. 5 qui mentionne les textes suivants: „Si un délit se trouve commis par un „desvé”(fou) « *l'on doit mettre lor corpes sor cels qui les doivent garder, comme il face tel fet par mauvaie garde* » (Li Livre de Joustice et de Plet, I, 21, 5) et l'article 150 de Coutumes reformée de Normandie. Voici l'article 150 et 151: CL: « *Les parents doivent être foignaux de faire mettre en foure garde ceux qui font troublez d'entendement pour eviter qu'ils ne faffent damage à aucun* », CLI : « *Et si il n'y aurait parens, les voifins feront tenus de dénoncer en Juftice, & cependant les garder; & à faute de ce faire, les uns & les autresferont tenus civilement aux dommages & interefts qui en pourroient avenir.* » v: *La Coutume Reforme du país et douche de Normandie, anciens ressorts et enclaves diceluy expliquée par plsvievs arrêts et Reglements, Et Commentée Par Me HENRY BESNAGE Ecuyer, Segneur du Franquefney, Avocat au Parlement de Normandie, Rouen, 1678* [En ligne]: <https://books.google.fr/books?id=lz5v1FrfdgUC&lpg=PA143&ots=DxB0B9nO2W&dq=la%20coutume%20reform%C3%A9e%20de%20normandie&pg=PP1#v=onepage&q&f=false> (Page consulté le 04.06.15).

- <sup>120</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. p. 437.
- <sup>121</sup> S. LANNES, op. cit. p. 48-50.
- <sup>122</sup> S. LANNES, op. cit. p. 30.
- <sup>123</sup> Idem.
- <sup>124</sup> Idem.
- <sup>125</sup> Ibidem. p. 349.
- <sup>126</sup> S. LANNES, op. cit. p. 40.
- <sup>127</sup> v. P. OURLIAC et J.L. GAZZANIGA, op. cit. p. 283. « L'honneur de la famille et la protection du patrimoine importent plus que la personne de l'incapable. La perte de les privilèges d'ainées souligne dans notre avis, le même aspect. J. P. LÈVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 261.
- <sup>128</sup> S. LANNES, op. cit. p. 31.
- <sup>129</sup> S. LANNES, op. cit. pp.99-120.
- <sup>130</sup> S. LANNES, op. cit. p. 104.
- <sup>131</sup> J.P. LÈVY et A. CASTALDO, op. cit. pp. 272\_273.
- <sup>132</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, op.cit. p. 438
- <sup>133</sup> Aussi : P. OURLIAC et J.L. GAZZANIGA, op. cit. p. 273.
- <sup>134</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. p. 438.
- <sup>135</sup> Pour l'assimilation de curateur au tuteur, S. LANNES, op. cit. p. 127.
- <sup>136</sup> Dans les dernières, on va voir un développement jusqu'à la Révolution de XVIII<sup>ème</sup> siècle. v. LÈVY ET CASTALDO, ..., p. 59.
- <sup>137</sup> Dans le Midi les bourgeois, les nobles et les roturiers sont soumis aux mêmes règles - les règles de la tutelle romaine. v. P.OURLIAC et J. L. GAZZANIGA , op. cit., n° 8, pg. 393.
- <sup>138</sup> v. P.OURLIAC et J. L. GAZZANIGA , op. cit., p. 247.
- <sup>139</sup> Idem.
- <sup>140</sup> v. P.OURLIAC et J. L. GAZZANIGA , op. cit, p. 57 et 249.
- <sup>141</sup> V. aussi. P. OURLIAC et J.L. GAZZANIGA, op. cit. p. 280.
- <sup>142</sup> V. Loisel, n°165,, apud. P. OURLIAC et J.L. GAZZANIGA, op. cit., p. 281.
- <sup>143</sup> S. LANNES rapporte le décret de 2<sup>e</sup> septembre 1793. Dans op. cit. p. 143.
- <sup>144</sup> J. P. LÈVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 274.
- <sup>145</sup> Ibidem, p. 274, n°1. Si la demande d'interdiction avait été rejetée, la Cour aurait pu nommer un conseil judiciaire.
- <sup>146</sup> S. LANNES mentionne que la doctrine tout entière a été unanime à reconnaître la validité des dispositions prises par un aliéné durant un intervalle lucide. V. S. LANNES, op. cit. p 109.
- <sup>147</sup> Pour cette jurisprudence v. S. LANNES, op. cit. pp. 109-111.
- <sup>148</sup> A. CAUSIN, op. cit., p. 86-87.
- <sup>149</sup> S. LANNES, op. cit., p. 153.
- <sup>150</sup> M. PLANIOL, G. RIPER, R. SAVATIER, J. SAVATIER & A. BESSON *Traite pratique de Droit Civil Français*, 2<sup>ème</sup> édition, Tome I, *Les personnes, Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris,, 1952, p. 328.
- <sup>151</sup> S. LANNES, op. cit. p. 155.
- <sup>152</sup> J.P. LÈVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 263.
- <sup>153</sup> Ingrid MARIA: *Les incapacités de jouissance étude critique d'une catégorie doctrinale*, thèse, Defrenois, Paris, 2010, pp. 28-47.
- <sup>154</sup> Ibidem, p. 36.
- <sup>155</sup> J.P. LÈVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 263.

<sup>156</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit. p.442-443.

<sup>157</sup> « La catégorie des prodigues et fables d'esprit a été reprochée de l'aliénation ... et l'aliénation des facultés corporels lui a aussi été assimilée. » v. J. P. LÈVY et A. CASTALDO, op. cit. p. 260.

<sup>158</sup> Idem, p. 270.

<sup>159</sup> Idem, p. 266.

<sup>160</sup> Ibidem.

<sup>161</sup> Valerie de Silva, *La protection des mineurs et des majeurs en curatelle et en tutelle en matière personnelle*, L'Harmattan, livre numérique, empl. 326.

<sup>162</sup> Pour l'évolution de la famille en droit roumain v. Emese FLORIAN : *Evoluția reglementărilor relațiilor de familie, de la familia autoritară, la familia asociativă, (L'évolution des réglementations sur les relations de famille: de la famille autoritaire à celle associative)* en *Studia Iurisprudentia*, n° 4/2012, v. aussi Association « Henri Capitant » des amis de la culture juridique française Journées roumaines - Les successions, Bucarest Cluj-Napoca, 23-28 mai 2010, SUCCESSIONS ET FAMILLE, rapport roumain par M.D. BOB, en *Studia Iurisprudentia*, nr. 3/2010.

<sup>163</sup> Pour l'évolution de la famille français, v. Pierre BECQUÉ, *L'évolution de la notion de famille et ses conséquences en matière successorale en droit français* en *Studia Iurisprudentia*, n° 2/2013.



## ARTICOLE

### TRANSFERUL RISCULUI DE LA VÂNZĂTOR LA CUMPĂRĂTOR ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL ROMÂN

Bazil OGLINDĂ\*

**Abstract.** *Risk Transfer from the Seller to the Buyer in the New Romanian Civil Code.* This article aims to present how the new Romanian civil Code regulates the issue of risk transfer in the sales contract and the role that the transfer of ownership plays on the transfer of risk. In the old Civil Code was inextricably bound the transfer of risk of ownership transfer, which was realized usually at the conclusion of the contract. In the context of the new Civil Code, the risk passes at the moment in which the goods are handed over, which makes apparently no longer important the moment of the translation of ownership in the field of risk transfer and unforeseeable losses of goods.

In the first section of the article we make an incursion into the old Romanian law, subsequently we present the main approaches to risk in European legal systems and ultimately we show how the Romanian civil Code regulates the relation between transfer of risk and transfer of ownership.

**Key words:** sales contract, risk transfer, ownership transfer, the handover obligation, res perit domino.

**Cuvinte cheie:** contractul de vânzare cumpărare, transferului riscului, transferul dreptului de proprietate, obligația de predare, res perit domino.

#### 1. Scurt istoric al reglementării transferului riscurilor în dreptul român

Problema care se pune este cine suportă riscul deteriorării fortuite a lucrului vândut între momentul încheierii contractului și acela al predării lui de către cumpărător. Ulterior acestui moment este evident că riscul este suportat de cumpărător în temeiul regulii *res perit domino*.<sup>1</sup>

Istoria dreptului românesc ilustrează o alternanță a legiuitorului între regula *res perit domino* și transferul riscului la momentul predării lucrului.

Codul Calimach a avut ca sursă de inspirație Codul civil austriac, care la rândul său s-a inspirat din vechiul drept germanic. Codul prevedea în art. 1902 că: *Acea din întâmplare de istov pierdere a unui lucru desleagă toată îndatorirea*". Așadar, pieirea lucrului stinge obligația cumpărătorului de a plăti prețul, de unde rezultă opțiunea pentru menținerea riscului în sarcina vânzătorului.

În Codul Alexandru-Donici problematica a fost reglementată în sensul următor: „*Lucrul vândut de se va strica mai înainte până la a nu-l face teslim vânzătorul cumpărătorului, atuncea vânzătorul întoarce prețul. Ear după ce se va face lucrul teslim cumpărătorului, atuncea primejdia ce se va întâmpla lucrului vândut, este a cumpărătorului, măcar de nu-l va ridica de pe loc. Precum paguba ce din întâmplare, asemenea și orice dobândă s-ar întâmpla, a cumpărătorului este, după ce lucrul i s-a făcut teslim*”. Se observă că riscurile se transmit odată cu predarea lucrului („*teslim*”), și nu cu transmiterea proprietății.

De asemenea, Codul Caragea vorbește despre „vânzarea desăvârșită”, moment din care riscurile sunt transmise cumpărătorului în calitate de proprietar (ceea ce echivalează cu regula *res perit domino*).<sup>2</sup> Așadar, începând cu Codul Caragea, în spațiul românesc pătrunde regula *res perit domino*, care va rezista și sub imperiul vechiului Cod civil de la 1864.

Sub imperiul vechiului Cod civil s-a afirmat că „*riscul incumbă celui care este proprietar la momentul pieirii, indiferent de executarea sau nu a obligației de predare*.” Considerându-se că dacă lucrul pierd după încheierea acordului de voință, chiar dacă predarea nu s-a făcut, cumpărătorul rămâne obligat la plata prețului.<sup>3</sup>

În privința punerii în întârziere a vânzătorului pentru neexecutarea obligației de predare, s-a apreciat chiar și în doctrina vechiului Cod civil că deși riscul se transmite de la vânzător la cumpărător odată cu încheierea contractului, totuși, din momentul în care vânzătorul este pus în întârziere, riscurile trec din nou asupra sa, cu titlu de sancțiune.<sup>4</sup>

## 2. Transferul riscului în dreptul comparat european

În mai multe sisteme europene de drept riscurile sunt transferate odată cu dreptul de proprietate. De regulă, în aceste sisteme, proprietatea se transferă la momentul încheierii contractului<sup>5</sup>. În Spania funcționează o regulă mixtă conform căreia în cazul anumitor contracte riscurile se transferă odată cu proprietatea, în timp ce în majoritatea contractelor comerciale transferul riscurilor este corelat cu punerea bunului la dispoziția cumpărătorului. Toate aceste sisteme prevăd o serie de excepții de la regula transferului riscurilor odată cu proprietatea. Dacă vânzarea are ca obiect bunuri de gen sau bunuri nedeterminate, atunci translația riscurilor se face la un moment ulterior transferului proprietății. De obicei acest moment este cel al predării, care marchează identificarea exactă a bunurilor ce formează obiectul contractului. În aceste sisteme, clauza de retenție a dreptului de proprietate are drept efect amânarea transferului riscurilor.<sup>6</sup>

În alte sisteme de drept, translația riscurilor este indisolubil legată de predarea bunului<sup>7</sup> (trecerea bunurilor în posesia cumpărătorului). În aceste sisteme, transferul proprietății nu se produce întotdeauna prin simplul acord de voință, în cazul bunurilor mobile este necesară și predarea acestora. Același efect îl au și prevederile din unele sisteme naționale de drept în care riscurile se transferă odată cu proprietatea, iar transferul acesteia se realizează la momentul predării.<sup>8</sup> Chiar și în aceste cazuri întâlnim unele excepții. Deși cele două sunt corelate, există posibilitatea ca riscul să se transfere înaintea predării dacă cumpărătorul este pus în întârziere cu privire la preluarea bunului.<sup>9</sup>

Riscul trebuie să privească bunuri determinate sau individualizate. Acest principiu operează în toate sistemele de drept. În sistemele în care riscurile se transferă o dată cu proprietatea, prin excepție, riscurile nu trec până ce bunurile nu au fost determinate sau individualizate.<sup>10</sup>

În sistemele în care riscurile se transferă la momentul predării, identificarea bunurilor nu constituie o problemă. Cu toate acestea pot apărea probleme în cazurile în care cumpărătorul întârzie în a-și executa obligația de preluare<sup>11</sup>. În astfel de cazuri, riscurile se transferă numai dacă bunurile sunt clar identificate în contract.<sup>12</sup>

### 3. Transferul riscurilor în lumina NCC

Imposibilitatea fortuită de executare trebuie diferențiată de imposibilitatea inițială, legată de fapt, de o condiție de validitate a contractului, și anume, obiectul acestuia (art. 1227 NCC).

Ipoteza art. 1274 NCC este aceea a intervenirii unui eveniment fortuit între momentul realizării acordului de voință privind transferul dreptului de proprietate asupra unui bun și predarea efectivă a bunului, cu consecința pieririi fortuite a acestuia. Art. 1274 NCC schimbă regula care opera până la intrarea sa în vigoare și care era instituită de art. 917 C. civ. în sarcina dobânditorului, care devine proprietar ca efect al realizării acordului de voință.<sup>13</sup>

În doctrina anterioară NCC s-a discutat asupra optării între două reguli: *res perit domino* (care însemna că riscul pieririi fortuite a bunului obiect al contractului era suportat de proprietarul actual al bunului) și regula *res perit debitori* (conform căreia riscul este suportat de debitorul obligației imposibil de executat - obligația de predare). Vechiul Cod civil se opri asupra regulii *res perit domino*, considerând că riscul pieririi fortuite a bunului trebuie suportat de titularul dreptului de proprietate bazându-se pe caracterul profund abstract al transferului proprietății în concepția franceză consensualistă.<sup>14</sup> O parte a doctrinei a criticat regula *res perit domino* considerând-o prea severă întrucât cumpărătorul era obligat să achite prețul chiar dacă vânzătorul nu mai era în măsură să predea bunul vândut, ori dacă prețul fusese plătit anterior pieririi fortuite, acesta nu i se rambursa cumpărătorului.<sup>15</sup>

*Res perit domino* a făcut obiect de critică și pentru motivul că nu corespunde echității, fiind evident injust ca cineva să plătească un lucru pe care nu îl va primi niciodată.<sup>16</sup>

Într-o opinie emisă în doctrina străină<sup>17</sup>, s-a afirmat că: „*Pentru a pune în mod corect problema riscului în contractul de vânzare-cumpărare trebuie să te miști pe tărâm exclusiv contractual: ori îl suportă cumpărătorul ori îl suportă vânzătorul. Dacă imputăm riscul cumpărătorului ca și dominus, ne facem vinovați de o dublă greșală: prima, de a uita că riscul ce i se impută lui nu se datorează faptului că este proprietar, ci pentru că este debitor al obligației de plată a prețului; și cea de-a doua este de a nu privi cu atenție faptul că lucrul ce a pierit în totalitate sau doar parțial, este, înainte de toate, res debita, obiectiv al activității vânzătorului.*”

În noua reglementare, transferul riscurilor este separat de transferul proprietății, fiind determinat de momentul predării. Această opțiune a NCC este în acord cu reglementările moderne în materie de riscuri contractuale.<sup>18</sup>

Astfel, în cazul contractului de vânzare-cumpărare, dacă este vorba de un bun individual determinat, chiar dacă o dată cu încheierea contractului, în principiu se transmite și proprietatea asupra bunului vândut, riscurile pierii fortuite a bunului nu trec asupra cumpărătorului din acest moment. Transferul riscurilor este condiționat de predarea efectivă a bunului.<sup>19</sup>

În cazul bunurilor de gen, vânzătorul rămâne proprietarul acestora până la individualizare, potrivit regulii *genera non perit*. Dacă acestea pier fortuit până la momentul predării, atunci vânzătorul va suporta riscul pierii și nu va fi eliberat de obligația de predare.<sup>20</sup>

Sintetizând cele de mai sus, riscul în contractele translativ de proprietate este suportat astfel<sup>21</sup>:

**a) În situația în care bunul nu a fost predat, riscul rămâne în sarcina debitorului obligației de predare**

Spre exemplu, dacă vânzătorul nu predă bunul și acesta pierie fortuit înainte de predare, acesta va suporta riscurile și va trebui să restituie cumpărătorului prețul contractual sau în ipoteza în care nu l-a primit, nu-l va mai putea solicita.<sup>22</sup> Din acest punct de vedere nu are nicio relevanță o eventuală probă pe care debitorul ar putea să o facă, în sensul că bunul ar fi pierit și dacă s-ar fi aflat în stăpânirea creditorului.

Transferul riscului în funcție de momentul predării este justificat. Atâta timp cât partea care controlează fizic un bun are posibilitatea de a îl proteja, această parte, de asemenea își asumă riscul pierii acestuia. De asemenea, partea care posedă bunul este cea mai abilitată să încheie un contract de asigurare a acestuia<sup>23</sup>. Argumente din doctrina română susțin această idee deoarece asiguratul poate fi orice persoană fizică sau juridică care are un interes patrimonial pentru conservarea bunului asigurat. Asiguratul trebuie să aibă întotdeauna capacitatea de a face acte de conservare.<sup>24</sup> Ori, vânzătorului îi incumbă obligația de conservare a bunului.

O situație mai complicată este aceea în care riscul se translatează înainte ca bunurile să ajungă în posesia cumpărătorului, cum ar fi în situația în care sunt predate unui transportator. Vânzătorul nu răspunde dacă bunurile pier pe parcursul transportării lor.<sup>25</sup>

**b) În ipoteza punerii în întârziere de către debitor, riscul se transferă în sarcina creditorului de la data punerii în întârziere [art. 1.274 alin. (2) NCC]**

Instituția punerii în întârziere a creditorului, care este reglementată în dispozițiile art. 1.510 și urm. NCC, presupune somarea creditorului să preia un bun sau să primească o altfel de plată. Într-o astfel de situație se transferă riscurile de la debitor la creditor. art. 1.274 alin. (2) NCC prevede că nu are nici o relevanță, în ceea ce privește aplicabilitatea regulii, proba făcută de creditor în sensul că, bunul ar fi pierit și dacă obligația de predare (și obligația de preluare) ar fi fost executată la timp.

Doctrina europeană reține această excepție de la regula transferului riscurilor la momentul predării bunului. În baza contractului, cumpărătorului îi incumbă obligația preluării bunului. Riscul pieririi fortuite a bunului trece asupra sa în măsura în care nu-și execută această obligație. Transferul este condiționat de determinarea sau individualizarea bunurilor în cuprinsul contractului și de punerea lor la dispoziția cumpărătorului, care nu își execută obligația de preluare.<sup>26</sup>

Această prevedere este văzută ca o sancțiune pentru cumpărătorul care îl împiedică pe vânzător să-și execute obligația de predare. O astfel de situație apare cu predilecție atunci când cumpărătorul refuză să plătească prețul vânzării. Transferul riscului pieririi fortuite a bunului în sarcina sa poate constitui un stimulent pentru a-și îndeplini obligația de preluare deoarece se expune la trei pierderi importante. În primul rând se expune la pierderea bunului, în al doilea rând va pierde suma de bani ce reprezintă prețul vânzării pe care rămâne ținut să-l plătească, iar în al treilea rând, va fi ținut să plătească daune-interese pentru prejudiciile create vânzătorului prin refuzul de a prelua bunul ce face obiectul vânzării.<sup>27</sup>

În opinia unor reputeți autori<sup>28</sup>, această nouă optică a legiuitorului a schimbat radical principiile de bază ale riscurilor în contractele translativ de proprietate în sensul simplificării lor și înlăturării unui cumul de reguli complicate și inechitabile.

Pe de altă parte, transferul proprietății și transferul riscurilor sunt considerate a fi interdependente, nu autonome și, în consecință, trebuie să se supună aceluiași regim juridic<sup>29</sup>. Aceasta este o opinie de care ne disociem.

#### 4. Transferul dreptului de proprietate

Ipoteza pe care o susținem noi este aceea conform căreia există în continuare o corelație pozitivă între transferul riscului și transferul proprietății. Deși dispozițiile NCC sunt limpezi în a plasa transferul riscului la momentul predării bunului, considerăm că și momentul transferului dreptului de proprietate are importanța sa. Pentru ca translația riscului să se producă e necesar ca în prealabil să fi operat transferul proprietății deoarece art. 1274 se referă la intervenirea „unui eveniment fortuit între momentul realizării acordului de voință privind transferul dreptului de proprietate asupra unui bun și predarea efectivă a bunului, cu consecința pieririi fortuite a acestuia.”<sup>30</sup>

În contractele translativ de proprietate transferul proprietății se produce de drept, prin acordul de voință concretizat prin încheierea contractului. În doctrină s-a apreciat că „în contractele ce au ca obiect translația proprietății sau unui alt drept real, proprietatea sau dreptul se transmite prin efectul contractului, automat și *ex lege*”.<sup>31</sup> Chiar și în cazul în care părțile amână prin voința lor transferul proprietății la o altă dată decât cea a încheierii contractului, transferul dreptului de proprietate se realizează tot automat.<sup>32</sup>

În aceeași direcție este și opinia profesorului I. Turcu<sup>33</sup> conform căruia vânzarea-cumpărarea este prin esența sa un contract translativ de proprietate, astfel încât transferul proprietății se face de plin drept prin încheierea contractului. Vânzătorul nu are o obligație de transfer al proprietății, în sensul de a face, ci are o obligație de a da, care se execută prin însăși încheierea acordului de voință.

Cu toate acestea, legiuitorul, în art. 1672, prevede că una dintre obligațiile principale ale vânzătorului este transmiterea proprietății bunului. Suntem astfel în prezența a două reguli concurente, una conform căreia translația se face de drept (consacrată de art. 1674 NCC) și o altă regulă, cu caracter de noutate, care cataloghează transferul proprietății drept o obligație aflată în sarcina vânzătorului.<sup>34</sup>

După cum am precizat anterior, majoritatea doctrinei de specialitate exclude existența unei obligații a vânzătorului de a transfera proprietatea considerând că transferul se realizează de drept. Este astfel golită de conținut prevederea legală ce consacră obligația vânzătorului de a transfera dreptul de proprietate.

Opinia la care noi subscriem este cea a profesorului Fl. Moțiu<sup>35</sup> care tratează problematica dintr-o perspectivă dualista. Conform acestuia, transferul operează, de regulă, de drept, însă sunt anumite situații în care transferul proprietății depinde de o acțiune a vânzătorului, iar obligația de a transfera proprietatea îi generează o obligație de a face, în sensul realizării acțiunii de care depinde transferul dreptului de proprietate. Astfel:

- în cazul vânzării bunului altuia, vânzătorul trebuie să procure bunul ce face obiectul vânzării sau să obțină consimțământul proprietarului la vânzare;
- la vânzarea de imobile, vânzătorul trebuie să-și dea consimțământul pentru intabularea dreptului de proprietate al cumpărătorului;
- dacă prin convenția lor, părțile leagă transferul dreptului de o acțiune a vânzătorului (cum ar fi predarea bunului).

Suștinem opinia anterioară deoarece o normă trebuie interpretată în sensul aplicării ei, iar nu în sensul în care să nu se aplice.<sup>36</sup> Motiv pentru care suntem de acord cu profesorul F. Motiu și îi atribuim prevederii legale sensul conform căruia există situații în care de voința vânzătorului depinde transferul dreptului de proprietate, transfer care se produce ulterior momentului la care contractul a fost încheiat.

#### **a) Transferul dreptului de proprietate la momentul încheierii contractului**

Potrivit art. 1674 NCC, „*proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă bunul nu a fost predat, ori prețul nu a fost plătit încă.*” Rezultă că, de regulă, dreptul de proprietate se transferă imediat, adică la momentul încheierii contractului.

#### **b) Amânarea transferului dreptului de proprietate**

Părțile pot amâna momentul transferului la o dată ulterioară acordului de voință. Caracterul supletiv al normelor care reglementează momentul transferului permite părților să prevadă un moment ulterior încheierii acordului de voință, la care să se realizeze transferul dreptului de proprietate, deoarece amânarea acestuia nu contravine ordinii publice.<sup>37</sup>

De asemenea, convenția poate stipula și în sensul transferului riscurilor la cumpărător încă din momentul vânzării, chiar și atunci când vânzarea s-a încheiat cu rezerva proprietății până la plata integrală a prețului.<sup>38</sup>

În cazul vânzării bunurilor viitoare, transferul dreptului de proprietate operează numai din momentul în care acestea au fost executate.

Dacă vânzarea are ca obiect bunuri dintr-un gen limitat, proprietatea se transferă cumpărătorului la data individualizării acestora prin predare, numărare, cântărire, măsurare ori prin orice alt mod convenit sau impus de natura bunului.

În cazul vânzării unor bunuri de gen, în care obiectul este determinat prin caracterele sale generice, problema riscurilor pieririi fortuite a unor astfel de bunuri, în principiu, nici nu ar trebui să se pună, întrucât, în lipsă de individualizare, ele nu fac obiectul raportului obligațional, care rămâne la nivel generic.<sup>39</sup>

De asemenea, ar fi fost absurdă aplicarea regulii *res perit creditori* care ar pretinde ca imposibilitatea de predare a bunului cauzată de dispariția în întregime a speciei să fie suportată de cumpărător, care va fi ținut să plătească prețul.<sup>40</sup>

În ceea ce privește drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară, acestea se dobândesc numai din momentul înscrierii în cartea funciară. (art. 885 NCC). Așadar, potrivit NCC, în vânzarea imobiliară momentul transferului proprietății de la vânzător la cumpărător este ulterior încheierii contractului și se suprapune momentului realizării opozabilității față de terți.<sup>41</sup>

Când la încheierea contractului vânzătorul nu este proprietarul lucrului, proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul dobândirii bunului de către vânzător. (art. 1683 NCC).

În cazul vânzării în rate, cumpărătorul dobândește dreptul de proprietate la data achitării ultimei rate din preț, chiar dacă lucrul a fost predat la încheierea contractului (art. 1684 și art. 1755 NCC). Și în acest caz se menține caracterul „automatic și abstract” al transferului proprietății.<sup>42</sup>

O situație aparte este cea a transferului proprietății sub condiție suspensivă. În lumina vechiului Cod civil, s-a arătat că riscul e suportat de cel care e proprietar la momentul respectiv. Cumpărătorul, care e proprietar sub condiție suspensivă, nu va mai putea să devină niciodată proprietar pur și simplu întrucât vânzarea își încetează de drept efectele, astfel că îndeplinirea ulterioară a condiției nu mai poate genera nimic, nici transfer de proprietate, nici transfer de riscuri.<sup>43</sup>

Este interesant de remarcat speța „Mecarex”, soluționată în Franța în anii 1970-1980. Curtea de Casație franceză a tranșat problema afirmând că vânzarea cu rezerva dreptului de proprietate este o vânzare sub condiție suspensivă și a pus riscurile la vânzător<sup>44</sup>. De altfel, și doctrina europeană contemporană reține că încheierea contractului sub o condiție suspensivă are drept efect întârzierea transferului riscurilor. În cazul în care contractul e încheiat sub o condiție rezolutorie, riscurile se transmit cumpărătorului de la momentul predării bunului.<sup>45</sup>

## 5. Concluzii

Există în continuare o corelație pozitivă între transferul dreptului de proprietate și transferul riscurilor. Deși legiuitorul statuează clar că momentul predării este cel la care se transferă riscul, indirect, transferul riscului depinde de transferul proprietății, care generează obligația de predare și, după cum vom vedea mai târziu, condiționează transmiterea riscurilor, în lipsa sa nefiind posibilă o translație a riscurilor.

Până la realizarea acordului de voință, vânzătorul este un simplu proprietar care suportă riscul pieirii propriului său bun. Dacă transmite dreptul de folosință a bunului (de exemplu prin încheierea unui contract de locațiune) nu înseamnă că transferă și riscul pieirii bunului.

Problematica riscului este delimitată de două momente, inițial, de transferului proprietății, moment la care se naște obligația de predare și momentul predării bunului, care marchează finalizarea transferului de riscuri.

Până la realizarea unui acord de voință și implicit al transferului dreptului de proprietate orice discuție despre riscuri este inutilă. Momentul transferului dreptului de proprietate marchează intrarea pe tărâmul sensibil al echității și naște controversa atribuirii acestuia în sarcina vânzătorului sau a cumpărătorului.

Existența acestui interval de timp în care problematica riscurilor prezintă interes este ilustrată și de posibilitatea transferului riscurilor înainte de momentul predării efective a bunului dacă cumpărătorul a fost pus în întârziere cu privire la obligația de preluare a bunului. Dar pentru ca translația să se producă e necesar ca în prealabil să fi operat transferul proprietății.

Un alt caz care reflectă faptul că, deși nu determină momentul transferului riscurilor, dreptul de proprietate condiționează acest transfer este cel al contractului afectat de un termen sau de o condiție suspensivă în care predarea se realizează, dar transferul proprietății este amânat. Dacă am exclude proprietatea din analiza riscurilor ar însemna că în acest caz predarea marchează transferul riscurilor. Cu toate acestea, jurisprudența și doctrina reține imposibilitatea transferului riscurilor, care va opera la momentul la care și dreptul de proprietate trece de la vânzător la cumpărător, având în vedere că predarea s-a realizat anterior.

Așadar, predarea marchează transferul riscurilor numai dacă se realizează ulterior translației proprietății.

Considerăm că paradigma în care trebuie să operăm este una mai abstractă, în care abandonăm discuția centrată pe vânzător, respectiv cumpărător și focalizăm asupra drepturilor și obligațiilor izvorâte din contract.

Din această perspectivă observăm că riscul pieirii bunului este indisolubil legat de dreptul de proprietate până la momentul încheierii contractului. Din acest moment, riscul se desprinde de dreptul de proprietate (care se transferă cumpărătorului) și se atașează obligației de predare (care incumbă vânzătorului), pentru ca la momentul executării obligației de predare să revină alături de dreptul de proprietate (aflat deja la cumpărător).



Caracterul accesoriu al riscului se păstrează pe tot parcursul acestui proces, doar că din accesoriu al dreptului de proprietate se transformă în accesoriu al obligației de predare (odată născută aceasta), pentru ca ulterior să redevină un accesoriu al dreptului de proprietate.

---

\* *Lector dr., Facultatea de Contabilitate și Informatică de Gestione, Academia de Studii Economice din București, Departamentul de Drept ; Arbitru la Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României; bazil.og Linda@yahoo.com.*

<sup>1</sup> D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vol I. Vânzarea și schimbul*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 328.

<sup>2</sup> V. Economu, *Noile teorii asupra riscurilor în vânzare în dreptul roman*, Tiparul Românesc, 1928 p. 39. *Apud.* G.A. Ilie, *loc.cit.*

<sup>3</sup> D. Chirică, *op. cit.*, p. 330.

<sup>4</sup> D. Chirică, *op. cit.*, p. 332.

<sup>5</sup> Art. 1138 C. civ. belgian; ENGLAND and SCOTLAND Sale of Goods Act s. 20(1); art. 1138 C. civ. francez; art.1465 C. civ. italian; art. 796 C. civ. portughez.

<sup>6</sup> Study Group on a European Civil Code și Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Draft Common Frame of Reference [DCFR] Full Edition*, vol. 1, Ed. Sellier,2009, p.1375.

<sup>7</sup> Art. 69(1) CISG; art. 1064 și 1051 C. civ. austriac; Denmark SGA § 17(1); art. 455 C. com. al Cehiei; Finland SGA § 13(1); art. 446 C. civ. german; art. 522 C. civ. al Greciei; art. 117(2) și 279(2) C. civ. al Ungariei; art. 7:10 C.civ. olandez; Norway SGA § 13(1); art. 548 C. civ. polonez.

<sup>8</sup> Art.133(1) C. civ. al Cehiei și art. 590 C. civ. al Slovaciei.

<sup>9</sup> DCFR, p.1376.

<sup>10</sup> Art. 1585-1586 C. civ. belgian; England and SCOTLAND Sale Of Goods Act s. 16; art. 1585 C. civ. francez; art. 1378 C. civ. italian.

<sup>11</sup> Art. 67(2) și 69(3) CISG; art. 458 C. com. al Cehiei; art. 7:10(1) C. civ. spaniol; art. 304 C. civ. al Ungariei.

<sup>12</sup> DCFR, p.1376.

<sup>13</sup> C. Zamșa, *Comentariul art. 1274*, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p.1334.

<sup>14</sup> L.Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, 20012, p. 325-326.

<sup>15</sup> C. Zamșa, *op.cit.*, p. 1335.

<sup>16</sup> G.A. Ilie, *Regula res perit domino în materie contractuală, între mit și realitate*, publicat în R.R.D.P. nr. 2/2011.

<sup>17</sup> Maria Lincero de la Fuente, *Los riesgos en el contrato de compraventa- La reforma del articulo 1452 del Codigo civil*, Fundacion Registral, 2007, p. 74.

<sup>18</sup> Aceeași direcție o urmează și proiectele de coduri europene. A se vedea art. 5.101 Draft Common Frame of Reference și art. 66-70 CISG.

<sup>19</sup> F. Moțiu, *Contractele speciale în Noul Cod Civil*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p.62.

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

<sup>21</sup> B. Oglindă, *Dreptul afacerilor. Teoria generală a contractului*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p.453.

<sup>22</sup> A se vedea în acest sens L. Pop, I. F. Popa, S. I. Vidu, *op. cit.*, p. 326.

<sup>23</sup> DCFR, p.1373.

- <sup>24</sup> L. Stănciulescu, *Drept civil. Contracte speciale. Succesiuni*, Ed. All Beck, București, 2002, p.316-317.
- <sup>25</sup> DCFR p.1374.
- <sup>26</sup> DCFR p.1380.
- <sup>27</sup> DCFR p.1381.
- <sup>28</sup> L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op.cit.*, p. 326.
- <sup>29</sup> V. Pătulea, *Transferul proprietății și al riscurilor în cazul contractului de vânzare-cumpărare*, în *Pandectele Române nr. 2/2010*.
- <sup>30</sup> C. Zamșa, *op. cit.*, 2012, p.1334.
- <sup>31</sup> L. Pop, *Discuții în legătură cu unele clarificări ale obligațiilor după obiectul lor*, în *Dreptul nr. 8/2005*, p.56-57.
- <sup>32</sup> D. Chirică, *Contracte speciale. Civile și comerciale, vol. I. Vânzarea și schimbul*, Ed. Rosetti, București, 2005, p. 74-75.
- <sup>33</sup> I. Turcu, *Vânzarea în Noul cod civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p.731; apud. L. Stănciulescu, *Curs de drept civil. Contracte*, Ed. Hamangiu, 2012, p. 148.
- <sup>34</sup> F. Moțiu, *op.cit.*, p.60.
- <sup>35</sup> *Ibidem*, p.61.
- <sup>36</sup> Conform regulii de interpretare logică exprimată prin adagiul „*actus interpretandus est potius ut valeat, quam ut pereat*”. A se vedea în acest sens: G. Boroj, C.A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p.47-48; B. Oglindă, *Dreptul afacerilor. Teoria generală a contractului*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p.41-42; O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept Civil. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, 2013, p.84.
- <sup>37</sup> L. Stănciulescu, *Curs de drept civil. Contracte*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 149.
- <sup>38</sup> D. Chirică, *op. cit.*, p. 332.
- <sup>39</sup> G.A. Ilie, *loc.cit.*
- <sup>40</sup> *Ibidem*.
- <sup>41</sup> L. Stănciulescu, *op.cit.*, p. 150.
- <sup>42</sup> *Ibidem*.
- <sup>43</sup> D. Chirică, *op. cit.*, p. 331.
- <sup>44</sup> G.A. Ilie, *loc.cit.*
- <sup>45</sup> DCFR p.1376-1377.

## **ARTICOLE**

### **UNELE ASPECTE PRIVIND DIVORȚUL ÎN DREPTUL ROMAN**

**Cristina POP\***

**Abstract: General considerations concerning divorce in Roman law.** Divorce was always a private act. It ended marriage and in the Republic and in earlier classic law the *paterfamilias* had the power to end by divorce the marriage of his child. Moreover, in the relaxed morality of the Empire, this act became common. During the Christian era, the Roman legal rules which restricted the right to divorce drew near the Christian religious and moral doctrines, but Roman law never precluded entirely the possibility of divorce. Even Justinian considered marriage only a human bond created by human affection, which, by this reason, was always dissolutive. Although the unjustifiable exercise of the right of dissolving a marriage was at different times visited with more or less punishment, yet the right was never denied.

**Keywords:** Roman law, Ancient Rome, classical law, Augustus, Christianity, Imperial legislation, Justinian, marriage, divorce

**Cuvinte cheie:** Drept roman, Roma veche, drept classic, Augustus, creștinism, legislație imperială, Iustinian, căsătorie, divorț

Pentru a ne face o idee completă asupra societății romane în întregul ei, nu putem omite să discutăm despre instituția căsătoriei și despre impactul în epocă asupra femeii a desfacerii acesteia, mai ales că femeia era considerată *caput et finis familiae suae*<sup>1</sup>. Doctrina referitoare la căsătorie dă dovadă, în dreptul roman, de o tehnică perfectă, pe care nu o regăsim și la alte popoare ale Antichității. Cu siguranță, studiul dreptului roman în această chestiune prezintă interes și pentru istoria generală a regimurilor matrimoniale<sup>2</sup>. Regulile romane în materie au fost sursă de inspirație atât pentru normele juridice ale Europei medievale, cât și pentru ale celei moderne. De exemplu, principiul roman al consensualismului<sup>3</sup> la încheierea căsătoriei a fost preluat în dreptul canonic medieval și a trecut și în legislațiile seculare moderne<sup>4</sup>. Este ușor de înțeles că într-un mediu în care celula familială era atât de solidă, căsătoria a fost un act deosebit de important. A detalia aspecte de natură juridică ale societății arhaice romane este aproape imposibil, informațiile fiind rare, indirecte și uneori chiar greu de crezut. Vom vedea însă că, odată cu apogeul Statului Roman, familia își va pierde din importanță, ajungându-se la demoralizarea în masă a societății, factor care va diminua dorința cetățenilor de a se căsători<sup>5</sup> și totodată va crește

numărul de divorțuri. După cum spunea Tacit- *non mos, non ius*. Chiar dacă exagerările picante din scrierile scandaloase nu pot fi luate cu totul în seamă, „eliberarea” de vechile cutume va duce la o proastă înțelegere a libertății, adică la libertinaj.

Prezentăm aici mai mult un plan de studiu și nu un studiu propriu-zis. Cadrul limitat al unui articol de revistă nu ne-ar îngădui toate dezvoltările pe care le comportă problematica. De asemenea, am redus pe cât posibil notele și trimiterile pentru a nu încărca textul de față cu un aparat de erudiție care ar face ca lectura să devină obositoare. Dar, așa cum îl prezentăm, formează schema unei lucrări căreia ne-am propus să îi dăm, în timp, o dezvoltare mai amplă. După cum vom vedea, din această schiță va rezulta și planul care se impune tratării acestui subiect.

Cuvântul *divortium*<sup>6</sup> semnifica pentru romani, în general, o separare, iar în sens juridic, desfacerea căsătoriei. Având ca sinonim termenul de *discidium*, deține în textele juridice diverse explicații etimologice: *divortium a diversitate mentium* (o nepotrivire a concepțiilor) sau *divortium dicitur qui in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium* (cei care desfac căsătoria merg amândoi pe alt drum). O căsătorie încheiată între doi cetățeni romani se desfăcea fie prin moartea unuia dintre soți<sup>7</sup>, fie prin divorț, atunci când ambii parteneri trăiau. Expresiile uzitate pentru a exprima ideea de divorț erau *nuncium remitere*, *divortium facere*, iar într-o variantă mai extinsă, *tuas res tibi habeto, tuas res tibi agito*<sup>8</sup>. La anumiți jurisconșulți se întâlnește și varianta *l fores, vade foras*<sup>9</sup>. Această instituție de drept privat<sup>10</sup> antrena desfacerea ambelor forme de căsătorie, așa cum le vom aminti mai jos, fiind diferită doar procedura formală a săvârșirii ei. Conform *Enciclopediei civilizației romane*<sup>11</sup> divorțul semnifica în dreptul roman desfacerea căsătoriei prin voința uneia sau a ambelor părți căsătorite. Inițial, divorțul a fost privit cu multă ostilitate, deoarece legea nu îngăduia ca familia, celula de bază a societății, să se poată desface cu ușurință. De aceea, cei care divorțau fără temei erau pedepsiți de către cenzor cu o observație (*nota censoria*<sup>12</sup>).

După războaiele punice și mai ales în Imperiu, odată cu accentuarea exploatării sclavagiste, cu afluența bogățiilor pe care Roma le aducea din provincii și cu accentuarea luxului păturilor bogate, contradicțiile sociale și decăderea morală s-au făcut din ce în ce mai simțite în clasele dominante. Relațiile lor de familie au devenit mai șubrede, opuse virtuților romane din epoca veche, iar divorțurile tot mai obișnuite la aceste clase<sup>13</sup>. Există autori care susțin că individualismul conexas cu egoismul în creștere sunt cauzele care au dezagregat antica familie patriarhală<sup>14</sup>. Deseori împărații au intervenit încercând să îngreuneze despărțirile fără temei, dar rezultatele au fost neînsemnate.

După cum se va putea observa, o parte dintre textele care ne ajută în elaborarea subiectului nostru nu aparțin juriștilor romani, însă ne sunt de folos în a evalua modul în care legile amintite mai sus au fost receptate în societatea respectivelor vremuri. Datele asupra relațiilor dintre soți se întâlnesc mai mult în mențiunile autorilor romani, din care deducem că instituția matrimonială a stat sub semnul evoluției sociale și mentale a poporului Cetății Eterne. Cu toate acestea, sursele juridice rămân de bază pentru redactarea articolului de față. Mai mult, marșând în sfera juridicului, problema femeii în vechea concepție legală prezintă tot atâta interes pentru cunoașterea trecutului, cât și sugestii pentru viitor, indiferent de zona geografică sau temporală în care ne situăm.

Regimul impus de *mores maiorum*<sup>15</sup> nu admitea divorțul pentru motive neîntemeiate, cum ar fi simple disensiuni între cei doi soți. Se cerea ca un motiv grav, care să aducă atingere prestigiului familiei și statutului soțului, să fie invocat pentru ca femeia să poată fi repudiată. Conform surselor jurisconsultilor, primul divorț<sup>16</sup> menționat în textele antice ar fi avut loc la Roma în anul 234 sau 231 î.Hr, când Spurius Carvilius Ruga și-a repudiat soția sterilă, pe motiv că din această cauză nu își putea respecta jurământul făcut censorului, de a se căsători pentru a avea copii. (De ce se căsătoreau romanii? Pentru a lua în căsătorie o zestre și a avea copii legitimi<sup>17</sup>.) Acest motiv neexistând printre cele pentru care se putea repudia soția, se pare că partea activă a încercat să eludeze obligativitatea restituirii dotei<sup>18</sup>, dar nu a rămas nedojenit de opinia publică (*reprehensio*) fiindcă “până și dorința de a avea copii nu ar fi trebuit să învingă o afecțiune trainică pentru soție”<sup>19</sup>. Un alt caz, întâlnit în aceeași perioadă istorică, cel al lui P. Sempronius Rufus, s-a bazat pe reaua purtare a soției, care a participat la jocurile ținute în arenă fără permisiunea soțului, fapt ce în acea perioadă era clasificat drept un comportament dezonorant<sup>20</sup>. Alții ca el au scăpat repede de orice blam de acest fel și, în cursul generațiilor următoare, romanii au început să se debaraseze de soțiile lor fără niciun motiv serios și fără ca nimeni să se indigneze sau să-i pedepsească: „de asta, pentru că ieșise cu fața descoperită, de aceea pentru că se oprise pe stradă să stea de vorbă cu o libertă de proastă reputație, de cealaltă, fiindcă se dusesse fără să i se fi dat voie la un spectacol de jocuri publice”<sup>21</sup>. Cicero consideră că divorțul a fost instituit cu mult înaintea celui amintit, ca fiind obiectul unui proces în fața instanței și atribuie formulele de repudiare conținutului Legii celor XII Table: *claves ademit, exegit* (soțul i-a cerut și i-a luat cheile)<sup>22</sup> sau *claves adimere, claves remittere*.

Motivul oficial invocat în cazul divorțului era dezacordul dintre soți (*dissensus*), care anula acordul inițial (*consensus*<sup>23</sup>), necesar la încheierea căsătoriei și prin care se înțelege instalarea femeii în locuința soțului<sup>24</sup>. Referitor la instituția căsătoriei, doi mari istorici spun că, în opinia lor, acest eveniment în viața romanilor reprezenta un act privat, un fapt care nu trebuie sancționat de nicio autoritate publică, fiind un act nescris, ci doar unul dotal.<sup>25</sup> Totuși, a stabili că soții erau căsătoriți legal îmbrăca o importanță capitală, căci căsătoria, instituție privată nescrisă, constituie o situație de fapt din care decurgeau efecte juridice<sup>26</sup>, după cum vom detalia în cele ce urmează. Este de subliniat însă că, atât în căsătoria legală, cât și în concubinaj, domnește monogamia, adică imposibilitatea de a avea deodată două legături conjugale cu două persoane diferite. Din acest motiv monogamia și cuplul nu sunt sinonime<sup>27</sup>, chiar dacă cea dintâi se materializa într-unul dintre principiile de bază ale căsătoriei romane (*nuptiae* sau *matrimonium*).

Un citat al lui Plutarh<sup>28</sup> spune că soțul era la începuturi singurul care avea puterea de decizie asupra desfacerii căsătoriei, fiind un drept înscris în puterea investită asupra soției; se pare că bărbatul era obligat însă ca anterior acestui fapt să ceară consimțământul tribunalului domestic (*iudicium domesticum*)<sup>29</sup>. Încă din sec. VI î. Hr. avem mențiuni referitoare la această formă de judecată când, în acord cu opinia publică, s-a admis ca motiv de despărțire și sterilitatea femeii<sup>30</sup>, iar conform unei legi atribuite lui Romulus, femeia părăsită prin această modalitate avea dreptul la o parte din bunurile soțului<sup>31</sup>. Această lege, așa cum susține Eduard Cuq, a dorit să asigure femeii minimele mijloace de existență, ca urmare a încetării căsătoriei. Chiar până în sec. III î.Hr.” după cum vedem și în exemplele ce ni le-a păstrat tradiția, divorțul înaintat de către soț rămânea subordonat, în fapt, unei greșeli a femeii, judecată și condamnată într-un consiliu ținut de familia

soțului.<sup>32</sup> După obținerea avizului, bărbatul îi transmitea femeii, următoarea notificare: *tuas res habeto* ! Cele XII Table ne-au transmis un fragment din formula acestei condamnări colective, care permitea soțului să ceară soției cheile casei unde aceasta fusese stăpână, fără drept de apel din partea ei<sup>33</sup>. În timp, societatea a atribuit unui arbitru darea soluției în cazul acestor spețe, scoțând astfel din peisaj soțul sau capul familiei soțului, care anterior aveau calitatea de judecători pentru astfel de situații (*arbitrium rei uxoriae*<sup>34</sup>). Se pare că această sentință a arbitrului nu avea decât o valoare morală pentru cei doi soți<sup>35</sup>; pentru a da soluției în cauză o haină juridică, părțile aveau dreptul să solicite pretorului, printr-o acțiune pretoriană, investirea arbitrului cu puterea unui judecător.

*Arbitrium rei uxoriae* a deținut la început rolul de a asigura femeii părăsite de către soț, prin repudiere, minimul mijloacelor de existență, fiind inutilă în situația în care căsătoria înceta prin decesul bărbatului. În ceea ce privește reglementarea raporturilor pecuniare între foștii soți, se pare că această acțiune prezenta două mari lipsuri<sup>36</sup>.

În primul rând, atâta timp cât repudierea era cauzată de o faptă culpabilă a femeii, nu înțelegem de ce soțul este obligat să aștepte începerea procesului până când soția vinovată va face demersurile în vederea alegerii unui arbitru; este de la sine înțeles că aceasta va tergiversa momentul respectiv cu scopul de a îngreuna probatoriul soțului. Odată cu apariția pretorului s-a creat *judicium de moribus mulieris*<sup>37</sup>, o acțiune cu caracter penal care se activa în cazurile de pasivitate ale femeii<sup>38</sup>. Grație acestei acțiuni, soțul putea obține fără întârziere o sentință prin care se statua vinovăția femeii și totodată o condamnare a acesteia care putea ajunge la o priva pe femeie de întreaga dotă și a-i face un renume prost în societate<sup>39</sup>.

În al doilea rând, presupunând că ne aflăm în situația în care femeia avea certitudinea că va fi repudiată, putea sustrage anumite bunuri ale soțului, fără ca această acțiune a ei să fie considerată furt, ci ca o tentativă de a face dreptate fără a apela la decizia unui arbitru. Odată soții ajunși aici, aveau două posibilități: ori femeia se prezenta în fața arbitrului, iar acesta din urmă îi îngăduia bărbatului să-și reia bunurile numai dacă o despăgubea pe soție cu o sumă egală cu contravaloarea lor<sup>40</sup> ori, dacă soția refuza această cale de soluționare a conflictului, bărbatul era în imposibilitate de a acționa în vreun fel pentru a-și recupera bunurile; în această situație pretorul a intervenit încă o dată prin acțiunea *rerum amotarum* care avea scopul de a o obliga pe femeie să returneze fostului soț valoarea bunurilor sustrate de la el- cu o singură condiție: aceea ca bărbatul să depună jurământ că nu se folosește de acțiune pentru a o jigni pe femeie<sup>41</sup>.

În cazul căsătoriei *cum manu*<sup>42</sup> (pentru acest tip de căsătorie se folosea și expresia *manus maritalis*, ce presupunea un raport de putere absolută a bărbatului asupra femeii, care odată intrată în *familia* acestuia avea printre obligații și nașterea de urmași soțului ei; din acest motiv, căsătoria a fost denumită și *seminarium reipublicae*<sup>43</sup>) se consideră că soția nu putea înainta divorțul fără consimțământul soțului ei<sup>44</sup>, însă în Gaius citim că o femeie căsătorită *cum manu* nu era împiedicată să divorțeze din propria inițiativă<sup>45</sup>. Se cunoaște cazul unei femei care, având nevoie de bani, s-a împrumutat de la soțul ei, iar acesta a consimțit să o împrumute cu condiția ca ea să se angajeze că nu va divorța<sup>46</sup>. Tot în Gaius întâlnim și modalitatea prin care o femeie putea renunța la a deveni soția unui bărbat prin ceea ce romanii numeau *usus*, dacă aceasta absentă trei zile și trei nopți din căminul conjugal<sup>47</sup>. Cu toate acestea, un pasaj din Dionysius, ne informează că un mariaj încheiat prin *confarreatio* nu putea fi desfăcut prin divorț<sup>48</sup>.

Referitor la căsătoriile încheiate prin *confarreatio* și prin *coemptio*<sup>49</sup>, se cunoaște că acestea se desfășeau prin ceremonii solemne numite *diffarreatio*, respectiv *remancipatio*<sup>50</sup>. Pentru această ultimă formă de desfacere a căsătoriei erau necesari doi martori în plus spre deosebire de orice altă categorie de *remancipatio*, a căror prezență pare a fi susținută de *mancipio accipiens et libipens*<sup>51</sup>. Festus ne informează că *diffarreatio* era un ceremonial religios, așa numit *qui fiebat farreo libo adhibito*, prin care înceta căsătoria. Plutarh a atribuit aceeșă modalitate de divorț pentru un *flamen dialis* și soția sa<sup>52</sup>, chiar dacă în conformitate cu legile romane, uniunea matrimonială în cauză era indisolubilă. O astfel de uniune se desfășea arareori prin divorț, deoarece în epoca mariajelor *cum manu*<sup>53</sup> divorțul presupunea un sacrilegiu, femeia fiind integrată în familia soțului ei ca o *filiae loco*<sup>54</sup>; astfel că, moartea sau în cazurile extreme, căderea în prizonierat, erau cele care duceau la desfacerea căsătoriei<sup>55</sup>. Este perioada când austeritatea moravurilor asigură căsătoriei un prestigiu pe care nu l-a avut niciodată mai târziu, când soția este văzută ca fiică a soțului<sup>56</sup>. Legat de această caracteristică a uniunii matrimoniale, Jerome Carcopino afirmă contrariul: "Niciodată căsătoria romană nu a fost indisolubilă, nici chiar în timpurile legendare, la care Roma clasică se întorcea bucurată cu gândul să descopere în ele o imagine a sa mai aproape de idealul ce și-l forma acum despre ea însăși, dar de care realitatea o îndepărta cu fiecare zi mai mult."<sup>57</sup>

Făcând o paranteză, în timp ce termenul *potestas* este folosit pentru a descrie puterea discreționară pe care *pater familias* o are asupra descendenților și sclavilor, cuvântul *manus* se referă la mâna care ghidează, susține și protejează femeia, astfel că ea se poate simți în siguranță în brațele soțului său. Chiar dacă această formă de dependență a dus la asimilarea femeii ca membru de familie, *filiae loco*<sup>58</sup>, prestigiul pe care îl căpătase soția, respectiv mama în familie nu ne permite să vorbim în acest raport familial despre o putere autocrată și absolută a lui *patria potestas*<sup>59</sup>.

Comparând cu prima perioadă istorică și juridică pe care a cunoscut-o Roma, dispozițiile legilor promulgate în timpul Regalității, legi care au la bază sancțiuni cu tentă religioasă, și-au pierdut eficacitatea odată cu formarea Republicii, având în vedere că pontifii nu au mai avut capacitatea de a le asigura punerea în aplicare. Astfel, mai târziu, când afluența bogățiilor și a străinilor la Roma a imprimat vieții un ritm mai accelerat, independența soților unul față de altul a fost printre consecințe, instituția căsătoriei dezvoltându-se așa cum vom descrie în continuare.

În orice caz, romanii nu au avut niciodată intenția să transforme căsătoria într-o instituție de drept, fiind chiar străină de *ius Quiritium*<sup>60</sup>. Din contră, ei s-au limitat în a găsi în mariaj doar aspecte sociale, care necesitau anumite reglementări juridice. Aceste reglementări nu sunt deloc exhaustive, ci denotă tendința de a asimila căsătoria unui contract consensual<sup>61</sup>. Cu toate acestea, jurisperșii romani nu vorbesc nici de contract, nici de un schimb de consimțăminte cu privire la această uniune dintre bărbat și femeie. Ei se bazează pe *affectio maritalis*, adică pe voința durabilă a celor doi de a conviețui ca soț și soție, cu scopul de a crea o uniune conjugală, făcând astfel deosebirea de legăturile pasagere și extraconjugale<sup>62</sup>. Din contră, Jean Gaudemet susține că romanii considerau căsătoria ca formându-se prin acordul consimțămintelor viitorilor soți, precizând totodată că această remarcă este foarte importantă pe planul relațiilor patrimoniale: astfel, donațiile sunt interzise între soți, ele fiind acceptate între simpli logodnici<sup>63</sup>.

După cum vom vedea, renunțându-se treptat la sistemul lui *ius civile vetus*, s-a ajuns ca instituția căsătoriei să devină creatoare de putere (*potestas*) doar în ceea ce îi privește pe descendenți, nu însă și pe soție. Așadar, spre deosebire de uniunea *cum manu*, în căsătoria *sine manu*<sup>64</sup>, componentele esențiale ale acesteia erau consimțământul viitorilor soți și sentimentele de afecțiune (*adfinitas*) ce îi legau pe cei doi. Nu vorbim astfel despre un raport juridic, ci despre un act negociat, bilateral și având caracter continuu (*manente matrimonio*)<sup>65</sup>. Se considera că acest tip de afecțiune (*consensus facit nuptias*) era necesar să perpetueze pe întreaga perioadă a mariajului (*consensus perseverans*)<sup>66</sup>, în caz contrar acesta încheindu-se<sup>67</sup>. Căsătoria este bazată pe afecțiunea reciprocă, pe comunitatea de existență și are drept consecință coordonarea eforturilor soților către aceleași scopuri<sup>68</sup>. Așadar, căsătoria *sine manu* era mult mai fragilă din punct de vedere al disoluției ei, putând fi desfăcută fie din vrerea soției, fie din cea a tatălui sau a tutorelui, care o readuceau acasă<sup>69</sup>, deseori în pofida voinței ei<sup>70</sup>. Despre soții care locuiau separat, dar continuau să se considere parteneri ai unui mariaj, Ulpian spune că orice act săvârșit între cei doi nu producea efecte juridice (*quasi duraverint nuptiae*), fiindcă baza căsătoriei era *affectio maritalis*<sup>71</sup>. Nu era necesar ca această disoluție să fie întărită printr-un act juridic sau printr-o declarație publică<sup>72</sup>. Totuși, ca noutate, nici *filiifamilias* și nici femeile *sui iuris* nu erau obligați, înainte de a face acest pas, să ceară consimțământul celui sub a cărui putere se aflau<sup>73</sup>. În contextul mariajelor încheiate *sine manu*, modalitățile formaliste de divorț erau mai puțin cerute, iar acest fapt își are temelia tocmai pe modul natural în care se încheia mariajul<sup>74</sup>. Cu toate acestea, se solicita o notificare sau o declarație în fața martorilor care să constate actul divorțului, fără a fi vorba despre o condiție *ad validitatem*. Nu era suficient ca unul dintre soți să se recăsătorească pentru a vorbi despre un divorț recunoscut de către *ius civile*<sup>75</sup>. Ceremonialul spargerii acelor *nuptiales tabulae* sau cel al depozitării femeii de cheile casei și închiderea ușilor în urma ei erau considerate acte suficient de semnificative pentru a reprezenta dorința de divorț a celor doi soți. Practica generală era aceea de a trimite celeilalte părți o notificare scrisă (*nuntium mittere*) prin care se invoca, dar nu obligatoriu, și motivul divorțului. Ținând seama de contextul istoric și social la care ne raportăm, a impune cu strictețe o anumită formă pentru disoluția căsătoriei ar fi fost o utopie. Astfel, exemplele prezentate mai sus reprezintă doar mijloace prin care se dovedea divorțul, nu forme care odată neîndeplinite ar fi dus la nulitatea procedurii<sup>76</sup>.

Așa cum am rezumat și în partea introductivă, jurisconsultul Paul ne informează că un mariaj se desfăcea prin divorț, prin moartea uneia dintre părți sau prin luarea în captivitate a unuia dintre parteneri (în ultima situație se include și pierderea libertății prin transformarea acestuia în sclav)<sup>77</sup>. Nu vom insista asupra disoluției căsătoriei prin moarte, dar accentuăm faptul că la Paul captivitatea nu era echivalentă cu stingerea căsătoriei prin divorț. Rațiunea pentru care în cazul captivității nu se vorbește despre divorț este aceea că între cei doi soți nu mai exista *conubium*, prin pierderea cetățeniei celui captiv și, evident, prin nominalizarea acestuia în rândul sclavilor. Paul asimilează cazul căderii în prizonierat cu cel al dobândirii condiției de sclav, fiindcă un sclav nu deținea *ius conubii*. Cu toate acestea, majoritatea femeilor alegeau să se considere ca fiind încă parte a respectivului mariaj și, cu toate că rămâneau în căminul conjugal, legea nu mai considera căsătoria ca fiind valabilă<sup>78</sup>. *Ius postliminii* nu îi acorda bărbatului reîntors dreptul de a-și relua căsătoria, cu excepția situației în care și femeia dorea acest lucru. Pomponius consideră că "un soț nu își recapătă drepturile asupra soției prin efectul *postlimini*-ului, însă un tată asupra



fostului fiu captiv, da. Căsătoria poate fi reluată doar prin consimțământul celor doi parteneri.”<sup>79</sup> În Digeste 49.15.8 Paul adaugă faptul că o femeie care nu dorește să reia căsătoria, chiar dacă nu are niciun motiv întemeiat în acest sens, va fi supusă amenzilor aferente divorțului<sup>80</sup>.

În ultima parte a Republicii, iar apoi în Imperiu, divorțul a devenit o obișnuință pentru cetățenii romani<sup>81</sup>, mai ales că forma *cum manu* a căsătoriei nu a mai fost folosită. Acesta este suportul pe care se bazează *ius novum* atunci când va renunța la ideea de *consensus perseverans* și se va limita la a da valoare determinantă, chiar și sub aspect probatoriu, doar consimțământului inițial (*mens coeuntium*) al viitorilor soți (*consortium omnis vitae*). Din acest moment putem vorbi despre căsătorie ca despre legătura celor doi ca un raport juridic care ia naștere între bărbat și femeie<sup>82</sup>. Cicero amintește și el despre o anumită Paula Valeria, care își aștepta soțul plecat în provincie cu o notificare de divorț<sup>83</sup>, nemotivată însă. Chiar Cicero însuși a divorțat de soția lui, Marcia, ca prietenul său, Hortensius, să se poată căsători cu această și să aibă urmași. Din nou, alt exemplu este Cato din Utica, cel ce își împrumută soția unui prieten și se recăsătorește cu ea, după ce aceasta obține o moștenire însemnată de pe urma celui de-al doilea soț. Sulla, la bătrânețe, se însurase a cincea oară cu o tânără divorțată, Valeria, sora vitregă a oratorului Hortensius. Pompei, care era de două ori văduv, de Aemilia și de Iulia, divorțase apoi de două ori: de Antistia ca să capete favoarea pretorului de care depindea intrarea în posesia imensei averi paterne, dar ale cărei relații erau să-i pună piedici în cariera lui politică și de Muncia, a cărei conduită lăsase de dorit în timpul îndelungatei lui absențe, datorată campaniilor de dincolo de mare<sup>84</sup>. Rămânând văduv de Cornelia, Caesar a repudiat-o pe Pompeia, luată în căsătorie după moartea fiicei ei Cinna, pentru simplul motiv că, deși nevinovată, soția lui Caesar nu trebuie să fie nici măcar bănuită. Iar, fără niciun fel de rușine, Cicero, ajuns la 57 de ani, n-a ezitat nicio clipă să divorțeze de Terentia, mama copiilor săi, după treizeci de ani de viață în comun, ca să se însoare cu tânăra și bogata Publilia. Terentia, de altfel, se pare că a suportat destul de ușor această dizgrație, întrucât s-a mai căsătorit de două ori: mai întâi cu Sallustius, apoi cu Messala Corvinus și a murit la vârsta de peste 100 de ani<sup>85</sup>. Acceptarea unor asemenea gesturi de către comunitate reprezintă o incontestabilă schimbare a mentalității romane tradiționale.

Regula juridică era că, dacă soțul este cel care divorțează de soția lui, trebuia să îi restituie acesteia zestrea dăruită cu ocazia încheierii căsătoriei<sup>86</sup>, cu excepția anumitor deducții<sup>87</sup>. Din acest motiv, fiind bine sfătuiți, proaspeții soți obișnuiau să păstreze separat întreaga dotă primită. Astfel că, în caz de disoluție a mariajului, aceștia să își poată onora obligația. Aceeași consecință exista și în cazul în care divorțul avea loc prin consimțământul ambilor soți. Existau cazuri în care soția aducea cu ocazia nunții o zestre consistentă ca valoare, fapt ce constituia un impediment pentru intentarea divorțului de către soț. Acesta considera că returnarea întregii dote se asemena cu o amendă foarte ridicată pe care ar trebui să o plătească celei de care dorește să se despartă. Dacă teama de a pierde o zestre trebuie să-l îndemne pe soț să păstreze femeia luată din dorința de a-i obține zestrea, nimic bun nu putea să iasă din niște sentimente atât de meschine. Această formă de avariție prelungea subjugarea soțului de către soția bogată<sup>88</sup>. Cu cât zestrea era mai valoroasă, cu atât femeia deținea mai multă putere financiară în familie<sup>89</sup>. Așadar, femeia este un copil mare de care trebuie să ții seama din pricina zestrei și a nobilului său părinte. În situația în care femeia sau, după caz, tatăl acesteia, erau cei care doreau separarea prin divorț, soțul avea dreptul să păstreze o șesime din valoarea zestrei pentru fiecare copil mai mare

de trei ani. Adulterul<sup>90</sup> soției era pedepsit cu reținerea de către soț a unei șesimi din zestrea femeii<sup>91</sup>. “Dacă soția îl înșală, acesta nu este un fapt ridicol, ci o nenorocire, la fel de mare ca și când fiica ar rămâne gravidă sau unul din sclavi s-ar răzvrăti. Dacă soția îl înșală, i se va reproșa soțului lipsa de vigilență sau de fermitate și va fi învinuit că, din slăbiciune, a lăsat adulterul să înflorească în cetate.”<sup>92</sup> După unii autori, se pare că în perioada de început a Republicii, fapta adulterului era tăinuită și cunoscută doar de către membrii respectivei familii<sup>93</sup>. În concluzie, avem de-a face în acest domeniu și această perioadă istorică cu anumite uzanțe familiale, poate moștenite pe linie gentilică, dar nu de o un veritabil drept al bărbatului recunoscut de către cetate.

Cu privire la problematica încuviințării descendenților în caz de divorț, aceștia, aflându-se sub *potestas*, femeii nu îi era îngăduit să solicite custodia lor. Un tată putea să îi interzică fostei soții să își mai vadă copiii vreodată. Puse în această conjunctură, multe femei erau obligate să trăiască toată viața o căsnicie nefericită. În cazul în care separarea soților avea un caracter amiabil, cei doi puteau stabili anumite reguli referitoare la viitorul copiilor, în special al celor cu vârsta fragedă. De exemplu, cei din urmă puteau rămâne cu mama lor, dar dacă tatăl dorea îi putea separa oricând de aceasta. Oricum, chiar dacă descendenții ar fi rămas la mamă sau în îngrijirea tatălui, bărbatul era ținut ca responsabil pentru bunăstarea lor financiară<sup>94</sup>. Pe de altă parte, în multe împrejurări, femeile își dădeau seama că sunt însărcinate, doar după ce divorțau. Neexistând la acea vreme posibilitatea testelor ADN, romanii se vedeau nevoiți să folosească metoda calendarului pentru a se cunoaște paternitatea viitorului copil. Astfel că, o femeie aflată în ipostaza prezentată mai sus, era obligată să anunțe sarcina în maxim 30 de zile de la data divorțului, urmând să fie vizitată de un grup de martori trimiși de către fostul soț, în ideea de a verifica starea viitoareii mame<sup>95</sup>. Având în vedere poziția mai puțin privilegiată a femeii în societatea romană, în cazul unui proces cu un astfel de obiect, de multe ori, femeia era considerată asemeni unui simplu cerșetor care dorește să își legitimeze copilul. Spre deosebire de femeia divorțată, văduva avea alt statut juridic: nu se putea căsători timp de 10 luni, mai apoi un an, de la moartea soțului ei. Acest termen își găsește rațiunea în necesitatea de a se evita incertitudinea asupra paternității copilului care s-ar naște în acest interval<sup>96</sup>.

Pentru a încuraja procrearea, la finele Republicii, apare ideea acordării unor privilegii cetățenilor cu mulți copii (*fecunditatis privilegium*). Diminuarea natalității a început să îi preocupe pe oamenii politici, astfel că Iulius Caesar propune în anul 58 î. Hr. să se atribuie terenuri fertile cetățenilor care aveau câte trei sau mai mulți copii. Tot între măsurile lui Caesar trebuie menționată stipularea că, magistratul care are cei mai mulți copii, să-și aleagă provincia dorită, fără a mai participa la tragerea la sorți. Despre discursul cenzorului Quintus Caecilius Metellus Macedonicus<sup>97</sup> cu privire la obligația legală a bărbaților de a se căsători și de a avea copii<sup>98</sup>, Livius spune în adunarea Senatului, în anul 17 î. Hr., că acesta se potrivește și timpurilor în care el era contemporan. Livius invocă acest text în ideea de a promova legile cărora le era și el adept, încurajând astfel căsătoria și nașterea de copii. Așadar, textul căruia Livius i-a dat citire în Senatul roman, a fost: “Dacă am putea supraviețui fără o soție, cetățeni ai Romei, cu toții am prefera lipsa acestei surse de necazuri; dar, de vreme ce natura a decis ca noi să nu putem trăi confortabil fără ele sau să supraviețuim în vreun fel fără soții, trebuie să ne gândim la perpetuarea noastră, mai mult decât la plăcerile temporare ale vieții.”<sup>99</sup>

Prima perioadă a Imperiului a adus o epidemie de divorțuri, a căror inițiativă provenea mai mult din partea femeilor și, în ciuda legilor lui Augustus sau poate tocmai din cauza lor, molima tinde să devină endemică. Această practică se succedea atât de mult în viața unor cetățene romane, încât devenise o modalitate de a practica în mod legal adulterul<sup>100</sup>. Despre o femeie care divorțase de zece ori, Marțial spunea: “Acea care se căsătorește de atâtea ori, nu se căsătorește: după lege, ea este o adulterină.”<sup>101</sup> De la Juvenal aflăm că, pentru a nu se ajunge la divorț, cei doi soți puteau conveni să-și acorde reciproc o deplină libertate de acțiune pe durata căsniciei<sup>102</sup>. Nici exemplul căsnicilor imperiale nu a fost unul fericit, pentru că atât Augustus, cât și urmașii săi au divorțat de câteva ori. De aceea, în secolele următoare, căsniile exemplare ale lui Traian și Plotina, Hadrian și Sabina, Antonius Pius și Faustina, nu au mai putut schimba niște deprinderi devenite curente. Și divorțul era atât de frecvent, încât adesea, soția și zestrea acesteia era adusă înapoi la primul ei soț<sup>103</sup>. Blocul model din timpurile eroice ale Republicii s-a dezagregat din toate părțile. Odiñoară, femeia era supusă cu strictete autorității soțului și stăpânului ei, în timp ce perioada despre care discutăm aduce în scenă o femeie care face concurență soțului ei sau chiar îl domină. Odată, aceasta se mândrea cu fecunditatea ei, iar acum se teme de ea. Era fidelă, iar acum e nestatornică și depravată<sup>104</sup>.

Vom parcurge în continuare cele mai importante prevederi legale referitoare la instituția divorțului, începând cu perioada lui Octavian Augustus și încheind cu Iustinian. Totodată amintim că în veacul I î. Hr. se cerea ca un roman să se privească pe sine ca pe un cetățean ce și-a îndeplinit toate îndatoririle civice (a te căsători constituie una dintre îndatoririle cetățeanului), iar un secol mai târziu, se cere ca el să se considere un soț bun și să-și respecte oficial soția (cine își propune să fie un om bun și integru, nu face dragoste decât pentru a zămisli copii)<sup>105</sup>. Vedem cum, în vechea morală civică soția era doar un instrument al meseriei de cetățean, în timp ce în noua morală, femeia devine tovarășa soțului său. Această ultimă viziune asupra condiției cetățeanului roman a fost introdusă de stoicism, care propovăduia o nouă etică a cuplului, prefăcând instituția matrimonială în ceva mai dur: soții vor trebui să-și controleze până și gestul cel mai neînsemnat, iar înainte de a-și îndeplini o dorință, să-i dovedească raționalitatea. Plutarh, filozof platonician, va avea grijă să se distanțeze de stoicism, făcând teoria dragostei conjugale privită ca formă superioară a prieteniei. Senatorul Pliniu, neapartenând niciunui curent filozofic, scrie că a te recăsători este lăudabil, chiar dacă vârsta dintre soți nu face ca procrearea să-i fie scopul, căci adevăratul țel al căsniciei este prietenia, ajutorul pe care soții și-l dau unul celuilalt. Alt neutru, senatorul Tacit, admite, contrar tradiției republicane, că o femeie îl poate însoți pe bărbatul ei atunci când el se duce să guverneze o provincie: soția se află acolo pentru a-i aduce soțului alinare morală, iar prezența ei, departe de a-l moleși, îl îmbărbătează pe oștean<sup>106</sup>.

Revenind la chestiunile juridice, continuăm prin a preciza că în anul 18 î. Hr., împăratul Augustus și-a îndreptat atenția către problemele sociale ale Romei, unde, așa cum a am văzut în paragrafele anterioare, extravaganța, luxul și adulterul luaseră proporții. În rândul cetățenilor bogați numărul căsătoriilor scăzuse, iar dintre cuplurile căsătorite multe ajungeau la divorț din cauza lipsei de urmași. Augustus, care a dorit atât să restabilească ordinea morală în societate (*mores*), cât și să mărească numărul căsătoriilor cetățenilor romani din clasele bogate a stabilit anumite legi<sup>107</sup>, dintre care un rol foarte important îl are *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 î. Hr.) care să încurajeze căsătoriile și totodată nașterea de urmași<sup>108</sup>, prevăzând clauze care au stabilit

adulterului un caracter delictual<sup>109</sup>. Prin *Lex Iulia de Adulteriis*<sup>110</sup> s-a hotărât că, pentru îndeplinirea procedurii divorțului sunt necesari șapte martori, cetățeni romani cu deplină capacitate de exercițiu, în apărarea soțului căruia i s-a cerut divorțul<sup>111</sup>, iar pentru partea care a invocat divorțul se permitea ca martor, un libert<sup>112</sup>. Totodată se admitea soției să-și revendice bunurile printr-o acțiune în instanță. Prin acestea Augustus apăra zestrea femeii și implicit, șansele ei la o nouă căsătorie, însă nu modifica structura lui *matrimonium iustum*. În altă ordine de idei, această lege a fost cea mai dură din istoria dreptului penal prin severitatea cu care era pedepsit adulterul femeii<sup>113</sup>. Mai mult, *Lex Iulia de Adulteriis* este complementară cu *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, încercând să-i determine pe cetățeni să se căsătorească, prin încheierea unor uniuni mai stabile, mai roditoare, mai oneste în ceea ce privește sentimentele soților unul față de altul, în consonanță cu caracterul sacru (*sanctita*) al instituției. Proiectul acestui împărat, proiect care vizează în principal instituția căsătoriei, face parte din marea sa reformă prin care a dorit să restabilească societatea tot mai dezorientată de criza internă și externă.

În ceea ce privește adulterul, este cunoscut din cărțile istoricilor romani că acest fapt era la ordinea zilei în societatea romană, însă ceea ce nu se știe cu precizie sunt prevederile legale exacte, pedepsele și modalitățile de divorț în aceste cazuri, pentru fiecare epocă istorică sau regiune a Statului Roman, în parte. În schimb, avem dovezi atât juridice, cât și istorice, că bărbatul nu a suferit niciodată pedepsele care erau aplicate femeii surprinse în adulter<sup>114</sup>. Se pare că numai *pater familias* era îndrituit să se îndrepte împotriva acestuia cu o acțiune de injurie, urmând ca pedeapsă pentru adulterin o *nota censoria*<sup>115</sup>.

Pentru perioada lui Augustus, legea care încadrează adulterul în categoria delictelor<sup>116</sup> prevede ca pedeapsă exilul și confiscarea întregii averi. Taților le era permis să își ucidă fiicele<sup>117</sup> și, odată cu acestea, pe partenerii lor cu care îi surprindeau săvârșind acest delict. Soții care își descopereau soțiile în adulter aveau dreptul să îi ucidă pe partenerii lor și erau obligați să divorțeze de femeie<sup>118</sup>. Aceste dispoziții luate de către Augustus îi determină pe unii autori să spună ca legislația emisă în perioada lui a fost una complexă, care a transformat complet dreptul roman al familiei<sup>119</sup>. Impunând caracter public pentru denunțarea acestui delict, Octavian Augustus nu a încercat să apere doar cadrul familial, ci și să pedepsească o faptă săvârșită împotriva bunelor moravuri, protejând astfel întreaga societate.

Din Sentințele<sup>120</sup> lui Paul reies următoarele concluzii referitoare la consecințele adulterului în timpul lui Augustus:

- în ceea ce privește adulterul, în capitolul al doilea al Legii Iulia se prevede că, atât un tată adoptiv, cât și unul natural, poate ucide cu propriile sale mâini atât pe fiica sa, cât și pe adulterinul prins în fapt cu ea, în propria casă sau a fiului adoptat, indiferent ce rang ar avea cel dintâi;<sup>121</sup>
- dacă un fiu aflat sub putere, care este tată la rândul său, își surprinde fiica săvârșind adulter, cu toate că lui nu îi este permis prin lege să o ucidă<sup>122</sup>, ar trebui să i se permită acest lucru;
- în capitolul cinci al Legii Iulia se prevede că este permis să ții captiv timp de 20 de ore un adulterin prins asupra faptului, chemând ca martori vecinii;

- un soț nu poate ucide pe oricine săvârșește adulter cu soția sa, cu excepția persoanelor infame și a celor care își vând corpul pentru câștig bănesc, cum ar fi sclavii; soția nu poate fi ucisă;
- s-a decis, totuși, că un soț care își ucide soția adulterină să nu fie pedepsit atât de grav, deoarece el a comis această crimă sub efectul unor emoții puternice;
- după ce l-a ucis pe partenerul adulterin al soției sale, bărbatul trebuie să divorțeze de aceasta, declarând în public, în termen de trei zile de la comiterea faptei, delictul comis de către femeie;
- soțul care își surprinde soția săvârșind adulter, îl poate ucide pe partenerul acesteia numai dacă fapta este consumată în casa conjugală;
- dacă soțul care a surprins-o pe soția sa comițând adulter nu o alungă pe aceasta din căminul conjugal, bărbatul riscă să fie învinuit de proxenitism<sup>123</sup>;
- odată cu soția adulterină puteau fi condamnați maxim doi bărbați ca parteneri ai acesteia, însă un număr mai mare de doi nu era acceptat;
- nu erau subiect al adulterului femeile care dețineau o afacere <sup>124</sup>;
- oricine întreține relații sexuale cu un bărbat liber fără consimțământul acestuia, va fi pedepsit cu moartea;
- femeile acuzate de adulter sunt pedepsite cu pierderea a jumătate din zestre, a o treime din bunurile lor și prin exilarea pe o insulă <sup>125</sup>; partenerul cu care femeia a fost surprinsă își va pierde jumătate din avere și va fi exilat de asemenea, dar pe o altă insulă;
- s-a hotărât ca, în cazul incestului, bărbatul să fie exilat pe o insulă, iar asupra femeii să nu se răsfrângă nicio pedeapsă;
- relațiile sexuale cu femeile sclave nu sunt încadrate ca injurie, doar dacă se aducea o deteriorare a acestora sau se încerca, prin intermediul lor, un atentat la adresa stăpânului;
- în cazul adulterului nu se putea obține o amânare a procesului.

Pentru a trage o concluzie cu caracter general, ne vine în ajutor textul din Digeste 48.5.44 unde se specifică faptul că, dacă un bărbat nu respecta toate formalitățile necesare la divorțului în caz de adulter- *si ex lege repudium missum non sit*, femeia se considera a fi în continuare căsătorită- *ex idcirco mulier adhuc nupta esse videatur*. Același termen îl întâlnim și în Digeste 24.1.35 – *cum non videatur solutum matrimonium*. Se pare că cele două fraze au o finalitate comună, una de natură socială, și anume aceea de transparentă în relațiile dintre cetățeni, evitându-se astfel divorțuri care ar avea la bază un adulter fictiv sau numai dorința bărbatului de a rupe căsnicia în care se angajase. Totodată, primul text de lege vine în salvagardarea vechilor norme morale și tradiții romane atunci când menționează că divorțul va fi recunoscut doar dacă s-au respectat anumite formalități.

În ceea ce privește acțiunile ce puteau fi intentate în baza *Lex Iulia de Adulteriis* sunt indicate de către jurisconșulți<sup>126</sup> următoarele: *accusatio iure extraneii*, care putea fi folosită atât în caz de adulter, cât și în caz de *stuprum* și *accusatio iure mariti* care era acceptată doar împotriva unei femei aflate într-o *iustae nuptiae*<sup>127</sup>. Pentru eficacitatea acestor acțiuni se ținea seama de elementul volitiv în comiterea adulterului, adică de *dolus malus* sau *scientia*.

Dio Cassius, în *Istoria Romei*, ne informează că împăratul Octavian Augustus a stabilit taxe grele pentru bărbații necăsătoriți și pentru femeile fără soți<sup>128</sup> însă, pe de altă parte, oferea

premierii celor care se căsătoreau și dădeau naștere la descendenți. Prin *Lex Iulia de maritandis ordinibus* s-a prevăzut vârsta maximă admisă pentru celibat (20 de ani la fete și 25 la băieți). Un alt aspect pe care îl surprinde Dio Cassius este că, existând mai mulți bărbați decât femei printre nobilime, Octavian a permis oricui dorește, cu excepția senatorilor și a descendenților acestora (atât cei de sex masculin, cât și fiicele, nepoatele, strănepoatele<sup>129</sup>), să se căsătorească cu femei sau bărbați liberi<sup>130</sup>, iar copiii rezultați din aceste mariaje să aibă statutul juridic de copii legitimi. Așadar, căsătoria nu era privită ca o datorie printre altele, ca o alegere pe care puteai să o faci sau nu. Ea nu reprezintă strict întemeierea unui cămin, axa vieții, ci una din numeroasele hotărâri dinastice pe care va trebui să le ia un nobil în vederea încheierii unei uniuni licite, eterne și oneste<sup>131</sup>. Soția nu pare a fi atât tovarășa de viață a acestui bărbat, ci mai mult obiectul unei opțiuni<sup>132</sup>.

Un alt scriitor, Suetonius, în lucrarea *Viața lui Augustus*, ne aduce la cunoștință că împăratul a avut rol de reformator al legilor, iar unora dintre ele le-a completat lipsurile<sup>133</sup>. Chiar dacă Octavian Augustus a arătat o mare severitate față de prevederile referitoare la căsătorie, pe fondul agitațiilor provocate de către adversarii săi politici, el a fost incapabil să-și desăvârșească lucrarea, cu excepția micșorării pedepsei, acordării unui termen-grație de trei ani înainte ca femeia să se recăsătorească și creșterii recompensei pentru copiii născuți<sup>134</sup>. Cu toate acestea, atunci când împăratul a aflat că prevederile legale erau evitate prin logodne cu fete foarte tinere<sup>135</sup> și prin divorțuri frecvente, Octavian a scurtat timpul dedicat logodnei și a combătut divorțul, acceptându-l doar în anumite condiții. De exemplu, o femeie care plecase de acasă fiind furioasă pe soțul ei, iar ulterior se întorcea la acesta, nu se consideră că a dorit să intențeze divorț<sup>136</sup>. De asemenea, în Ulpian citim că o persoană cu probleme psihice nu putea intenta divorț, având în vedere că aceasta nu își cunoștea propria minte (*quia sensum not habent*)<sup>137</sup>. Astfel, o femeie cu boli psihice nu putea divorța de soț, nici măcar curatorul ei neavând acest drept; singurul în măsură să intențeze divorțul era tatăl femeii<sup>138</sup>. Referitor la divorțul pe care un partener sănătos îl poate cere pe motiv de boală mintală a celuilalt, Ulpian conchide că nu ar trebui să se recurgă la această măsură și că partenerul sănătos este legat să poarte nenorocirea celuilalt<sup>139</sup>.

Legile cu caracter social ale lui Octavian nu au fost văzute cu ochi buni, drept urmare au fost modificate în anul 9 d. Hr. prin *Lex Papia Poppaea*<sup>140</sup>. Prin conținutul acesteia s-a încercat un control indirect asupra divorțurilor în creștere, stabilindu-se amenzi pecuniare pentru partea a cărei comportament a dus la disoluția mariajului. De asemenea, o femeie liberă care s-a căsătorit cu patronul ei, nu putea introduce divorț, adică nu putea divorța *invito patrono*. Din Digeste 24.2.11 aflăm că aceasta era singura categorie, subiect al incapacității amintite anterior. Totuși, dacă liberta dorea să desfacă mariajul avut cu patronul său, divorțul era considerat valabil, însă femeia *cum nullo alio connubium habet*<sup>141</sup>.

În viziunea unor autori, Augustus nu urmărise decât să combată scăderea natalității din clasele înalte, făcând presiune prin incapacitățile ce-i loveau pe refractari. El nu căutase deloc să împiedice divorțurile, pentru că menajele desfăcute prin divorț puteau da naștere la altele, mai potrivite și mai fecunde<sup>142</sup>. De asemenea sunt voci<sup>143</sup> care susțin că Octavian Augustus ar fi introdus, alături de adulter, o altă categorie de delict, *stuprum*<sup>144</sup>, care le privea pe femeile necăsătorite, tinerele fete sau pe văduve (erau exceptate libertele, femeile de moravuri ușoare și cele a căror origine nu era cunoscută - *obscuro loco nata*).

Totodată au apărut reguli ca *retentio dotis* și *judicium morum*. Vorbim despre *retentio dotis propter liberos* (reținerea unor bunuri ale femeii în vederea întreținerii copiilor rămași în grija tatălui), când divorțul a fost cauzat de către soție ori de către tatăl acesteia: trei șesimi (adică jumătate) din dotă era limita pentru pedeapsa aplicată femeii, dar cel mult o șesime din valoarea ei pentru fiecare copil. În caz de *retentio propter mores* sau *morum graviorum* (proasta conduită a femeii, adulter), aceasta își putea reține doar o șesime din zestre, iar în situația lui *morum leviorum*, o optime. În ceea ce îl privește pe bărbat, când el se afla în culpă, era pedepsit prin a returna zestrea mai devreme decât în alte situații<sup>145</sup>.

Începând cu sec. III, în societatea romană s-au iscat incertitudini privitoare la libertatea cu care doi soți ar putea divorța. Anumite grupări erau îngrijorate cu privire la impactul pe care divorțul îl are asupra copiilor, alte voci susțineau că societății romane din acele timpuri îi erau caracteristice relațiile neoficializate și obiectau cu privire la interzicerea divorțurilor fără un motiv anume. Cert este că romanii nu aveau deloc noțiunea luării în posesie a unui trup, în sens biblic; nu se sfiau să se însoare cu o femeie divorțată sau, ca împăratul Domițian, să se recăsătorească cu o femeie care, între timp, fusese femeia altuia. Era un merit ca o femeie frumoasă să fi cunoscut un singur bărbat și numai unii creștini vor încerca să facă din aceasta o îndatorire și să interzică văduvelor să se recăsătorească<sup>146</sup>. De asemenea, Epictet, filozof stoic, spunea că a răpi femeia aproapelui tău este la fel de necinstit ca și a lua porția de friptură de porc servită altui comesean<sup>147</sup>, idee care ne duce cu gândul că adulterul era văzut ca un furt. Creștinismul însă, nu e monolit: în primele secole a evoluat mult mai mult decât stoicismul. De altfel, este și extrem de diversificat<sup>148</sup>.

Începutul sec. IV surprinde Imperiul Roman ca fiind, încă, majoritar păgân. Păgânismul se manifesta diferit, în funcție de regiunea despre care vorbim, însă, în general reprezenta religia aristocrației romane, a împăraților, ca și a orașenilor sau a țăranilor. Prin convertirea sa, împăratul Constantin a permis creștinismului să se dezvolte, chiar dacă în anul 320 o putem numi o religie încă minoritară.

Cu toate acestea, în timp, datorită influenței creștinismului, care se opunea categoric unui sistem polițienesc ca cel introdus de către Octavian, marea majoritate a legilor amintite și mult discutate de către juriștii vremii a fost ori abrogată, ori a căzut în desuetudine. Statul Roman în epoca sa târzie a fost foarte preocupat de reglementarea normelor privitoare la dreptul familiei. Legislația, concretizată în constituții imperiale, este abundentă. Fără a o putea detalia, vom trasa aici doar ideile principale în cauză.

Acest proces a început odată cu împăratul Constantin cel Mare, când în anul 331 a emis un edict prin care s-au prevăzut amenzi drastice pentru divorțul cu caracter unilateral (exceptând anumite situații: dacă o femeie divorța de soțul ei fără să dovedească faptul că acesta este un criminal-homicida, un vrăjitor- *medicamentarius* sau un profanator de morminte- *sepulcrorum dissolutor*, ea își pierdea întreaga zestre și era exilată pe o insulă<sup>149</sup>; asemenea, dacă cel ce intenta divorțul era bărbatul și nu avea dovezi certe că soția lui a comis adulter-*moecha*<sup>150</sup>, că este vrăjitoare- *medicamentaria*, legea îl obliga să returneze femeii întreaga zestre; mai mult, dacă fostul soț se recăsătorea, femeia de care divorțase avea dreptul să intre în casa lui și să confişte averea noii sale soții, nespecificându-se că bărbatul este obligat să divorțeze de noua lui consoartă.)<sup>151</sup>. În situația femeilor, cauzele care nu erau suficient de puternice pentru a sta la baza

unui divorț purtau denumirea de *exquisita causa*, iar pentru bărbați întâlnim *per quascumque occasiones*<sup>152</sup>. Anul 337 a adus o noutate legislativă: femeia al cărei soț plecase în război nu avea dreptul să se recăsătorească doar dacă timp de patru ani nu primise nicio o veste de la el și totodată ceruse informații conducătorilor armatei despre bărbatul său<sup>153</sup>. În caz contrar era pasibilă de pedeapsa aplicată divorțului unilateral.

Odată cu urcarea pe tron a împăratului Iulian (360-363), aceste prevederi legale au fost eliminate. În sprijinul afirmației noastre aducem ca dovezi texte ale Sfinților Părinți în care este relatat faptul că în sec. IV și V divorțul nu întâmpina la Roma nicio o piedică legală<sup>154</sup>.

Din punct de vedere religios, în anul 407, prin Sinodul din Cartagina, canonul 102, s-a condamnat recăsătorirea unei persoane divorțate și s-a solicitat împăratului emiterea unui decret care să pedepsească și juridic această faptă. Totuși, doar după aproape 20 de ani, în 421<sup>155</sup>, avem probe certe că o femeie care divorța de soțul ei fără să dovedească faptul că acesta este vinovat de crime grave își pierdea darul primit la nuntă, întreaga zestre și, în plus, era exilată. Pentru situația în care soția demonstra vinovăția soțului, viciile acestuia și celelalte greșeli, era scutită de pedeapsa exilării, dar nu i se mai acorda dreptul de a se recăsători<sup>156</sup>. O femeie care invoca drept motiv de divorț crime grave ale soțului ei, își putea păstra zestrea, darurile primite la nuntă și i se permitea să se recăsătorească după cinci ani de la data divorțului. În ceea ce îl privește pe bărbat, dacă acesta divorța de soția sa fără niciun motiv, era obligat să-i predea acesteia zestrea, darurile de nuntă și nu mai avea dreptul de a se recăsători. În asemenea caz, fosta soție căpăta permisiunea de a se recăsători după trecerea unei perioade de un an. Un soț care demonstra caracterul rău al soției sale, îi returna femeii zestrea, însă păstra pentru el darurile de nuntă și se recăsătorea după doi ani. În cele din urmă, conjunctura care dovedea crime grave săvârșite de către soție, îi permitea bărbatului să păstreze atât zestrea cât și darurile de nuntă, iar în plus, se putea recăsători oricând dorea acesta. După cum scrie Reynolds, aceste reguli erau bazate pe cele ale lui Constantin, dar Honorius a recunoscut că și greșelile morale erau resorturi de divorț, nu doar crimele grave. Din acest punct de vedere, el a introdus o categorie intermediară de divorț, între divorțul fără cauză și cel bazat pe motive întemeiate, categorie ce presupunea o injustiție care le viza pe femei: un soț care divorța de soția sa din motive de imoralitate ale acesteia avea dreptul să se recăsătorească, în timp ce acest drept nu i se acorda și soției aflată în aceeași situație<sup>157</sup>.

În timpul lui Theodosius II (Imperiul Roman de Răsărit) prevederile legale descrise mai sus au fost revocate în anul 439, revenindu-se totodată la regulile liberale ale divorțului. Cu toate acestea, zece ani mai târziu, același împărat a emis o lege prin care interzicea divorțul fără o cauză întemeiată. Această constituție conținea o listă ce enumera motivele pentru care se accepta divorțul unilateral (noua prevedere legală se baza pe rațiunea îngreunării despărțirii celor doi soți, în interesul copiilor). Astfel, putem vorbi de trei grupe de cauze<sup>158</sup>:

- Infidelitatea: oricare parte putea să divorțeze de cealaltă pentru adulter. Soția divorța din motiv că soțul o făcuse de rușine prin conviețuirea cu femei imorale în locuința familiei, în timp ce soțului i se acordau următoarele posibilități: dacă femeia se afla în compania unui bărbat neagreat de către soțul ei, dacă aceasta nu dormea noaptea în locuința conjugală, iar în final, dacă soția participa la spectacole de circ, de teatru sau la cele din amfiteatre, fără permisiunea soțului.



- Violența în familie: soția sau soțul puteau solicita divorțul invocând faptul că celălalt reprezintă o amenințare pentru viața ei sau a lui.

- Crime grave: oricare dintre cei doi erau îndreptățiți în a li se acorda divorțul în cazul în care cealaltă parte se găsea vinovată de crimă sau otrăvire (*veneficus*), furt din biserici, răpire, trădare, fals, profanare de morminte, adăpostirea hoților.

Așadar, luând în considerare cele amintite anterior, o soție care divorța de soțul ei invocând una dintre cele trei grupuri de motive își păstra dota, darurile de nuntă și se putea recăsători după un an. Din contră, o femeie care nu avea niciun motiv pentru a divorța își pierdea atât dota, cât și darurile de nuntă, iar în plus, nu i se permitea să se recăsătorească decât după cinci ani de la data divorțului. Dacă totuși se recăsătorea în această perioadă, noul mariaj nu era recunoscut de lege, iar femeia devenea o persoană infamă. În situația bărbatului care divorța de soția sa pentru un motiv întemeiat, acesta avea dreptul să păstreze zestrea și darurile de nuntă ale femeii și se putea recăsători oricând. În schimb, dacă soțul dorea să divorțeze fără a avea o justă cauză, acesta pierdea darurile de nuntă oferite femeii și dota ei<sup>159</sup>. În tăcerea legii, s-a considerat că timpul după care fostul soț se poate recăsători este tot de doi ani, asemeni prevederilor precedente<sup>160</sup>.

Anul 449 aduce o noutate în ceea ce privește exigențele referitoare la forma pe care trebuia să o îmbrace divorțul ca acesta să fie valabil: un act de repudiere în forma scrisă, *repudium*<sup>161</sup>.

Tot în partea răsăriteană a Imperiului, în materie de divorț, se remarcă și Anastasius, care în 497 a clarificat o neînțelegere, stabilind că dacă o căsătorie este desfăcută prin acord mutual (*communi consensu*) al celor doi soți, femeia nu era obligată să aștepte cinci ani pentru a se recăsători, însă i se impunea un termen de un an de celibat<sup>162</sup>.

În partea de Vest a Imperiului Roman, Valentinian III a emis în anul 452 un decret prin care a reintrodus legea proclamată de către Constantin în anul 331<sup>163</sup>, tocmai pentru că în anul 448 s-a încercat introducerea divorțului fără o justă cauză și în această parte a Imperiului.

Reforma promovată de către Constantin cel Mare s-a modificat și definitivat sub domnia lui Iustinian, rămânând în vigoare doar interdicțiile referitoare la anumite căsătorii, cum ar fi cele dintre senatori (inclusiv descendenții lor) și actrițe. Fiindcă din istoria Împărăției de Răsărit, care cunoscuse și „vremuri de splendoare, de eflorescență culturală, de rafinată civilizație, de avânt politic, nu au lipsit nici paginile de corupție și decădere”<sup>164</sup>, năzuințele ortodoxe ale Bizanțului au cuprins sub înrâurirea lor și latura juridică.

Biserica, încă în formare în acea perioadă, susținea indisolubilitatea legăturii conjugale. Sub acest aspect întâlnim o opoziție a creștinilor în aplicabilitatea tradițiilor și a drepturilor clasice romane. Chiar dacă acestea recunoșteau superioritatea căsniciilor durabile, acceptau totodată și divorțul. Împărații creștini au fost cei care au forțat oarecum garantarea stabilității legăturii matrimoniale, însă nu au putut niciodată să impună suprimarea divorțului.

Iustinian, împărat a cărui legislație a fost una fermă și care a dominat întreg evul mediu răsăritean<sup>165</sup>, a asuprit condițiile prin care doi cetățeni romani puteau divorța, nepermițând nici divorțul prin acord mutual, cu excepția situației în care soții voiau să trăiască în castitate. Dorind să demonstreze că divorțul este posibil, cu sau fără aplicarea vreunei pedepse, Iustinian a introdus patru tipuri de divorț: divorțul prin consimțământ mutual, divorțul motivat de un fapt neimputabil

celuilalt soț (*bona gratia*), divorțul determinat din vina unuia dintre soți (*iusta causa*) și divorțul pentru oricare altă cauză care nu intră în categoria *bona gratia*<sup>166</sup>.

Astfel, în anul 528, Iustinian introduce ca și motiv de divorț unilateral impotența soțului timp de doi ani de la începutul căsătoriei. În această situație, soția își recăpăta doar zestrea oferită la nuntă. Anul 533 adaugă la lista de cauze pentru care se accepta divorțul și săvârșirea unui avort de către femeie, îmbăierea ei cu alt bărbat și acceptarea de către aceasta a bigamiei. Prin aceeași lege se stabilește pedeapsa pentru divorțul fără justă cauză, cât și pentru cel întemeiat, cazuri în care zestrea nu era returnată. În aceste împrejurări, partea culpabilă era obligată să transmită părții inocente a patra parte din averea sa, maximum ajungând la 50 livre de aur. Dacă în familia foștilor soți existau copii sau nepoți, partea de avere era păstrată intactă pentru beneficiul descendenților<sup>167</sup>.

Preambulul Novelei 22 conține o explicație a lui Iustinian referitoare la evoluția divorțului, după cum urmează: anticii nu s-au preocupat intens de problema divorțului și a căsătoriilor ulterioare, din acest motiv femeile și bărbații se puteau recăsători fără a fi pedepsiți în vreun fel; totodată, Iustinian notează că împărații Theodosius II și Leon I au extins legislația în acest domeniu, așa cum și el însuși făcuse; mai mult, conchide că, din acel moment, legile care au ca obiect divorțul, vor fi extinse și îmbunătățite. În 536 Iustinian mărește la trei ani perioada după care soția avea dreptul să divorțeze pe motiv de impotență a bărbatului și a permis divorțul unilateral doar în situația în care cel care cerea divorțul se dedica vieții monahale (romaniștii presupun că elaborarea acestei legi ar fi durat între 533 și 536)<sup>168</sup>. Partea care alegea viața monahală era considerată, din punct de vedere juridic, moartă, iar orice act întocmit de către aceasta pentru cauză de moarte își producea efectele. Dacă soțul era cel care divorța, femeia nu avea dreptul să se recăsătorească timp de un an (*tempus lugendi*), asemeni văduvei<sup>169</sup>.

Anul 542 aduce noi modificări cu privire la motivele și pedepsele pentru divorț<sup>170</sup>. Vom detalia în cele ce urmează aceste aspecte, în vederea unei înțelegeri mai aprofundate a rolului pe care l-a adus creștinismul în materia acestei instituții juridice.

Conform acestei constituții, unui soț i s-a permis să divorțeze de soția sa dacă aceasta aflase despre existența unui complot împotriva împăratului și nu își înștiințase soțul, dacă era condamnată de instanță ca adulterină, dacă aceasta încercase să îșiucidă bărbatul sau nu i-a adus la cunoștință că alte persoane doresc să îl omoare, dacă soția rămânea afară din căminul conjugal fără consimțământul soțului și, în final, dacă femeia luase parte la spectacole publice fără să îl anunțe sau împotriva voinței acestuia. În asemenea circumstanțe soțul păstra și darurile de nuntă, și zestrea soției. Mai mult, dacă soția fusese condamnată pentru adulter, soțul păstra întreaga avere, dacă existau copii din căsătorie, și o parte egală cu o treime din dota femeii, în situația în care nu existau copii. Un bărbat care divorța de soția sa fără a dovedi un motiv întemeiat, îi returna acesteia zestrea și darurile de nuntă, iar în plus, era obligat să o recompenseze pe fosta soție cu o treime din valoarea acelor daruri. Ca o noutate, soția săracă repudiată *sine causa legibus agnita*, are drept la un sfert din averea soțului, în plină proprietate, fără ca ceea ce ia să poată depăși o sută de livre de aur.<sup>171</sup>

De asemenea, dispozițiile aceluiași act statutuau că o soție poate divorța, după cum urmează: dacă soțul ei a fost implicat într-un complot împotriva împăratului sau dacă acesta cunoștea că alții vor să comită o asemenea crimă și nu îi denunțase, dacă bărbatul a încercat să o

ucidă sau nu a dorit să divulge că anumiți terți doresc asta, dacă soțul încercase să îi violeze castitatea, în sensul că o obligase să întrețină relații sexuale cu alt bărbat cu scopul de a o acuza de adulter, dacă o învinovățise de adulter dar nu și-a putut demonstra susținerea și, în cele din urmă, dacă bărbatul întreținea o altă femeie în căminul conjugal sau chiar în același oraș. În aceste cazuri fosta soție păstra darurile de nuntă, își recăpăta zestrea, iar dacă soțul nu îi dovedise adulterul, femeia dobânda toată averea bărbatului (dacă existau copii) și, în plus, o parte egală cu o treime din darurile primite la nuntă dacă foștii soți nu aveau copii. Întreținerea unei amante îl costa pe fostul soț, pe lângă zestre și darurile de nuntă, maxim o treime din valoarea respectivelor cadouri oferite cu ocazia nunții.

Privind din altă perspectivă, o soție care dorea să divorțeze de soțul ei fără un motiv temeinic era obligată să îi returneze acestuia darurile de nuntă, își pierdea zestrea și era trimisă la mănăstire pentru tot restul vieții. Când o astfel de femeie avea copii, două treimi din averea sa erau reținute pentru aceștia, iar cealaltă parte revenea mănăstirii la care era trimisă. Dacă nu rezultaseră copii din mariajul încheiat, două treimi din averea fostei soții se distribuiau mănăstirii, în timp ce restul bunurilor deținute de către aceasta erau transmise părinților femeii. Neavând nici copii și părinții ei fiind decedați, toate proprietățile celei în cauză urmau să intre în patrimoniul mănăstirii.

După cum putem observa, Iustinian a redus substanțial numărul motivelor pentru care se putea invoca divorțul. Furtul, răpirea, falsul și alte delictе comune prevăzute în legea teodosiană din 449 (cu excepția trădării), nu mai erau în vigoare. Lovirea soției cu un bici sau cu o nuia făceau acum obiectul unei amenzi de maxim o treime din darurile de nuntă care urma să fie transmisă soției doar dacă circumstanțele impuneau disoluția mariajului. Lăsând la o parte aceste cauze, o căsătorie putea fi desfăcută și fără a implica o pedeapsă, astfel: dacă soțul era impotent, dacă unul dintre cei doi dorea să trăiască în castitate și dacă oricare dintre soți se afla în captivitate pentru o perioadă lungă de timp<sup>172</sup>.

Divorțul prin consimțământ mutual a fost prohibit în anul 542, cu excepția cazului în care unul dintre soți se retrăgea la mănăstire<sup>173</sup>.

În anul 548 Iustinian a modificat și pedeapsa pentru soțul care dorea să divorțeze de soția sa fără niciun motiv. Împăratul a stabilit că, asemeni femeilor, aceștia vor fi trimiși la mănăstire pentru întreaga viață.

Divorțul prin acordul ambilor soți pentru oricare alt motiv decât cel invocat mai sus ducea, începând cu anul 556, la închiderea celor doi în mănăstire. Soarta averilor era următoarea: dacă existau copii și trăiau părinții foștilor soți, averea era divizată între aceștia și mănăstiri, iar în lipsa descendenților sau a ascendenților, averea revenea în întregime mănăstirilor<sup>174</sup>. Unii autori consideră perioada lui Iustinian ca una a „creațiunilor utilitare”, la baza cărora nu se află acea preocupare constantă pe care o aveau jurisconștii clasici de a-și situa inovațiunile în cadrul principiilor juridice pure.<sup>175</sup>

Bazându-se pe textul Novelei 140<sup>176</sup> a lui Iustinian, Iustin II, în 566, a revocat interdicția de a divorța prin acord mutual, permițând astfel disoluția unui mariaj prin acordul ambilor soți (*divortium bona gratia*).

Opoziția creștinismului la divorț a apărut într-o societate în care bărbatul putea ușor să se despartă de soția lui, lăsând-o pe aceasta pe străzi, numai cu îmbrăcămintea pe care o avea pe

ea, în timp ce soțiile nu aveau capacitatea de a ieși ușor dintr-un mariaj nereușit. “În relațiile de cuplu, în pofida faptului că legislația lui Augustus prevedea restricții în privința imoralității bărbaților, acestora nu li se cerea niciodată să trăiască în curăție, așa cum li se cerea soțiilor lor. Convertirea lumii romane la creștinism urma să aducă mari schimbări în această privință. Așa cum insistaseră odinioară și stoicii, a fost introdusă o reformă care prevedea pedepse la fel de riguroase și pentru bărbați, și pentru femei, în caz de adulter sau infidelitate conjugală. Pe deasupra, odată cu creștinismul, fecioarele necăsătorite nu mai erau pedepsite, ca pe vremea lui Augustus, ci erau respectate și chiar venerate.”<sup>177</sup> Atitudinea anti-divorț a creștinismului, a pornit probabil și de la dorința de a proteja femeia, ca element de bază al unei familii. Gillian Clark observă că „odată cu încreștinarea Imperiului, cea mai remarcabilă schimbare a fost sprijinul pe care Biserica Creștină l-a oferit femeilor care nu doreau să se căsătorească.”<sup>178</sup>

Totodată, cercetătorii au afirmat că impunerea acestor legi a fost o încercare de a alinia dreptul roman la moralitatea creștină a acelor vremuri. Mai mult, romanștii, atât jurști, cât și istorici, au dorit să răspundă și întrebării: de ce legislația romană a rămas atât de fidelă învățăturii creștine, având în vedere că nimic din tradiția și jurisprudența romană nu ne sugerează că un mariaj este indisolubil? Răspunsul ar putea fi acela că împărații creștini au avut ca scop îngreunarea procedurii divorțului și asigurarea că soții nu doresc să se despartă fără un temei pertinent. Un alt motiv al aspirării procedurii în acest caz a fost și protejarea copiilor celor doi parteneri. Cu toate acestea, divorțul pentru o justă cauză a fost întotdeauna permis.

Caracterizând activitatea lui Iustinian, putem concluziona că întreaga sa operă legislativă a avut ca suport convingerile sale religioase; totodată, arătându-se preocupat de situația juridică a femeii, unii romanști l-au supranumit „împăratul *uxorius*”<sup>179</sup>; mai mult, el a privit întreaga sa domnie ca pe o datorie față de Dumnezeu. Împăratul avea studii teologice și s-a asigurat că întregul său corp de legi are un pronunțat caracter ortodox. “Faptul că textele canonice se regăsesc și în Cod, inclusiv în ceea ce privește problematica divorțului, duce la concluzia că între canoane și prevederile legale nu exista nicio contradicție.”<sup>180</sup> Cu toate concordanțele care ar exista între canoane și textul de lege, este de apreciat că, în înțelepciunea sa, Iustinian a reușit să îmbrace în haină juridică învățăturile Bisericii și să ridice instituția căsătoriei la cea mai înaltă treaptă morală, făcând din ea taină, adică *sacramentum*. „...Imperiul lui Iustinian avea să se destrame mai târziu...Doar două înfăptuiri ale lui, întemeiate, una pe ideea religioasă- Sfânta Sofia- iar cealaltă pe ideea dreptății- *Corpus iuris*- au biruit veacurile și au rămas să pledeze etern posterității cauza marelui împărat.”<sup>181</sup>

Acțiunea lui Iustin II de a revoca interdicția divorțului prin acord mutual a fost de asemenea un gest umanitar. Având în vedere că unele căsătorii erau izvorul a multă ură și neînțelegeri, acest remediu era impus de viața familială a supușilor săi.

Problematica divorțului, așa cum a „evoluat” lumea romană, a necesitat la un moment dat preluarea frâielor de către stat prin stabilirea unor pedepse grave pentru toți aceia care în vreun mod sau altul au participat la depășirea morală a limitelor impuse de către *domus*-ul roman.

În timp ce avem o certitudine cu referire la dispozițiile legale în materie de divorț, nu știm însă cu exactitate care era situația *de facto* în lumea romană. Câte femei au reușit să pună capăt, prin divorț, unei căsnicii nereușite? De câte ori s-au întâlnit cazuri în care bărbații consimțeau divorțului cerut de către soția lor? În realitate, orice investigație în viața romanilor presupune

interpretări individuale și multe speculații. Mai mult, ținând seama de faptul că toate sursele istorice și juridice au fost scrise de către bărbați, niciodată nu vom avea certitudinea asupra poziției femeii cu referință la problematici care implică atât sfera juridică, dar și cea personală, cum este divorțul. Totuși, într-o lume cum era lumea romană, expusă pericolelor și vicisitudinilor, dar dornică de aer și de spațiu, femeia participa la viața socială, dându-i mișcare și elasticitate prin contactul pe care îl avea cu realitățile, care nu puteau fi văzute și cunoscute și încă mai mult, nu puteau fi folosite, dacă femeia romană s-ar fi găsit în situația celor din gineceele<sup>182</sup> orientalo-bizantine.

---

\* Doctorandă, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; pophristina@yahoo.com.

<sup>1</sup> Antonio Guarino, *Diritto private romano*, Ed. Jovene, Napoli, 2001, p. 532.

<sup>2</sup> Pentru mai multe detalii, a se vedea Paul Vasilescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. Universul Juridic, București, 2009.

<sup>3</sup> Obiectul consimțământului dintre cei doi soți era de a se trata reciproc ca soț și soție, *honor invicem matrimonii*.

<sup>4</sup> Jean Gaudemet, *Droit prive romain*, Ed. Montchrestien, Paris, 1998, p. 37.

<sup>5</sup> Existența concubinajului presupunea relația dintre un bărbat și o femeie care conviețuiau, însă fără ca relația lor să fie oficializată, din varii motive; așa cum vom dezvolta în cele ce urmează, această categorie de uniune a atins punctul de maximă dezvoltare în perioada Imperiului. După Michele Ducos, *Rome et le droit*, Ed. Le livre de poche, p. 68, concubinajul nu îl putea avea ca partener pe un gladiator sau pe un actor.

<sup>6</sup> Acest termen derivă de la cel de *divertere*, adică „a merge pe căi diferite”.

<sup>7</sup> Aici intră și situațiile morții civile a unuia dintre soți prin *capitis deminutio maxima, media, minima*, concretizându-se în ceea ce numim, alături de moartea naturală, cauze involuntare de desfacere a căsătoriei.

<sup>8</sup> Gaius, *Digeste* 24.2.2 : „Luați ceea ce vă aparține și păstrați lucrurile voastre”.

<sup>9</sup> Gomez Ruiz, *El divorcio y las Leyes augusteas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1987, p. 12.

<sup>10</sup> Din punctul nostru de vedere, dreptul privat este ceea ce definește nota specifică a unui popor, ceea ce dă măsura originalității lui în materie juridică. Mai înainte ca un popor să se fi ridicat până la acele forme de viață care comportă creații de instituții de drept public, poporul acela a știut ce înseamnă legătura lui cu pământul, legătură din care s-au născut primele instituții de drept; a știut ceea ce înseamnă orânduirea familiei, a trăit viața cu nevoile și aspirațiile ei de fiecare zi, din care se nasc instituțiile de drept privat. Acest tip de instituții sunt cele care evidențiază conceptul propriu al unui popor despre drept.

<sup>11</sup> *Enciclopedia Civilizației Roamne*, coord. Științ. Dumitru Tudor, Ed. Științifică și enciclopedică, București, 1982, p. 265.

<sup>12</sup> Cum acești magistrați își exercitau funcția timp de 18 luni o dată la 5 ani, în celelalte intervale temporale, femeile se aflau în situația de a avea de suferit de pe urma deciziei soțului lor.

<sup>13</sup> Iuvenal VI.292,293 „*Nunc patimur longae pacis male: saevior armis luxuriae incubuit rictumque ulciscitur artem.*”

<sup>14</sup> Gomez Ruiz, *op. cit.*, p. 12.

<sup>15</sup> Se pare că, în epoca arhaică, repudierea femeii nu era reglementată de norme juridice, ci soțul avea acest drept bazându-se pe *mores* (a se vedea Jean Gaudemet, *op. cit.*, p. 50).

- <sup>16</sup> Conform lui Valerius- Maximus, în anul 307 î. Hr. un senator ar fi fost exclus din Senat pentru că nu a cerut avizul tribunalului domestic atunci când și-a repudiat soția.
- <sup>17</sup> Oamenii politici nu vorbeau explicit despre natalitate, ci despre menținerea nucleului de cetățeni, care asigură existența cetății.
- <sup>18</sup> Michele Ducos, *op. cit.*, p. 65. Cu acea ocazie s-a creat precedentul dreptului soției de a acționa în justiție pentru a-și recupera dota (*actio rei uxoriae*).
- <sup>19</sup> Valeriu Maximus *apud* Philippe Aries, Georges Duby, *Istoria vieții private*, Vol. I, Ed. Meridiane, București, 1994, p. 52.
- <sup>20</sup> Bruno Schmidlin, *op. cit.*, p. 130.
- <sup>21</sup> Valerius Maximus, VI, 3, 10-12 *apud* Jerome Carcopino, *Viața cotidiană în Roma la apogeul Imperiului*, București, Ed. Științifică și Enciclopedică, 1979, p. 130.
- <sup>22</sup> Cicero, *Philippicae*, II, 28, 69. Se pare că, în timp, aceste pasaje ale Legii celor XII Table au fost modificate de către compilatori, drept dovadă stând greșelile gramaticale, rigorile soluțiilor, contradicțiile și incoerențele interne ale textului de lege (vezi și Gomez Ruiz, *op. cit.*, p. 27, p. 12).
- <sup>23</sup> Digeste 35.1.15 și 50.17.30.
- <sup>24</sup> Michele Ducos, *op. cit.*, p. 63.
- <sup>25</sup> Philippe Aries, Georges Duby, *op. cit.*, p. 44.
- <sup>26</sup> Digeste 23.2.1 : *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*. *Coniunctio maris et feminae* se referă la legătura trupească, fizică dintre cei doi soți, însă dreptul roman admite căsătoria ca valabilă și fără această uniune. *Consortium omnis vitae* reprezintă o comuniune încheiată pentru toată viața, o legătură conjugală durabilă. Prin *divini et humani iuris communicatio* trebuie să înțelegem că femeia căsătorită *cum manu* intra ca și agnată în familia soțului ei și era asociată cultului familial.
- <sup>27</sup> *Ibidem*, p. 46.
- <sup>28</sup> Plutarh, *Vieți Paralele, Romulus*, 22, traducere, notă introductivă, notițe introductive și note de prof.univ. N.I.Barbu, Editura Științifică, București (1960-1971).
- <sup>29</sup> În anul 307 î. Hr. cenzorii l-au scos pe senatorul Antonius din demnitatea ce o ocupa, pentru că își repudiasse soția fără să fi apelat la judecata tribunalului său casnic, fiind astfel șters din *album*-ul senatorial. A se vedea și nota de subsol 16.
- <sup>30</sup> Eduard Cuq, *Les institutions juridiques des romains*, Paris, 1904, p. 172.
- <sup>31</sup> Plutarh, *op. cit.* În cazul în care soția era vinovată de adulter, otrăvirea copiilor (aici ar putea intra și avortul) și sustragerea cheilor pivniței (această situație are, probabil, legătură cu interzicerea femeilor de a bea vin) bărbatul avea dreptul să-și repudieze consoarta. Pedapsa acordată bărbatului care se desparte de soția lui în afara motivelor invocate mai sus, este una atât de natură religioasă, cât și pecuniară : bunurile sale urmau a fi împărțite între fosta soție și Ceres, divinitate romană.
- <sup>32</sup> Jerome Carcopino, *op. cit.*
- <sup>33</sup> Cicero, *op. cit.* (*claves ademit, exegit*).
- <sup>34</sup> Pentru început, această acțiune care asigură femeii mijloace minime de supraviețuire, a fost acceptată doar în cazul în care soțul divorța de soția lui.
- <sup>35</sup> Eduard Cuq, *op. cit.*, p. 173.
- <sup>36</sup> *Idem*.
- <sup>37</sup> Trecerea de *la iudicium domesticum* la *iudicium moribus* a fost unul dintre marile regrese ale Statului Roman în materie de dreptul familiei.
- <sup>38</sup> Aulus Gellius, X, 23.
- <sup>39</sup> Gaius 6.102 referitor *la iudicium solvi*.

- <sup>40</sup> Este vorba despre *retentio propter res amotas*.
- <sup>41</sup> Ulpian, Digeste, 25.2.11.2.
- <sup>42</sup> Cuvântul *manus*, atât cu înțelesul său anatomic (mână), cât și cu conotația sa juridică (putere, influență, autoritate) apare doar în limbile indoeuropene din grupurile italic, celtic și germanic. Odată cu încheierea căsătoriei și cu instaurarea legăturii conjugale, ia naștere și puterea soțului asupra femeii. O continuă incapacabilă din punct de vedere juridic, femeia trece de sub *potestas* sub care se afla în familia de origine, sub *manus*-ul soțului ei.
- <sup>43</sup> Antonio Guarino, *op.cit.*, p. 539, 554.
- <sup>44</sup> Adică nu putea rupe acel *vinculum* care luase naștere la încheierea căsătoriei și care exista chiar dacă sentimentele de afecțiune nu mai stăteau în picioare : *iure durat matrimonium*.
- <sup>45</sup> Gaius, I. 137.
- <sup>46</sup> Mihaela Paraschiv, *op. cit.*, p. 127.
- <sup>47</sup> Gaius, I. 111. Totuși, ne întrebăm dacă în acest caz poate fi vorba despre un divorț în sens juridic, având în vedere că numai după trecerea unui an de conviețuire neîntreruptă cei doi puteau fi considerați soț și soție.
- <sup>48</sup> Dionysius din Halicarnassus, *Antiquitates Romanae*. II, 25.
- <sup>49</sup> Georges Dumezil, *Căsătorii indoeuropene urmate de cincisprezece chestiuni romane*, Iași, Ed. Polirom, 2002, p. 45. După opinia acestui autor, prefixul *co* are doar valoare cumulativă, fără a indica reciprocitatea cumpărării; astfel, femeia este văzută ca unic subiect al coemptionsii. Michele Ducos, *op.cit.*, precizează că această formă de căsătorie exista și în timpul Imperiului, drept exemplu fiind inscripția găsită pe mormântul unei matroane romane.
- <sup>50</sup> Prin aceste procedee femeia reîntra sub puterea lui *pater familias* din a cărui familie provenise. În situația în care femeia dorea să devină *sui iuris*, această reemancipare se practica printr-o persoană interpusă care, de comun acord cu femeia divorțată, îi oferea acesteia libertatea prin procedeul numit *manumissio*. ( a se vedea și Bruno Schmidlin, *op. cit.* , p. 131).
- <sup>51</sup> Gomez Ruiz, *op. cit.*, p. 28.
- <sup>52</sup> Se pare că speța prezentată de către Plutarh are la bază acordul împăratului pentru divorț.
- <sup>53</sup> Atâta timp cât cel care se căsătorește este un fiu de familie, nu putem spune că uniunea cu soția lui duce la întemeierea unei noi familii. Bărbatul va rămâne sub *potestas*, iar femeia va intra sub autoritatea aceluiași *pater familias* sub care se află și soțul ei (a se vedea și Jean Gaudemet, *op.cit.*, p. 7).
- <sup>54</sup> Conform lui Antonio Guarino, *op.cit.*, p. 532, în dreptul roman se făcea diferența între puterea bărbatului avută asupra fiicelor sale, respectiv asupra soției. Astfel, pentru descendentele de sex feminin se utilizau termeni ca *mulieres in manu*, iar pentru soții, *uxores in matrimonio*.
- <sup>55</sup> Michele Ducos, *op. cit.*, p. 62.
- <sup>56</sup> George Dumitriu, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor la români*, București, 1931, p. 5.
- <sup>57</sup> Jerome Carcopino, *op. cit.*, p. 129.
- <sup>58</sup> Gaius II. 159.
- <sup>59</sup> Bruno Schmidlin, *Droit prive romain I*, Universite de Geneve, 2008, p. 122.
- <sup>60</sup> Antonio Guarino, *op.cit.*, p. 555.
- <sup>61</sup> Întâlnim această practică și în dreptul canonic, apoi în cel natural al sec. XVIII, când țelul juriștilor a fost acela de a încuraja alegerea liberă a partenerului, contrar cutumei ancestrale conform căreia tatăl era cel care alegea soțul pentru fiica sa.
- <sup>62</sup> Bruno Schmidlin, *op. cit.* , p. 124.
- <sup>63</sup> Jean Gaudemet, *op.cit.* , p. 44.

- <sup>64</sup> Este posibil ca această formă de căsătorie să fi apărut odată cu desacralizarea familiei romane, prin admiterea căsătoriilor între patricieni și plebei. Având în vedere că femeia rămânea sub puterea juridică a tatălui ei, patricienii păstrau în familia lor bunurile care ar fi trecut, prin căsătorie, într-o familie de origine plebee. Era păstrată astfel integritatea patrimoniului familial, femeii revenindu-i doar uzufructul averii. După Bruno Schmidlin, *op. cit.*, p.131, căsătoria *sine manu* ar fi adus femeii, pe plan juridic, ceea ce se obținuse în practică de mult timp : o poziție liberă și independentă.
- <sup>65</sup> Antonio Guarino, *op.cit.* , p. 557,577.
- <sup>66</sup> Antonio Guarino face o analogie între acest principiu și cel care stă la baza formării unei *societas: consensus perseverans*.
- <sup>67</sup> Dispărând oricare dintre cele două elemente, căsătoria *sine manu* nu mai exista. Această simplificare a divorțului a dus la o înmulțire a acestora, ceea ce a determinat autoritățile romane să limiteze acest greșit avânt al cetățenilor.
- <sup>68</sup> George Dumitriu, *op.cit.*
- <sup>69</sup> *Abducere uxorem*.
- <sup>70</sup> Împăratul Antoninus Pius a interzis taților să desfacă după bunul lor plac o căsătorie armonioasă (*bene concordans matrimonium*), doar pentru a face uz de autoritate.
- <sup>71</sup> Digeste 24.1.32.13: *Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affection*. Unii romaniști consideră această formă de divorț ca una „neformală” (vezi Gomez Ruiz, *op.cit.*, p. 41 ).
- <sup>72</sup> Uneori, juriștii șovăiau în a stabili dacă era vorba de o simplă ceartă sau de o adevărată despărțire. A se vedea Philippe Aries, Georges Duby, *op.cit.*
- <sup>73</sup> C. 5.17.12, Nov. 22.19.
- <sup>74</sup> Schulz, I principia del Diritto Romano, Firenze, 1949, p. 128 *apud* Gomez Ruiz, *op. cit.*, p. 43
- <sup>75</sup> Comparativ cu epoca lui Cicero, când despre o soție care se căsătorea cu alt bărbat, se spunea că a divorțat *ipso facto* de cel dintâi, al doilea mariaj fiind perfect valid.
- <sup>76</sup> Jean Gaudemet, *op. cit.*, p. 67.
- <sup>77</sup> Digeste 24.2.1.
- <sup>78</sup> Digeste 49.15.12.4.
- <sup>79</sup> Digeste 49.15.4.1.
- <sup>80</sup> Acesta ne duce la concluzia că refuzul femeii era asimilat, sub anumite aspecte, divorțului.
- <sup>81</sup> Seneca, *De beneficiis*, III, 16.2. Conform lui, anumite femei romane de spiță nobilă își numărau anii după numărul soților : „ Nicio femeie nu mai roșește că-și desface căsătoria, de vreme ce ilustrele matroane au obiceiul să-și numere anii nu după numele consulilor, ci după cel al soților. Ele divorțează ca să se mărite și se mărită ca să divorțeze.”
- <sup>82</sup> Antonio Guarino, *op. cit.*, p. 559.
- <sup>83</sup> Cicero, *Epistulae ad Familiares*, VIII.7.
- <sup>84</sup> Plutarh, *Pompei*, IV și X.
- <sup>85</sup> Jerome Carcopino, *op. cit.* p.132.
- <sup>86</sup> Procedură confirmată prin stipulația *cautio rei uxoriae*, care este asigurată printr-o acțiune civilă. Istoricii afirmă că nici în sec. V î. Hr. nu exista la Roma sau în Latium nici stipulație, nici *actio rei uxoriae*, fiindcă în acea perioadă nu întâlnim căsătorii desființate prin divorț.
- <sup>87</sup> *Retentio propter liberos, propter mores, propter impensans* (indemnizații pentru pagubele ce-i vor fi cauzate soțului prin risipă), *propter res donatas, propter res amotas* (indemnizații pentru pagubele ce-i vor fi cauzate soțului prin deturnări).
- <sup>88</sup> După cum constată Juvenal în V, 212, soțul nu poate da nimic fără consimțământul ei, nu poate vinde nimic dacă ea se opune, nu poate cumpăra nimic dacă ea nu vrea.



- <sup>89</sup> Această condiție se aplica doar în contextul în care soția rămânea fidelă soțului ei.
- <sup>90</sup> *Adulterium* reprezintă relaxia sexuală pe care o femeie căsătorită o avea cu un alt bărbat decât soțul ei.
- <sup>91</sup> Ulpian 6.9.
- <sup>92</sup> Philippe Aries, Georges Duby, *op.cit.*, p. 50.
- <sup>93</sup> Michele Ducos, *op. cit.*, p. 66.
- <sup>94</sup> Cu toate acestea, în Digeste 43.30.3.5 este amintit un caz în care mama câștigă custodia copiilor pe motiv că tatăl, în speță fostul ei soț, a dat dovadă de „răutate”. Fiindcă sursa juridică nu descrie în amănunțime starea de fapt, ne putem imagina că acest termen se referă ori la violența asupra membrilor familiei, ori la indiferența bărbatului în ceea ce privește viitorul financiar al copiilor. De asemenea, Codul lui Iustinian descrie un caz în care fostul soț a fost obligat să asigure copiii suport financiar. Inițial, acesta negase calitatea de tată.
- <sup>95</sup> Digeste 25.3.1.
- <sup>96</sup> Vladimir Hanga, Mircea Dan Bob, *Curs de drept privat roman*, ed. a V-a, revizuită și adăugită, Universul Juridic, București, 2013, p. 121.
- <sup>97</sup> Aprox 210 î. Hr. – 116-115; î. Hr. a fost pretor în anul 148 î. Hr., consul în 143 î.Hr., proconsul al Spaniei în 142 î. Hr. și censor în 131 î.Hr.
- <sup>98</sup> Metellus a fost ales censor în 131 î. Hr, pledând pentru eradicarea libertinajului care exista la Roma. Într-un discurs el chiar a susținut că mariajul trebuie să fie obligatoriu pentru toți cetățenii, însă proiectul său nu a fost aplicat decât în perioada lui Octavian Augustus.
- <sup>99</sup> Titus Livius, *Ab Urbe Condita*, 134-142.
- <sup>100</sup> Mihaela Paraschiv, *op. cit.*, p. 129.
- <sup>101</sup> Martial, VI, 7 în Persius, Juvenal, Martial, *Satire și Epigrame*, București, 1967, trad. de T. Măinsecu și A. Hodoș: *Quae nubit totiens, non nubit: adultera lege est.*
- <sup>102</sup> Juvenal, *Satira a VI-a*, în Persius, Juvenal, Martial, *op. cit.*, p. 281.
- <sup>103</sup> Digeste, XXIV, 2.2.1.
- <sup>104</sup> R. Paribeni, *La famiglia romana*, Roma, 1929 apud Jerome Carcopino, *op. cit.*, p. 136.
- <sup>105</sup> Philippe Aries, Georges Duby, *op.cit.*, p. 46-47.
- <sup>106</sup> *Ibidem.*, p. 53-54.
- <sup>107</sup> În ceea ce privește clasificarea acestor *leges publicae*, ele nu erau dintre cele perfecte, ci se încadrau în categoria celor imperfecte și mai puțin perfecte, Ulpian amintind că acestea aveau caracter prohibitiv sau restrictiv.
- <sup>108</sup> Se acorda tatălui care avea chiar un singur copil viu (sau mort în luptă), *praemia partum*, iar mamei, *ius liberorum*.
- <sup>109</sup> Alături de caracterul de răzbunare pe care l-a avut pedeapsa atribuită încă din cele mai vechi timpuri adulterului, în Imperiu acest fapt este sancționat și din punct de vedere penal, fiind un delict public. În vederea coerciției unor astfel de situații s-au creat tribunale speciale.
- <sup>110</sup> Din conținutul legii putem conchide că forma divorțului era stabilă prin norme dispozitive, iar în caz de adulter prin norme cu caracter obligatoriu.
- <sup>111</sup> Conform lui Gomez Ruiz, acest text din Digeste îl are ca subiect activ doar pe soț, *...qui divortium faciet*.
- <sup>112</sup> Digeste, 24.2.9.
- <sup>113</sup> Mommsen, *Romisches strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 686, Andreev, *Divorce et adultere*, p. 25, Bonfante, *Corso*, p. 255 apud Gomez Ruiz, *op.cit.*, p. 117.
- <sup>114</sup> Aulus Gellius, X.23.5 : *...sive tu adulterare* (n.a. soțul), *digito non auderet contingere neque ius est*. Se invocă faptul că femeia ar putea aduce în familie „sânge străin” prin adulterul ei.

- <sup>115</sup> În perioada lui Antoninus și a lui Marc Aureliu li s-a interzis capilor de familie să intervină în căsniciile fiicelor lor.
- <sup>116</sup> *Crimen*, obiectul unei acuzații publice.
- <sup>117</sup> După Jean Gaudemet, *op. cit.*, p. 51, dreptul de a-și omorî fiica surprinsă în adulter nu este o consecință a dreptului de viață și de moarte (*ius vitae ac necis*) pe care îl avea *pater familias*, ci este mai degrabă exercitarea brutală a unei răzbunări.
- <sup>118</sup> Chiar Augustus a fost obligat să invoce această lege împotriva propriei sale fiice, Iulia, soția lui Tiberiu, și să o expulzeze pe Insula Pandateria.
- <sup>119</sup> Michele Ducos, *op. cit.*, p. 66.
- <sup>120</sup> Paul, II. 26.1-8, 10-12, 14-17.
- <sup>121</sup> Papinian, în *Digeste* 48.5.23.4, se bazează pe afecțiunea paternă pentru a evita astfel de consecințe inumane.
- <sup>122</sup> Cei doi aflându-se sub puterea aceluiași *pater familias*, ambii erau *alieni iuris*.
- <sup>123</sup> În unele texte întâlnim și termenul de *stuprum* sau *lenocinium*, adică a-ți continua viața în comun cu o femeie a cărei moralitate lasă de dorit. Paul II. 26.8 : *Cum, qui in adulterio deprehensam uxorem non statim dimisserit, reum lenocinii postulare placuit*. Din *Digeste* 48. 5. 2. 6 aflăm că Împăratul Septimio Severo a condamnat pentru *lenocinium* pe Claudio Gorgo, senator, când acesta din urmă nu și-a acuzat soția de adulterul pe care îl comisese și asupra căruia fusese surprinsă.
- <sup>124</sup> În *Corpus Inscriptionum Latinarum*, printre inscripțiile romane adunate acolo, în marea lor majoritate epitafuri, se găsesc frecvent ocupațiile de coafeză-*omatrix*, croitoreasă-*sarcinatrix*, librar-*libraria*, vânzătoare de pește-*piscatrix*, de legume-*negotatrix leguminaria*, de lână-*lanipenda*, de mătase-*sericaria*. O denumire generală pentru femeile care dețineau o afacere ar fi cea de negustorese, adică *mercatrices*.
- <sup>125</sup> Această pedeapsă este amintită și în *Digeste* 25.3.1.
- <sup>126</sup> Paul 4.6.
- <sup>127</sup> O căsătorie legitimă oferea în dreptul roman calitatea de *nupta* pentru femeie.
- <sup>128</sup> Celibatul era pentru romani o impietate, pentru că primejdia perpetuarea cultului zeilor Mani, privându-i de urmașul ce urma să-l oficieze după moartea strămoșilor săi.
- <sup>129</sup> Jean Gaudemet, *op. cit.*, p. 48.
- <sup>130</sup> Erau interzise căsătoriile cu prostituate, femei adulterine și cu actrițe. Citându-l pe Gomez Ruiz, „un bărbat care se căsătorește cu o femeie adulterină, putea fi considerat adulterin”. Mai mult, senatorilor și descendenților lor nu li se admiteau căsătoriile nici cu liberte sau femei ingenuie *abscuro loco natae*, care erau considerate *turpes*. De aici se înțelege că, dacă fostul stăpân al unei liberte, momentan actualul ei soț primește demnitatea de senator, căsătoria lor va fi desființată *ipso iure*.
- <sup>131</sup> *Digeste* 23.2.42: „...semper inconiunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum est.”
- <sup>132</sup> Philippe Aries, Georges Duby, *op. cit.*, p.49.
- <sup>133</sup> Este vorba despre legile somptuare, legea privind adulterul și castitatea, cea referitoare la corupție și la cea care a avut ca obiect căsătoria între persoane cu statut social și juridic diferit.
- <sup>134</sup> Când, în cadrul unui spectacol public, Octavian a fost rugat insistent de către cavalerii săi să revoce aceste legi, Împăratul l-a dat exemplul pe Germanicus, care își ținea o parte dintre copii lângă el, iar pe alții îi legăna pe genunchi. Din aceste gesturi afectuoase, militarii au înțeles să nu se mai împotrivescă, ci să urmeze exemplul tânărului bărbat.
- <sup>135</sup> Căsătoriile anunțate erau amânate la nesfârșit, fără a fi celebrate vreodată. Se eludau astfel ordinul împăratului și implicit sancțiunile aplicate recalcitranților.
- <sup>136</sup> *Digeste* 24.2.3.

- <sup>137</sup> Digeste 24.3.22.7.
- <sup>138</sup> Digeste 24.2.4.
- <sup>139</sup> Digeste 24.3.22.7.
- <sup>140</sup> Lege care a primit numele celor doi consuli aflați la conducere în acel an și care, împreună cu *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, au trasat limite riguroase în ceea ce privește posibilitățile de moștenire între cei doi soți (Gomez Ruiz, *op.cit.*, p. 50).
- <sup>141</sup> Gomez Ruiz, *op.cit.*, p. 29.
- <sup>142</sup> Jerome Carcopino, *op. cit.*, p. 132.
- <sup>143</sup> Michele Ducos, *op. cit.*, p. 67. A se vedea și nota de subsol 122.
- <sup>144</sup> *Cassell's Latin dictionary*, coord. J.V.R. Marchant, Joseph F. Charles, Ed. Funk & Wagnalls Company, New York, p. 544 *apud* David C. Ford, *Bărbatul și femeia în viziunea Sfântului Ioan Gură de Aur*, Ed. Sofia, București, 2004, p. 39.
- <sup>145</sup> Suetonius, *The Lives of the Caesars, The Life of Augustus*, 34.
- <sup>146</sup> Philippe Aries, Georges Duby, *op. cit.*, p. 51.
- <sup>147</sup> Epictet *apud* Philippe Aries, Georges Duby, *op.cit.*, p. 56.
- <sup>148</sup> Philippe Aries, Georges Duby, *op. cit.*, p. 57.
- <sup>149</sup> Există și voci care interpretează textul de lege în sensul că averea femeii revenea statului, în timp ce soțul acesteia reținea doar zestrea (*ut et dotem, quam dederat, vel pro ipsa data fuerat, et donationem, quam percepit, amittat*).
- <sup>150</sup> Anne Ewing Hickey, *Women of the Roman aristocracy as Christian monastics*, UMI, Research Press, 1987, p. 54-55 *apud* David C. Ford, *Bărbatul și femeia în viziunea Sfântului Ioan Gură de Aur*, Ed. Sofia, București, 2004, p. 160. Începând cu epoca lui Constantin cel Mare, femeile care comiteau adulter erau pasibile cu pedeapsa cu moartea, pedeapsă care nu se aplica însă și bărbaților adulterini.
- <sup>151</sup> *Codex Theodosianus*, 3.16.1.
- <sup>152</sup> P.L. Reynolds, *Marriage in the Western Church: the Christianization of marriage during the patristic and early medieval periods*, Leiden, New York, Brill, 1994, p. 50.
- <sup>153</sup> C. 5.17.7.
- <sup>154</sup> A se vedea: Sfântul Ioan Gură de Aur, *Cuvântări despre viața de familie*, traducere: Pr. Marcel Hanches, Ed. Învierea, 2005, p. 42 ; Sfântul Vasile cel Mare, *Omilii și cuvântări*, Colecția Părinți și Scriitori Bisericești, traducere Pr. Dumitru Fecioru Ed. Basilica, 2009, p. 214-216.
- <sup>155</sup> An în care la conducerea Imperiului Roman de Apus se aflau Constanțius III și Honorius. A se vedea Eugen Cizek, *Istoria Romei*, Ed. Paideia, București, 2002, p. 565.
- <sup>156</sup> *Codex Theodosianus*, 3.16.2; Judith Evans Grubbs, *Women and the Law in the Roman Empire*, Ed. Routledge, Londra, 2002, p. 234 susține că fostul soț o putea da în judecată pe fosta sa soție doar în cazul în care aceasta era subiectul relațiilor de tip *stuprum*.
- <sup>157</sup> P.L. Reynolds, *op.cit.*, p. 51.
- <sup>158</sup> *Ibidem*, p. 52-53.
- <sup>159</sup> Ed. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 181 *apud* George Fotino, *Pagini din istoria dreptului românesc*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1972, p. 66 : se știe că soțul dispunea de bunurile zestrele fără a avea consimțământul soției sale, excepție făcându-se pentru imobilele cu caracter italic, pentru înstrăinările cărora o lege din timpul lui Augustus - *Lex Julia de fundo dotali*- cerea consimțământul femeii.
- <sup>160</sup> *Idem*.
- <sup>161</sup> Jean Gaudemet, *op. cit.*, p. 200.
- <sup>162</sup> George Fotino, *op. cit.*, p. 51.

- <sup>163</sup> Judith Evans Grubbs, *op. cit.*, p. 205.
- <sup>164</sup> Nicolae Iorga, *Formes byzantines et realites balcaniques*, Bucarest-Paris, 1922 *apud* George Fotino, *op.cit.*, p. 73.
- <sup>165</sup> George Fotino, *op. cit.*, p. 152.
- <sup>166</sup> Conform Vladimir Hanga, Mircea Dan Bob, *op. cit.*, p. 142, aceste forme de divorț erau declarate ilicite. Cu toate acestea, căsătoria rămâne desființată.
- <sup>167</sup> C. 5, 17, 10-11.
- <sup>168</sup> Nov. 22. 5-6.
- <sup>169</sup> P.L. Reynolds, *op.cit.*, p. 54.
- <sup>170</sup> Nov. 117.8,9,12-14.
- <sup>171</sup> Nov. 117.5. În același fel se va proceda și în cazul soției supraviețuitoare (vezi Nov. 53.6), ceea ce ne duce cu gândul la ideea de echitate, în sensul de a se pune soția repudiată pe picior de egalitate cu văduva. George Dumitriu în *op. cit.*, p. 86 se întreabă cum poate fi vorba de o identitate a naturii acestor drepturi, atâta timp cât soția repudiată își valorifică dreptul în timpul vieții soțului ei.
- <sup>172</sup> Printre romaniști se presupune că ar fi vorba de o perioadă de cel puțin cinci ani. Nerespectarea acestei perioade ducea doar la pedepse cu caracter pecuniar, nu și la nulitatea noii căsătorii ( a se vedea Jean Gaudemet, *op. cit.*, p. 199).
- <sup>173</sup> Nov. 117.10.
- <sup>174</sup> Nov. 134.11.
- <sup>175</sup> George Dumitriu, *op. cit.*, p. 6.
- <sup>176</sup> „Dacă o căsătorie este încheiată prin afecțiunea reciprocă a viitorilor soți, este cu siguranță rezonabil ca lipsa acestei afecțiuni din partea amândurora, în timpul căsătoriei, să ducă la desființarea acesteia.”
- <sup>177</sup> J.P.V.D. Balsdon, *Roman women : their history and habits*, Londra, The Boldey Head, 1962, p. 283 *apud* David C. Ford, *op. cit.*, p. 305.
- <sup>178</sup> Gillian Clark, *Women in Late Antiquity: Pagan and Christian Lifestyles*, Oxford, Calderon press, 1994, p.6, *apud* David C. Ford, *op. cit.*, p. 160.
- <sup>179</sup> Jean Gaudemet, *op. cit.*, p. 194.
- <sup>180</sup> W. Basset, *The Bond of Marriage*, 1968, p. 94 *apud* P.L. Reynolds, *op.cit.*, p. 64.
- <sup>181</sup> Charles Diehl, *Justinien et la civilization byzantine au VI-e siecle*, Paris, 1901, p. 32 *apud* George Fotino, *op.cit.*, p. 156.
- <sup>182</sup> *Gynaecoonitis* (gr.), porțiune a casei, în Grecia Antică, rezervată doar femeilor, în timp ce zona folosită de către bărbați se numea *andron*.

## ARTICOLE

### COMPORTAMENTE FRAUDULOASE ALE SOCIETĂȚILOR ÎN MATERIA TVA. ÎNCERCĂRI DE COMBATERE A FRAUDEI FISCALE LA NIVEL NAȚIONAL ȘI EUROPEAN

Larisa POP\*

**Summary. The Fraudulent Behaviour of Companies Regarding the VAT. Attempts against Tax Fraud at National and European Level.** The main subject of this paper is based especially on the annihilation mechanisms for tax fraud circuits that can be found in the VAT field, which can also lead to harmful effects for the state economy. Even though tax fraud is closely linked to criminal law, this paper analyses the fraud issue, strictly from a fiscal point of view. Our study exhibits the most recent national, European or international provisions, which are meant to fight against these "atrocities".

**Key words:** tax fraud, VAT, carousel fraud, tax fraud control mechanisms

**Cuvinte cheie:** fraudă fiscală, TVA, fraudă carousel, mecanisme de combatere a fraudei fiscale

Subiectul central al acestei lucrări se grefează în jurul mecanismelor de aneantizare a circuitelor de fraudă fiscală, regăsite în sfera TVA-ului, dăunătoare economiei de stat. Deși fraudă fiscală este indisolubil legată de materia dreptului penal, lucrarea de față tratează problematica fraudelor strict din perspectiva dreptului fiscal. Studiul vizează o expunere a celor mai actuale prevederi menite să lupte împotriva acestor atrocități, prevederi ce au fost adoptate la nivelul dreptului național, al dreptului european și al dreptului internațional.

#### I. DESPRE FRAUDA FISCALĂ

##### Scurte considerente cu privire la delimitarea noțiunilor de fraudă și evaziune fiscală

Binomul metaforico-paradoxal de „*fraudă fiscală legală și fraudă fiscală ilegală*” este des uzitat în literatura de specialitate de nenumărați autori, însă o abordare oportună în sfera acestei materii se concretizează prin folosirea noțiunilor de „*evaziune fiscală*” și „*fraudă fiscală*”<sup>1</sup>. Adesea, cele două noțiuni sunt asimilate, fiind folosite în context analitic ca sinonime. Această imprecizie derivă din distincția făcută în țările anglo-saxone între „*tax evasion*” care desemnează fraudă fiscală și „*tax avoidance*” cunoscută sub denumirea de evaziune fiscală.<sup>2</sup> Distincția amintită este regăsită și pe plan internațional, în diverse regulamente de luptă împotriva fraudelor și evaziunilor fiscale, adoptate de OCDE.<sup>3</sup> Astfel, „*tax evasion*” (frauda

fiscală)/„tax fraud” constă într-o activitate ilegală care este pedepsită de legea penală. Ilegalitatea se produce fie prin false declarații a veniturilor sau întocmirea de facturi false, fie prin acțiuni sau omisiuni mai puțin grave, care constau în nedeclararea completă a veniturilor.<sup>4</sup> La polul opus întâlnim așa numita „tax avoidance”, cunoscută ca veritabila evaziune fiscală. Ea presupune demararea unor acțiuni din partea contribuabilului prin care evită o barieră fiscală, fără a săvârși o faptă penală.<sup>5</sup> Comportamentul operatorului economic este perfect legal, iar țările recunosc dreptul acestuia de a demara astfel afacerile și în consecință de a plăti taxe mai mici. Totuși, asemenea practici, considerate legale, ar trebui să constituie o preocupare a guvernelor. Acestea ar trebui să remedieze lacunele legislative care creează serioase deficiențe bugetare și sunt contrare echității fiscale.

Această confuzie terminologică este regăsită și în practica Curții de Justiție a Uniunii Europene, reliefată în afacerea **C-9/02**.<sup>6</sup> Astfel, la punctul 51 din cuprinsul acestei hotărâri Curtea arată că „Transferul realizat de o persoană impozabilă, situată în afara teritoriului unui stat membru, nu implică în sine o evaziune fiscală (tax avoidance). Evaziunea sau fraudă fiscală (tax evasion) nu poate fi justificată prin aceea că reședința persoanei impozabile a fost transferată într-un stat membru și nu poate justifica o măsură care compromite exercitarea unei libertăți fundamentale, garantate de tratat.” Abordărilor variate ale statelor membre, cu privire la noțiunile de fraudă și evaziune fiscală, au determinat Curtea să utilizeze aceste concepte într-o manieră interșarjabilă. Astfel, CJUE nu diferențiază între fraude fiscale legale/ilegale, între evaziuni legale/ilegale, și nici între noțiunile de bază – fraudă și evaziune fiscală.

Ca urmare a acestor confuzii, este benefic ca atât statele membre, cât și Curtea, să îmbrățișeze abordarea OCDE cu privire la delimitarea clară între cele două concepte.

Astfel, este de subliniat că „evaziune fiscală” se materializează în efectuarea unor operațiuni anormale, datorate inadvertențelor și ambiguităților legislative, imputabile creatorului normei. *Per se* există în practică asemenea situații în care contribuabilul se sustrage de la îndeplinirea obligațiilor fiscale prin aplicarea conformă a legii. În contrapartidă întâlnim „frauda fiscală” care presupune sustragerea de la onorarea obligațiilor fiscale prin violarea directă a prevederilor normative. În acord cu noțiunea de fraudă, la nivel psihologic, în persoana contribuabilului se naște ideea potrivit căreia interesul personal primează în fața interesului public, cauză a mașinațiunilor de eludare a legii.

## TAXA PE VALOARE ADĂUGATĂ

### a) Aspecte introductive în noțiunea de T.V.A.

Considerațiile generale cu privire la taxa pe valoare adăugată sunt reglementate atât la nivelul național cât și european. Din punct de vedere al definiției noțiunii, cele două sisteme de drept sunt antitetice. Dacă în sistemul național definiția TVA-ului se expune într-o manieră lapidară (Art. 125 Cod fiscal), în reglementarea europeană definiția pare a fi o construcție prolixă (Art.1, alin.(2) din Directiva 2006/112/CE). Fără a intra însă în polemici doctrinare și legislative cu privire la taxa pe valoare adăugată putem susține că TVA-ul este un impozit pe

cifra de afaceri, perceput în fiecare stadiu al producției, ce se aplică într-o manieră proporțională cu prețul perceput de contribuabil, pentru orice bun livrat sau orice serviciu prestat către el și care poate fi dedus din totalul sumei datorate. La final taxa va fi suportată integral de consumatorul final.

## **b) Ce este dreptul de deducere?**

### **1. Definirea noțiunii. Reglementarea națională și europeană, în acord cu jurisprudența CJUE**

Regimul deducerilor este prevăzut în dreptul național, în Capitolul X al Codului fiscal român. Acesta din urmă a fost armonizat cu legislația europeană, Directiva 2006/112/CE, denumită în continuare Directiva TVA, care de asemenea statuează asupra regimului deducerilor în cuprinsul Titlului X. Cu toate acestea, nici reglementarea națională, nici cea europeană, nu definesc noțiunea de „deducere”, considerând a fi suficient să precizeze doar momentul la care ia naștere acest drept, „la momentul exigibilității taxei”.<sup>7</sup>

În doctrină au existat câteva încercări de definire a acestei noțiuni. Astfel, s-a elaborat o teorie care precizează că „*deductibilitatea taxei pe valoare adăugată este un drept ce poate fi exercitat imediat<sup>8</sup> pentru întreaga perioadă de referință, nefiind relevant momentul efectuării propriu-zise a plății prețului către prestator/furnizor*”<sup>9</sup> Această afirmație, eminamente adevărată, cu consecințe practice, poate îmbrăca forma unui principiu caracteristic sferei deducerilor. În acest sens s-a pronunțat Curtea în nenumăratele cauze, obiect al jurisprudenței unitare. Astfel, ideea reiterată cu titlu de principiu, cu privire la modalitatea de acordare a dreptului de deducere o regăsim de la geneza directivelor reglementate în domeniul TVA-ului. În acord cu art. 11, alin(1) din a 2-a Directivă TVA Curtea statuează că<sup>10</sup> este imperios necesară respectarea principiului dreptului de deducere. Potrivit acestuia, dreptul în cauză se exercită imediat dacă persoana care a achiziționat bunul l-a folosit în scopul întreprinderii.

Și în hotărârea din 30 septembrie 2010, din afacerea **C-392/09**, denumită în continuare „*Cauza Uszodaépitő*” se subliniază concepția potrivit căreia dreptul de deducere, de principiu nu poate fi limitat, acesta exercitându-se imediat pentru taxele percepute în amonte, în momentul efectuării unei achiziții<sup>11</sup>. Mai mult, „regimul deducerilor vizează eliberarea integrală a persoanei impozabile de sarcina TVA-ului achitat sau datorat în cadrul tuturor activităților sale economice.”<sup>12</sup> Similar s-a statuat și în afacerea **C-257/11**.<sup>13</sup> La punctele 21 și 22 din hotărâre, Curtea arată că „...*dreptul de deducere face parte integrantă din mecanismul TVA-ului și, în principiu, nu poate fi limitat.*” „*Regimul deducerilor urmărește să degreveze în întregime întreprinzătorul de sarcina TVA-ului datorat sau achitat în cadrul tuturor activităților economice pe care le desfășoară.*” Cu toate acestea, enunțul expus în rândurile anterioare nu poate fi considerat nici pe departe o definiție a noțiunii.

Alți doctrinari au statuat că „*dreptul de deducere este dreptul recunoscut de lege persoanelor impozabile plătitoare de TVA, beneficiare ale livrărilor de bunuri și prestărilor de servicii, de restituire a taxei aferente acestor operațiuni.*”<sup>14</sup> Analizând substanța acestei definiții, deși exhaustivă – cuprinzând toate caracteristicile acestui drept – ea este totuși lacunară și ambiguă. Ambiguitatea rezidă din ultima teză a acestui enunț, referitoare la însemnătatea

efectivă a dreptului de deducere. Conform dicționarului explicativ al limbii române „restituirea” constă în acțiunea de „a înapoia/a returna”. Ca și condiție *sine qua non* a dreptului de deducere, contribuabilul are obligația de a întocmi/deține o factură<sup>15</sup>, acțiune prin care TVA-ul plătit în amonte, în momentul achiziționării unui bun devine deductibil. Astfel, acțiunea *de a factura* nu reprezintă un act de restituire, ci constituie dreptul de deducere în sine. Mai mult, odată cu înscrierea TVA-ului deductibil și a TVA-ului colectat în decont, se va realiza o *compensare* a acestor sume – conform art.105, alin.(1) și (3) din Codul de procedură fiscală,<sup>16</sup> nicidecum o restituire. În cadrul acestui decont are loc etapa regularizării taxelor. Astfel, în cazul în care TVA-ul deductibil este considerabil mai mare decât cel colectat, diferența dintre aceste valori va genera așa-zisă „*taxă negativă*” care se transformă în TVA de rambursat/restituit. Această rambursare presupune obligația din partea statului de a înapoia suma de bani plătită în exces. Corelativul acestei obligații constă în dreptul contribuabilului de a cere rambursarea/restituirea sumei de la stat, drept care este de natură potestativă. Acesta poate opta între a cere rambursarea sau a raporta această sumă în perioada fiscală următoare.<sup>17</sup> În situația în care TVA-ul colectat este mai mare decât TVA-ul deductibil, diferența dintre cele două valori va genera soldul taxei de plată pe care contribuabilul va avea obligația să o vireze statului, suma obținută din efectuarea acestei diferențe fiind numită în practică TVA de plată.

Ținând cont de aceste observații, consider că atât legiuitorul român, cât și cel european ar trebui să definească noțiunea dreptului de deducere, astfel încât ea să fie înțeleasă și de profanul neinițiat în știința dreptului.

## **2. Condițiile necesare exercitării dreptului de deducere**

### **2.1 Cele două condiții sine qua non**

Pentru a beneficia de deducerea TVA-ului este necesară îndeplinirea cumulativă a două condiții<sup>18</sup>. Prima condiție vizează elementele de fond, stabilite de art. 145, alin.(1) Cod fiscal, mai exact momentul la care dreptul de deducere ia ființă – în momentul exigibilității TVA-ului.<sup>19</sup> A doua condiție este una formală, instituită la art. 146, alin.(1) Cod fiscal, condiție care impune contribuabilului „să dețină o factură întocmită în conformitate”<sup>20</sup> cu prevederile legii și totodată să înscrie în decont TVA-ul colectat, aferent perioadei fiscale în cauză. Dacă aceste condiții sunt îndeplinite<sup>21</sup>, dreptul de deducere se exercită imediat, fără a putea fi restricționat de autoritățile fiscale. În acest sens s-a pronunțat și CJUE în cauza **C-152/02**,<sup>22</sup> stabilind condițiile necesare în vederea exercitării dreptului de deducere. Ținând cont de aria temporală în care litigiul a avut loc – anul 2002 fiind anul în care Curtea s-a pronunțat – e de la sine înțeles că în speța de față, textul legal incident este Directiva 77/388/EEC, denumită în continuare Directiva a 6-a. Astfel, Curtea a interpretat art.17, alin.(2), lit.a din a 6-a Directivă, căruia în momentul actual îi corespunde art.167 din Directiva 2006/112/CE<sup>23</sup>. Aceste texte statuează regula potrivită căreia dreptul de deducere se naște în momentul exigibilității taxei. În cauză au mai fost incidente încă două texte; art.18, alin.(2) coroborat cu art.22, alin.(3) din a 6-a Directivă. Acestor texte le corespund art. 218, art.219 și art.222 din Directiva TVA care prevăd că dreptul de deducere se evidențiază prin întocmirea unei facturi sau a unui document justificativ. Acest din urmă act se emite în cel puțin a 15-a zi lucrătoare a lunii următoare în care



a intervenit faptul generator. În vederea exercitării dreptului de deducere, Curtea a arătat că principiul proporționalității și al neutralității nu se încalcă prin impunerea unor astfel de condiții, rezultate în urma interpretării conforme a legislației europene. Astfel, dreptul de deducere trebuie exercitat ținând cont de perioada în care cele două cerințe impuse de reglementare (fie ea vetustă, fie ea actuală) sunt satisfăcute.<sup>24</sup> Aceste cerințe vizează, în primul rând, faptul că bunurile trebuie să fie livrate sau serviciile să fie prestate, moment prin care se stabilește faptul generator, care coincide totodată cu momentul exigibilității taxei. În al doilea rând, este necesar ca persoana impozabilă să dețină o factură sau un document justificativ care poate fi asimilat unei facturi, în funcție de criteriile impuse de stat.<sup>25</sup>

În vederea exercitării dreptului de deducere și în acord cu problematica valabilității actelor justificative deținute, se analizează și procedeu raportării taxei negative în perioada fiscală următoare.<sup>26</sup> Taxa negativă se obține în urma efectuării diferenței dintre TVA-ul deductibil și TVA-ul colectat, unde cel dintâi TVA este considerabil mai mare. În practică se nasc polemici care au ca subiect central această taxă. Astfel, în cazul în care o societate decide să raporteze suma negativă în perioada fiscală următoare, fără a-și exercita efectiv dreptul de rambursare a TVA-ului, iar această raportare se efectuează lunar în decursul a mai multor exerciții financiare<sup>27</sup>, societatea în cauză devine suspectă de fraudare. Această prezumție de fraudare își are originea în mecanismele ingenioase ale contribuabililor de a obține dreptul de deducere. Așadar, este posibil ca societatea în cauză să înscrie în contabilitate facturi fictive prin care să evidențieze un număr mai mare de achiziții față de livrările efectuate, astfel încât, în decontul contabil să se realizeze compensarea taxelor. Totuși, compensarea în cauză are caracter fraudulos deoarece acel drept de deducere se dobândește în mod nejustificat și totodată ilegal prin emiterea unor facturi fictive, pentru a „șterge” taxa datorată bugetului general consolidat. În plus, această prezumție este relativă și poate fi răsturnată prin proba contrară, fie în momentul efectuării controlului de către ANAF, fie în fața instanțelor de judecată.

## **2.2 Despre factură. Condiție a exercitării dreptului de deducere**

Totodată, lipsa elementelor esențiale din cuprinsul facturii constituie o bază suficientă pentru decizia autorităților de a nu acorda dreptul de deducere contribuabilului în cauză<sup>28</sup>. Totuși, contribuabilul trebuie să țină cont de drepturile de care poate uza în procedura fiscală, cel mai important fiind dreptul de informare și demararea unei continue colaborări cu organele fiscale pentru a remedia problemele întâmpinate. Prin aceste privilegii acordate operatorului economic, se pot concretiza soluții astfel încât dreptul de deducere să nu fie reprimat. Un astfel de procedeu privește corectarea facturilor ulterior emiterii,<sup>29</sup> contribuabilul putând lua legătura cu furnizorii săi, în vederea regularizării actului în cauză.<sup>30</sup> Această idee este susținută și de jurisprudența relativ actuală a Curții, prin cauza **C-368/09**.<sup>31</sup> În speța de față reclamanta a perfectat o serie de contracte ce aveau ca obiect prestarea unor lucrări și servicii de reparare a unor poduri și efectuarea unor canale pluviale. Societatea a subcontractat efectuarea lucrărilor. Problema evocată în speță privește data înscrisă pe facturile emise de reclamantă către beneficiar și de subcontractant către reclamantă. Astfel, datele înscrise pe facturile emise de societate erau anterioare datelor înscrise pe facturile emise de subcontractant.

Cele dintâi date, regăsite în facturile reclamantei, atestă momentul finalizării lucrărilor. Deși subcontractantul și-a asumat greșeala și a recorectat facturile, autoritățile fiscale nu i-au acordat drept de deducere societății reclamante. Motivul invocat consta în aceea că, datele facturilor erau necorespunzătoare și că recorectarea acestora nu s-a realizat conform unei numerotări continue a facturilor emise ulterior prin care s-au anulat facturile inițiale. CJUE nu a îmbrățișat această optică a instanțelor naționale, susținând că art.167, art.178, lit.a, art.220, pct.1 și art.226 din Directiva 2006/112/CE nu împiedică acordarea dreptului de deducere în urma recorectării facturilor, chiar dacă notele de credit prin care s-au anulat facturile anterioare nu au o numerotare continuă.

Există o obligație în sarcina statelor membre cu privire la acordarea posibilității recorectării facturii. În urma acestei recorectări, beneficiarul dreptului de deducere îl poate exercita imediat. Totuși, Curtea arată ca acest drept poate fi restrâns dacă persoana impozabilă a furnizat autorităților fiscale o factură corectată, după emiterea deciziei de către autoritate. Prin acest procedeu persoana poate împiedica colectarea conformă a taxei.<sup>32</sup> O altă modalitate de reprimare a dreptului de deducere, permisă de Curte, se identifică atunci când nu există operațiune impozabilă efectivă<sup>33</sup>, chiar dacă în declarația rectificativă a emitentului nu s-a recorectat TVA-ul. Verificarea cum că emitentul facturii e implicat într-o fraudă îi va reveni statului sau instanței naționale. Această probă nu-i poate fi impusă destinatarului facturii.

În dreptul intern, dreptul de deducere putea fi limitat în baza unui RIL<sup>34</sup> care prevedea că „Taxa pe valoare adăugată nu poate fi dedusă... în situația în care documentele justificative prezentate nu conțin sau nu furnizează toate informațiile prevăzute de dispozițiile legale în vigoare la data efectuării operațiunii pentru care se solicită deducerea TVA.” Această prevedere a născut însă controverse practice. Astfel, în dosarul Nr. 9405/99/2012<sup>35</sup>, obiect al Curții de Apel Iași, s-a adus în discuție compatibilitatea acestei prevederi cu dreptul european, mai exact cu Directiva 2006/112/CE. În fapt, reclamantul a solicitat acordarea dreptului de deducere a TVA-ului plătit în amonte pentru o serie de bunuri, care i-au fost furnizate de la partenerul contractual. Autoritățile fiscale au refuzat acordarea acestui drept pe motiv că factura deținută de beneficiar nu corespundea din punct de vedere formal cu prevederile legislative naționale. Mai mult, argumentul autorității fiscale se fundamentează și pe faptul că, co-contractantul nu a declarat și nici nu a plătit TVA-ul colectat la stat, generând astfel pierderi în cadrul bugetului de stat.

În apărare, reclamanta arată că Decizia Nr. V din data de 15.01.2007 este „caducă”<sup>36</sup> deoarece aceasta nu a fost armonizată cu prevederile Directivei 2006/112/CE, prevedere care a devenit parte integrantă a dreptului național odată cu aderarea României la U.E în datat de 01.01.2007. Astfel, această decizie avea în vedere doar legislația existentă până în data de 31.12.2006.<sup>37</sup> Totodată, aceasta mai arată că instanța națională nu respectă dreptul european art.168, lit.a și art.178, lit. a din Directiva 2006/112/CE și nici jurisprudența constantă a Curții, cu privire la interzicerea restricționării dreptului de deducere. Deși art. 22 din Directiva TVA permite statelor membre să impună reguli proprii în vederea îndeplinirii de către contribuabil a obligațiilor ce-i incumbă – de a declara și a efectua plata – acestea nu pot fi însă excesive. Astfel, reglementările naționale nu pot să aducă atingere drepturilor recunoscute beneficiarilor pe plan european. După cum am arătat în rândurile anterioare, persoanei nu i se poate limita

dreptul de deducere doar pe motivul existenței unei nereguli formale. În acest caz, statul este obligat să-i permită operatorului economic rectificarea greșelii existente. Trebuie să se țină cont de regula potrivit căreia „*fondul dreptului trebuie să prevaleze formei deoarece, în caz contrar s-ar încălca principiul neutralității TVA.*”<sup>38</sup> În consecință, Decizia Înaltei Curți este contrară prevederilor europene, motiv pentru care este de preferat înlăturarea ei din sfera normelor fiscale existente.

### **2.3 Condiții suplimentare impuse de statele membre**

În încercările repetate de a împiedica fraudă la nivelul dreptului de deducere, statele membre impun, pe lângă condițiile de bază analizate anterior, o serie de alte cerințe prin care limitează exercitarea acestui drept. Totuși, aceste condiții suplimentare sunt tratate de Curte ca fiind nejustificative. În afacerea **C-385/09**<sup>39</sup> societatea în cauză a achiziționat bunuri în statul membru de proveniență și apoi le-a transferat într-o țară terță. Aceste activități au fost realizate de societate în timpul cât ea nu figura ca persoană impozabilă. Într-un termen rezonabil aceasta a întreprins toate formalitățile de înregistrare și a devenit un veritabil operator economic. Dar dreptul de deducere i-a fost refuzat de administrația fiscală pe motiv că nu era identificată în scopuri de TVA înaintea realizării tranzacțiilor. Curtea arată că singura condiție de formă impusă de art. 168, lit.a din Directiva TVA este aceea că persoana impozabilă trebuie să dețină o factură. De asemenea persoana trebuie să declare momentul începerii/încetării activității sale. Însă, pentru neîndeplinirea celei din urmă formalități persoana impozabilă nu poate fi sancționată cu pierderea dreptului de deducere. Chiar dacă statelor membre le este permis să întreprindă măsuri în vederea combaterii fraudelor fiscale, aceste măsuri nu pot aduce atingere dreptului de deducere.

Similar s-au impus condiții suplimentare de către statul membru, în vederea exercitării dreptului de deducere. În fapt, asociații unei viitoare entități economice au achiziționat o carieră de piatră, pe care mai târziu au adus-o ca aport în întreprindere. Aceștia au apelat și la serviciile unui notar public în vederea înființării și înregistrării conforme a societății. În final, întreprinderea nou înființată solicită exercitarea dreptului de deducere pentru cele două operațiuni. Administrația fiscală refuză. Curtea arată că achiziția în cauză s-a realizat în scop economic și dreptul de deducere e câștigat de societate, chiar dacă ea s-a constituit ulterior achiziției și serviciului prestat. Astfel, art.9, art.168 și art.169 din Directiva TVA se opun unei reglementări naționale care interzice acordarea dreptului de deducere pe motivele evocate în rândurile anterioare. E contrar principiului neutralității neacordarea dreptului de deducere societății neînregistrate încă, în condițiile în care există identitate de persoane în vederea plăților și beneficiilor obținute. Această condiție de înregistrare e una pur formală, iar nerespectarea ei nu poate reprima dreptul de deducere.<sup>40</sup>

Dacă aceste condiții formale, impuse suplimentar de statele membre nu sunt agreate de Curte, în încercările disperate de combatere a fraudelor în acest domeniu, statele au impus o condiție cu privire la termenul de exercitare a dreptului de deducere. Această condiție a fost aprobată de Curte în jurisprudența sa constantă. Astfel, CJUE arată că atât art.17 și art.18 alin.(2) și (3) din a 6-a Directivă<sup>41</sup>, precum și art.179, alin.(1) și art.180 din Directiva TVA<sup>42</sup> nu

interzic implementarea unui termen de decădere în interiorul căruia să se exercite dreptul de deducere. Dacă acest termen nu face imposibilă exercitarea acestui beneficiu și nici nu aduce atingere principiului echivalenței și efectivității, condiția impusă de statele membre cu privire la existența unui drept de decădere este binevenită.

### **3. Practici abuzive ale contribuabililor din statele membre**

Excesivele obligații fiscale impuse de stat conduc contribuabilul la încercări de eliberare de sub jugul fiscalității, eliberări care de cele mai multe ori îmbracă forma ilicitului. Astfel, într-o serie de spețe consacrate, Curtea a refuzat acordarea dreptului de deducere contribuabilul beneficiar, pe motivul existenței unei practici abuzive.

Aceste practici nelegale își pot găsi fundament începând cu facturarea intenționat greșită a TVA-ului, până la îmbrățișarea unui scop contrar legislației europene. Astfel, într-o speță recunoscută unanim, practica abuzivă s-a regăsit în cadrul condițiilor de existență a dreptului de deducere. Societatea în cauză încerca, prin mijloace abuzive, să stabilească momentul exigibilității taxei la o dată anterioară decât cea prevăzută de lege – anterior livrării bunurilor/ prestării serviciilor. Prin această practică societatea își rezerva drept de deducere pentru o perioadă de 7 ani, pentru bunuri care nu erau supuse taxei și nu mai nașteau drept de deducere, potrivit noii legi.<sup>43</sup> În speța de față Curtea a statuat corect, bazându-se pe reglementarea europeană în vigoare la acel moment, că taxa devine exigibilă<sup>44</sup> în momentul nașterii faptului generator sau după acest moment, dar niciodată înainte, doar cu excepția expres prevăzută de lege. Iar în cazul plăților anticipate, bunurile și serviciile trebuie să fie expres identificate și nu expuse haotic într-o anexă a contractului care poate fi modificată oricând. Curtea a mai implementat ideea potrivit căreia „livrările de bunuri și prestările de servicii intră sub incidența TVA și nu plățile efectuate pentru aceste bunuri sau servicii.”<sup>45</sup> În concluzie, Curtea a decis că nu intră sub incidența reglementărilor europene acele avansuri ce reprezentau plăți globale pentru bunuri haotic descrise în anexa ce putea fi modificată oricând. De asemenea, prevederile europene nu înglobează situațiile în care cumpărătorul poate rezilia oricând contractul în mod unilateral, recuperând astfel sumele plătite cu titlu de avans. Se observă clar mecanismul fraudulos întreprins de acești contribuabili, fapt pentru care se justifică reprimarea dreptului de deducere solicitat de societate în temeiul unor astfel de contracte încheiate în scopul sustragerii de la plata TVA și a prejudicierii statului.

Din jurisprudența CJUE se desprind reguli care trebuie aplicate întocmai de instanțele naționale. Astfel, în afacerea **C-255/02**<sup>46</sup> Curtea a arătat că art.17, alin.(6) din a 6-a Directivă trebuie interpretat în sensul că „dreptul comunitar nu poate fi invocat în scopuri abuzive sau frauduloase.”<sup>47</sup> De asemenea se arată că dreptul european nu poate constitui o bază pentru tranzacțiile care au ca scop obținerea avantajelor fiscale prin mijloace ilicite.<sup>48</sup> Mai mult, Curtea, prin jurisprudența sa și prin aplicarea corectă a legislației europene, luptă împotriva abuzurilor și a fraudelor fiscale, încercând prin cauzele soluționate să înlăture astfel de practici dăunătoare. Ca regulă, dreptul de deducere trebuie exercitat imediat și are ca scop „scutirea comerciantului în totalitate de sarcina TVA datorată sau plătită în cursul activităților economice.” Prin excepție, acest drept poate fi limitat dacă face obiectul unor tranzacții

abuzive sau frauduloase care au ca scop obținerea unui avantaj fiscal prin eludarea legii și sustragerea de la plata TVA-ului.<sup>49</sup> Se mai arată că, în cazul în care se descoperă un concurs fraudulos al contribuabililor, aceștia nu trebuie sancționați pe baza unor legi clar aplicabile. Este suficient ca statele să reglementeze nașterea obligației de restituire a TVA-ului dedus din eroare, de către contribuabilul fraudulent sau adoptarea unei alte forme de sancțiuni care să nu aducă atingere principiului neutralității fiscale.<sup>50</sup> „În acest scop, autoritățile fiscale sunt îndreptățite să solicite, cu titlu retroactiv, restituirea sumelor deduse în legătură cu fiecare tranzacție ori de câte ori descoperă că dreptul de deducere a fost exercitat abuziv.”<sup>51</sup>

În jurisprudența CJUE, recunoscută unitar de toate statele aderente la Uniune, se reliefează că persoanele impozabile au un drept potestativ între a opta sau nu în vederea taxării unei anumite operațiuni. Astfel, art.13, lit.c din a 6-a Directivă nu se opune posibilității contribuabilului să opteze în vederea taxării închirierii unui bun imobil. În consecință, această alegere va naște drept de deducere în persoana operatorului economici pentru TVA-ul plătit, în vederea realizării acelei construcții.<sup>52</sup> Totuși, se pot întâlni situații în care, prin intermediul acestei opțiuni să se urmărească fraudarea legii și obținerea beneficiului deducerii într-un mod neonest. O astfel de speță a făcut obiectul Curții în afacerea **C-223/03**.<sup>53</sup> În fapt, o universitate deține în proprietate două clădiri, pe care dorește să le renoveze. Într-o eventuală operațiune de reabilitare a clădirilor, universitatea nu va avea drept de deducere deoarece este proprietarul bunurilor. Așadar, universitatea constituie un trust căruia îi transmite proprietatea celor două clădiri. La rândul său, trustul va închiria bunurile universității. Se optează ca operațiunea de închiriere să fie taxabilă. În aceste condiții, universitatea devine persoană impozabilă, iar în contul serviciilor de renovare se va naște dreptul de deducere. Contractul s-a perfectat pe 15 ani, pentru ca universitatea să beneficieze cât mai mult de dreptul de deducere nejustificat.

Constatarea existenței unei practici abuzive reiese din obiectul, scopul și efectele operațiunii și nu din perfectarea efectivă a tranzacțiilor.<sup>54</sup> Dacă o anumită clauză contractuală, la care a recurs o societate sau dacă intervenția unei societăți terțe constituie o practică abuzivă, aceste aspecte trebuie rectificate astfel încât, prin eliminarea elementelor negative, practica să nu mai fie de natură abuzivă. Recalificarea nu trebuie să depășească ceea ce e necesar pentru asigurarea colectării corecte a TVA-ului și stoparea fraudelor.<sup>55</sup>

#### ***4. Despre limitarea dreptului de deducere în cadrul tranzacțiilor frauduloase. Jurisprudența CJUE***

Limitările impuse de statele membre în legislația proprie par să reflecte deseori abuzuri din partea administrației. Limita dintre abuz și necesar este fină, iar judecătorul național încearcă să găsească rațiunea implementării unor astfel de măsuri. Totuși, în jurisprudența CJUE soluțiile date de Curte par a fi în detrimentul unor astfel de limite, conferind protecție beneficiarului dreptului de deducere. Prin excepție astfel de limite sunt permise dacă au ca deziderat stoparea și eliminarea fraudelor fiscale.

În jurisprudența vastă, Curtea a trasat câteva linii directoare cu privire la posibilitatea limitării dreptului de deducere de către statele membre. Astfel, s-a arătat că statele pot menține limitele generale existente în legislația proprie până în momentul intrării în vigoare a directivei.<sup>56</sup> După intrarea în vigoare a normei europene, statelor li se conferă în continuare

posibilitatea de a limita dreptul în cauză. Totuși, această putere de limitare nu este una discreționară,<sup>57</sup> statele fiind obligate să consulte în prealabil Consiliul.<sup>58</sup> Limitările generale nu sunt agreate de Curte<sup>59</sup>. Aceasta statuează că, prin art.17 din a 6-a Directivă se acordă posibilitatea statelor membre de a limita dreptul de deducere dar aceasta trebuie să privească cu exactitate și cu claritate domeniul și bunul vizat<sup>60</sup>. Mai mult, limitările nu pot depăși sfera de extindere permisă de legislația europeană.<sup>61</sup>

Pentru a determina necesitatea limitărilor, autoritățile fiscale precum și instanțele naționale sunt obligate să demonstreze, pe baza elementelor obiective, existența mecanismelor dăunătoare. Uneori malversațiile contribuabilului sunt mult prea ingenioase, scăpând astfel din sfera controlului. De aceea judecătorul național prezintă unele rezerve în aplicarea directă și conformă a jurisprudenței CJUE, fiind condus de gândul unei posibile legalizări a fraudei fiscale. Ideea protecției contribuabilului „onest/inocent” este des amintită de Curte în vasta sa jurisprudență. Dar, nu este oare o protecție excesivă a unui contribuabil aparent inocent?

În dreptul european, CJUE a conchis prin numeroasele hotărâri pronunțate că, dacă autoritățile fiscale demonstrează prin elemente obiective un interes contrar scopului TVA, contribuabilul beneficiază nejustificat de dreptul de deducere, caz în care acesta poate fi limitat.<sup>62</sup> Curtea s-a pronunțat și asupra limitării dreptului de deducere de către organele fiscale ale statului în cauză. Astfel, CJUE a stabilit că dreptul de deducere se naște automat în momentul plății TVA-ului în amonte, fapt pentru care acest drept trebuie exercitat imediat. Este irelevant pentru persoana imposibilă, beneficiară a dreptului de deducere, dacă cealaltă parte a plătit TVA-ul colectat la stat.<sup>63</sup> Dreptul de deducere trebuie exercitat imediat. Acesta nu poate fi limitat sau reprimat de autoritățile fiscale decât dacă ele demonstrează, printr-o serie de elemente obiective, că și întreprinderea din speță a participat activ la fraudare sau a cunoscut fraudarea. Acest fapt denotă că activitățile contribuabilului nu au fost realizate în scopuri de TVA ci în scopul de a eluda legea fiscală.

Aceste idei și principii au fost reiterate de Curte în numeroase hotărâri relevante, creând astfel unitatea jurisprudențială în domeniul dreptului de deducere. Ideea de bază gravitează în jurul protecției părții inocente, implicată involuntar într-un circuit fraudulos împotriva interdicțiilor impuse de autoritățile fiscale din statele membre. Aceste interdicții privesc reprimarea dreptului de deducere. În acest context, statele pot anihila dreptul de deducere doar dacă dovedesc existența concursului fraudulos între contribuabili și partea inocentă sau dacă dovedesc, în baza elementelor obiective, că beneficiarul cunoștea sau putea să cunoască acest concurs fraudulos.<sup>64</sup>

##### **5. Câteva principii directe în materia dreptului de deducere. În loc de concluzii.**

Omniprezența fraudei fiscale în materia TVA-ului este de necontestat în sfera deducerilor. Deoarece contribuabilul se bucură de prezumția de nevinovăție, aceasta trebuie respectată în tocmai atât de legiuitorii cât și de instanțe. Pornind de la aceste considerente, Curtea a trasat o serie de linii directe cu valențe de principii, pe care fiecare stat membru trebuie să le respecte.

Astfel, dreptul de deducere trebuie exercitat imediat, având rolul de a degreva integral persoana de sarcina taxei. Ca regulă, dreptul de deducere nu poate fi limitat sau reprimat de autoritățile fiscale. Totuși, strigătul disperat al statelor în lupta antifraudă ar trebui

înțeles de Curte și tratat într-o manieră mai înțeleaptă, cu rezerve față de acordarea prea facilă a acestui beneficiu. Oare persoana impozabilă este chiar atât de inocentă precum pare? Datorită acestor aspecte, prin excepția de strictă interpretare, este justificată reprimarea dreptului de deducere a contribuabilului neonest, a cărui unic scop constă în obținerea beneficiilor nejustificate, eludând cu nonșalanță prevederile legislative. Aceste limitări sunt permise statelor membre prin reglementările derogatorii europene, neacordarea dreptului putând fi totală sau parțială. *Per a contrario*, dacă operatorul economic îmbracă haina inocenței, dreptul de deducere va fi câștigat, autoritățile fiscale naționale neputându-l reprima.<sup>65</sup>

### **c) Rambursări de TVA. Între legal și ilegal.**

#### **1. Legislația incidentă. Reglementarea națională și europeană**

Conform Codului Fiscal<sup>66</sup> și art.183 din Directiva 2006/112/CE, rambursarea TVA-ului presupune obligația statului de a restitui contribuabilului suma negativă (un excedent de valoare) rezultată în urma efectuării diferenței dintre TVA-ul deductibil și TVA-ul colectat, unde TVA-ul deductibil are o valoare mai mare decât TVA-ul colectat. Conform prevederilor existente, acest TVA de rambursat se poate obține atât din tranzacții naționale, cât și transfrontaliere, conform art.147<sup>2</sup>, alin.(2) din Codul Fiscal. La același articol, în cadrul alin.(3), legiuitorul stabilește ce măsuri pot fi întreprinse de stat în cazul în care rambursarea TVA se obține din contractări frauduloase, astfel „*organele fiscale competente vor recupera sumele plătite în mod eronat și orice penalități și dobânzi aferente*”. În contrapartidă și în persoana contribuabilului se naște dreptul de a cere dobânzi sau penalități de întârziere. Astfel, prin coroborarea art.160, alin. (1), lit.e și art.113, alin.(1) Cod procedură fiscală, rezultă dreptul contribuabilului de a cere rambursarea sumei plătite în exces sub forma obligației fiscale, care va genera dobânzi/penalități de întârziere în sarcina statului, din ziua scadentă. Totodată, art. 145 reglementează situația în care dreptul de deducere ia naștere – mai exact prin întocmirea facturii fiscale. *Per se*, există o legătură între TVA-ul deductibil și TVA-ul de rambursat, fapt pentru care această restituire, obligație a statului, se va realiza în baza unui document justificativ prin care să se explice existența acelei taxe aferente achizițiilor – fie ele naționale sau transfrontaliere.<sup>67</sup>

#### **2. Lupta împotriva rambursărilor ilegale**

Problema rambursărilor ilegale de TVA a generat discuții și polemici încă din anul 2003, fiind relevant un Raport al Curții de Conturi<sup>68</sup>, redactat strict în domeniul fraudării bugetului de stat prin restituirile ilegale de TVA. În acest raport se consemnează cauzele care au condus la acest colaps economic, printre ele regăsindu-se controlul „*formal, fără a se urmări realitatea și legalitatea tranzacțiilor care au generat obligația de rambursare*”<sup>69</sup>, ignorarea principiilor fundamentale de funcționare a TVA<sup>70</sup> și nerespectarea legislației din domeniul combaterii fraudei fiscale<sup>71</sup>. Toate aceste inadvertențe au condus la diminuarea considerabilă a bugetului de stat.

În sprijinul luptei antifraudă s-a născut nevoia de reducere a riscurilor de rambursare ilegală, care s-a demonstrat a fi o nevoie reală. În acest sens, la nivel național s-a emis OMFP Nr.967/2005<sup>72</sup>, intrat în vigoare abia în 2007, în vederea soluționării problemelor întâmpinate la nivelul restituirilor de taxe. Acest ordin instituie reguli cu privire la întocmirea decontului, fie el cu sumă pozitivă (de plată), sau negativă (de restituit). Pentru decontul cu sumă negativă se va realiza o triere, diferențiind decontul cu sumă negativă de rambursat față de decontul cu sumă negativă fără opțiuni de rambursare. Cele din urmă sume vor fi raportate în perioada fiscală următoare. Pentru sumele negative a căror rambursare este solicitată, un organ specializat va analiza gradul de risc fiscal în care această sumă se încadrează, raportând-o atât la standardul individual negativ (SIN), cât și la comportamentul efectiv al contribuabilului.

Astfel, acest procedeu al rambursării sumei negative presupune un examen atent din partea statului, analizând riscul fiscal al fiecărei posibile restituiri, prin raportarea sumelor de rambursat la standardul individual negativ<sup>73</sup>, denumit în continuare SIN<sup>74</sup>. Astfel, există trei tipuri de risc, în funcție de care se vor acorda sau nu rambursările de TVA. În cazul *riscului fiscal mic*, se acordă de regulă restituirea sumei negative deoarece această sumă e mai mică sau egală cu SIN-ul, fiind un risc fiscal acceptat de autoritățile competente în materie. *Riscul fiscal mediu* presupune compararea taxei negative cu SIN-ul, precum și o analiză documentară, iar *riscul fiscal mare* generează, de regulă, consecințe grave pentru bugetul general consolidat și presupune neapărat o inspecție fiscală anticipată.<sup>75</sup>

### **3. Optica CJUE vis-a-vis de rambursările ilegale.**

Dreptul rambursării excedentului de TVA plătit, fie din eroare, fie datorită unor limitări impuse de statul membru, este recunoscut unanim atât la nivel național cât și european, cu titlu de principiu. Prioritatea dreptului Uniunii față de dreptul național ne conduce să analizăm cu precădere această reglementare în acord cu jurisprudența CJUE. În acest context, reglementarea europeană cu privire la rambursarea TVA-ului, trebuie interpretată în sensul că impune statelor membre să confere persoanei impozabile drept de restituire a taxei percepută contrar dreptului Uniunii. Totodată, în caz de restituire cu întârziere a sumei, persoana în cauză trebuie să beneficieze de acordarea unor dobânzi, aferente acestei sume.<sup>76</sup>

Dreptul de a cere rambursarea reprezintă o etapă subsidiară neacordării beneficiului deducerii. Totuși, aceste drepturi se află într-o relație de complementaritate, fapt dovedit încă din momentul nașterii dreptului de deducere. Astfel, în cazul întocmirii greșite a unei facturi, regulile de recorectare a acesteia, prevăzute în capitolul deducerilor se aplică și în sfera dreptului de rambursare. E de la sine înțeles că în baza unei facturi greșite în mod intenționat, atât dreptul de deducere cât și rambursarea taxei nu vor fi acordate, constatându-se implicit un mecanism de fraudă. Principiul neutralității fiscale nu se opune refuzului administrației naționale de a nu restitui TVA-ul societății prestatoare a unui serviciu. Dacă dreptul de deducere a persoanei impozabile a fost refuzat datorită facturii emise de societatea prestatoare, nici celei din urmă societăți nu trebuie să i se acorde beneficiul restituirii taxei.<sup>77</sup>



Problema facturilor care conțin un TVA trecut din eroare este incidentă și în materia rambursărilor de TVA. Curtea artă că nu este suficient ca persoana, care solicită rambursarea, să dovedească existența acestui drept doar pe baza unei facturi. Astfel, în cauza cunoscută sub denumirea de „*Genius Holding*”<sup>78</sup> Curtea tratează această problemă. În speță subcontractantul facturase greșit, trecând și un TVA pentru care reclamantei i se năștea dreptul de deducere. Problema speței viza în ce condiții art.17, alin.(2), lit.a din a 6-a Directivă, dă persoanei impozabilă dreptul să deducă TVA-ul din cuantumul taxei datorate, doar în baza faptului că acel TVA este menționat pe factură. În soluționarea acestei cauze, Curtea a statuat că principiul neutralității fiscale este respectat în momentul în care dreptul de deducere nu este limitat, iar exercitarea lui se realizează imediat. Totuși, Curtea subliniază că, înainte de a asigura aplicarea aceluși principiu, este prioritar pentru statele membre să prevadă posibilitatea corectării<sup>79</sup> oricărei taxe facturată inadecvat și să se arate, de asemenea, că persoana culpabilă este de bună credință. În esență, este de reținut că dreptul de deducere nu se aplică taxei care este datorată doar pentru că e menționată pe factură.<sup>80</sup> În această ordine de idei, nici dreptul de rambursare a taxei nu se acordă, pentru simplu fapt că taxa e trecută pe factură.

În contrapartidă, dacă aceste drepturi s-ar acorda prin simpla dovadă a facturii/documentului justificativ, atunci situațiile de fraudă fiscală ar fi nenumărate, contribuabilii putând exercita aceste drepturi *sine die*, prin simpla facturare ilegală a taxei. Datorită acestor considerente a fost instituită de Curte condiția bunei credințe a contribuabilului, în vederea stopării fraudelor. Astfel, prin această condiție, contribuabilul demonstrează că intențiile sale nu vizează atingerea unui scop nejustificat. Acesta nu urmărește obținerea deducerii/rambursării taxei prin modalități ilegale, pe baza unei facturi cu conținut „fals”, rezultată în urma menționării greșit-intenționate a TVA-ului. Totuși, această condiție nu mai trebuie îndeplinită dacă emitentul facturii *elimină riscul oricărei pierderi a veniturilor fiscale*, într-un termen rezonabil.<sup>81</sup> Astfel, din perspectiva Curții, nu este suficient ca pentru a beneficia de restituirea taxei plătite din eroare singura condiție îndeplinită să fie menționarea TVA-ului pe factură. Pe lângă această condiție, Curtea a mai arătat în jurisprudența anterioară, că este necesar să se demonstreze faptul că *emitentul facturii a fost de bună credință (C-342/87)* sau să se poată dovedi că *nu există risc de pierdere a veniturilor fiscale (C-78/02)*. Raportându-se la fraudă de tip carusel, Curtea arată că dreptul de deducere al persoanei inocente rămâne intact și poate fi exercitat conform legii, fără a ține cont de tranzacțiile anterioare/posterioare, posibil frauduloase. Acest raționament se aplică și în cazul restituirii taxei plătite din eroare dacă se poate demonstra că emitentul facturii a fost de bună credință sau restituirea nu implică un risc de pierdere a veniturilor fiscale.

Fiecare stat membru are obligația de a-și implementa propriul sistem prin care permite contribuabililor posibilitatea corectării greșelii de facturare a TVA-ului. Însă această soluție implică „nu doar emiterea unei facturi rectificative ci și restituirea taxei plătite din greșeală”.<sup>82</sup> Această obligație decurge din principiul neutralității și din interzicerea unei eventuale îmbogățiri fără justă cauză a administrației. Dacă recorectarea este condiționată de restituirea sumei percepute eronat, legislația europeană nu se opune unei norme naționale care refuză restituirea pe motivul îmbogățirii fără justă cauză a persoanei impozabile. O astfel de îmbogățire trebuie verificată din prisma tuturor circumstanțelor economice relevante, iar instanța națională are această obligație.<sup>83</sup>

În jurisprudența CJUE se cunosc câteva încercări de limitare a dreptului de rambursare a taxei, pe motivul împiedicării fraudelor fiscale.

Datorită relației simbiotice a dreptului de rambursare cu beneficiul deducerii, o încercare de limitare a acestuia din urmă produce efecte necontestate și în planul restituirii taxei. Astfel, în fapt societatea a cerut rambursarea TVA-ului plătit pentru cheltuielile făcute cu achiziționarea unor bunuri, în vedere dezvoltării afacerii, care era în parte subvenționată. Contribuabilul nu a reușit să deducă TVA-ului din cauza restricțiilor excesive impuse de stat pentru partea subvenționată, fapt pentru care a plătit întreaga taxă a cărei rambursare o cere. Curtea arată că legislația Uniunii se opune unei limitări a dreptului de deducere pentru TVA-ul plătit în amonte în legătură cu partea subvenționată din afacere.<sup>84</sup> Același raționament se aplică și în cazul rambursărilor de taxă. Totuși, Curtea arată că principiul restituirii taxelor percepute de un stat membru, cu încălcarea normelor Uniunii, permite acestui stat să refuze restituirea unei părți a TVA-ului, a cărei deducere a fost împiedicată din cauza unei măsuri naționale contrară dreptului Uniunii Europene. Motivul constă în aceea că, acea parte a taxei a fost subvenționată printr-un ajutor acordat persoanei impozabile și a fost finanțată atât de Uniune cât și de statul membru în cauză, cu condiția ca sarcina economică aferentă refuzului deducerii să fi fost integral neutralizată.<sup>85</sup>

În fapt, s-a încercat prelungirea termenului de rambursare de la 60 zile la 180 zile. Prin această reglementare națională se aduce atingere principiului proporționalității. Astfel se creează o diferență de tratament între persoana impozabilă suspectă de fraudă și persoana impozabilă inocentă. Această diferență nu poate fi justificată prin invocarea dezideratului de luptă antifraudă, iar perioada astfel prelungită nu este sinonimă cu regula rambursării TVA-ului într-un termen rezonabil.<sup>86</sup> Nici posibilitatea acordată acestor persoane de a plăti o cauțiune, pentru a beneficia de termenul de 60 de zile, nu este proporțională. Suma astfel plătită va fi echivalentul prejudiciului suferit de această persoană prin instituirea termenului de 180 de zile. Această cauțiune sau termen prelungit va putea prejudicia într-o formă iremediabilă societățile aflate la începutul activității. Datorită acestor considerente, Curtea arată că art.18, alin.(4) din a 6-a Directivă se opune unei legislații naționale prin care se permite autorității fiscale să modifice termenul de rambursare, de la 60 zile la 180 zile.<sup>87</sup>

Totodată, art.183 din Directiva TVA, coroborat cu principiul încrederii legitime, se opune prelungirii termenului de rambursare prin integrarea în cadrul acestuia a termenului de exercitare a controlului fiscal, în condițiile în care dreptul la dobânzi s-a născut anterior intrării în vigoare a noii legiferări. Totodată, în acord cu art.183 din Directiva TVA coroborat cu principiul neutralității fiscale, Curtea arată că aceste prevederi unionale se opun unor reglementări naționale care ar prelungi termenul de rambursare a taxei până în momentul finalizării controlului fiscal, având astfel drept consecință nașterea dreptului de a obține dobânzi doar după depășirea acestui termen, cu tot cu prelungire. O atare prelungire nu este nerezonabilă în măsura în care nu depășește perioada necesară pentru efectuarea controlului. „Cu toate acestea, dacă persoana impozabilă nu poate dispune temporar de sume echivalente cu excedentul TVA, aceasta suportă un dezavantaj economic care poate fi compensat prin plata dobânzilor, garantându-se astfel respectarea principiului neutralității fiscale.”<sup>88</sup>

Tot în cadrul termenelor de rambursare, Curtea permite anumite limitări. Astfel, aceasta acordă posibilitatea statelor membre de a reglementa în dreptul național termene de decădere și de prescripție, în interiorul cărora să se solicite rambursare taxei.

Legislația europeană nu se opune existenței unui termen de decădere, de care depinde exercitarea dreptului de deducere/rambursare, cu condiția ca acesta să nu facă imposibilă exercitarea acestuia.<sup>89</sup> În cadrul Directivei 79/1072/CEE, denumită în continuare a 8-a Directivă cu privire la rambursările de taxe, există o prevedere care instituie acest drept de decădere. Curtea arată că termenul de 6 luni, care curge din momentul exigibilității taxei, prevăzut la art. 7, alin.(1) din a 8-a Directivă, este un termen de decădere și nu un termen de recomandare.<sup>90</sup> Nici legislația sau practica administrativă națională, prin care se stabilește momentul începerii termenului de prescripție a acțiunii în recuperarea TVA-ului, nu este interzisă de legislația Uniunii.<sup>91</sup> Mai mult, art. 18, alin.(4) din a 6-a Directivă nu se opune reglementării unui stat membru care prevede un termen de prescripție de 3 ani pentru introducerea unei cereri de rambursare a TVA-ului.<sup>92</sup>

În cauza „*Planzer*” C-73/06,<sup>93</sup> Curtea conchide din nou în materia rambursărilor de TVA. În speța de față reclamanta, cu sediul în Luxemburg, are calitatea de filială a societății mamă, cu sediul în Elveția. Administratorii reclamantei sunt doi angajatori ai societății mamă; unul rezident în Elveția iar celălalt în Italia. Totodată, reclamanta închiriază de la o altă societate, cu sediul în Elveția mai multe spații pentru birouri și o angajează să-i presteze servicii de secretariat și societate. În urma achiziționării unei anumite cantități de carburanți din Germania, reclamanta formulează o cerere administrației fiscale nemțești prin care solicită restituirea TVA-ului plătit în amonte. La această cerere anexează și un certificat prin care arată că este înregistrată ca plătitoare de TVA în Luxemburg, iar între cele două țări există o Convenție de evitare a dublei impunerii. Administrația nemțească refuză rambursarea, pe motiv că linia telefonică nu corespunde sediului din Luxemburg, stabilind totodată că sediul acestei societăți se află în Elveția deoarece majoritatea activităților sunt desfășurate în acea țară<sup>94</sup> (unde societatea mama își are sediul). Chiar dacă reclamanta demonstrează că există un sediu statutar înregistrat în Luxemburg, că facturile sunt emise din acel sediu, că personalul și administratorii sunt și ei înregistrați în Luxemburg și că utilajele (camioanele) au număr de înregistrare tot în această țară, autoritatea fiscală germană arată că cea mai mare parte din activități se desfășoară în Elveția, că linia telefonică corespunde sediului din această țară și că administratorii nu sunt prezenți permanent în Luxemburg. Mai mult, în cea din urmă țară, reclamanta nu deține nici un antrepozit și nici loc de parcare pentru camioane, chiar dacă facturile erau întocmite în Luxemburg.

Aceste problematici au născut întrebări vis-s-vis de acordarea dreptului de rambursare a taxei, analizându-se în ce măsură acel certificat, întocmit conform anexei B din a 8-a Directivă, are valoare absolută/relativă, astfel încât să oblige/să acorde libertate statului german în a considera că societatea este stabilită în Luxemburg și are drept la rambursarea taxei.

Prin acest certificat, a 8-a directivă conferă dreptul persoanei, care este înregistrată într-un alt stat decât cel din care se realizează achiziția, să solicite statului în cauză rambursarea TVA-ului în condițiile în care această persoană nu este înregistrată, nu desfășoară operațiuni

impozabile de prestare servicii sau livrare de bunuri, nu are sediu, nici unitate fixă, nici domiciliul sau reședința în statul de restituit. Cu toate acestea, dacă administrația în cauză are suspiciuni cu privire la săvârșirea unor fraude fiscale de către această entitate, ea nu poate interzice restituirea taxei doar pe baza prezumției ce însoțește acest certificat. Astfel, autoritatea fiscală e nevoită să întreprindă o analiză obiectivă pe baza căreia să demonstreze abuzul fraudulos al societății. Mai mult, dacă administrația poate demonstra că sediul statutar sau sediul fix<sup>95</sup> al societății nu corespunde cu sediul prevăzut în cuprinsul acestui certificat, autoritatea fiscală poate refuza restituirea.

În cadrul celor expuse, Curtea a statuat că în baza aceluși certificat se naște prezumția relativă cum că persoana în cauză este stabilită în statul membru de referință și totodată că este plătitoare de TVA în cadrul aceluși stat în care se află și administrația fiscală, care i-a eliberat certificatul. Acest fapt însă nu interzice administrației fiscale, din statul de restituire, să reprime dreptul de rambursare, în situația în care acesta are „îndoieli cu privire la realitatea economică a unității a cărei adresă este menționată în acest certificat.” Pe baza reglementărilor unionale, autoritatea în cauză se poate asigura cu privire la realitatea afirmațiilor emise de contribuabil, putând recurge la măsuri administrative prevăzute în acest scop, în domeniul TVA-ului.

#### **4. Teorii de ghidaj în sfera rambursărilor**

Prin jurisprudența sa, Curtea încearcă să ofere soluții contribuabilului onest/inocent care, de nenumărate ori, este victima unor operatori economici conduși de reaua lor credință sau a administrație fiscale care, uzând de puterile sale exorbitante, nedreptățește contribuabilul naiv sau neinformați.

Totuși, există situații practice în care, fraudă fiscală apare, fie datorită mașinațiunilor întreprinse de un singur contribuabil, fie datorită unui concurs planificat împreună cu alți operatori economici. De aceea, condiția facturării cu bună credință a fost susținută îndelung. În caz contrar, însemnarea taxei pe factură, de către un furnizor care acționează cu rea credință naște în persoana acestuia, fie drept de deducere, dacă declară această taxă, fie o îmbogățire fără justă cauză, dacă nu declară taxa autorităților fiscale. În acest caz, problema restituirii ilegale se naște în momentul în care statul, absorbit de explicațiile eronate ale contribuabilului plătitor și totodată complice, ajunge să recunoască dreptul de restituire în persoana acestuia. Astfel, va opera rambursarea ilegală. Frauda se produce atât la furnizor, prin exercitarea dreptului de deducere născut ilegal sau prin acea îmbogățire fără justă cauză, cât și la contribuabilul complice, care ajunge să-și exercite dreptul nejustificat. Acesta din urmă se referă la posibilitatea de a obține rambursarea taxei din partea statului, într-un mod ilicit. Prin urmare statul ajunge să fie prejudiciat, iar bugetul general consolidat diminuat.

Datorită numărului mare de cazuri similare, statele, împreună cu organizațiile naționale și internaționale, au demarat planuri de acțiune în vederea diminuării efectelor negative provocate de inovatoarele mecanisme dăunătoare, construite de contribuabilii neonești.

#### d) Frauda specifică materiei TVA. Frauda carusel

Trecerea timpului și evoluția practicilor comercial – fiscale au construit o cu totul altă realitate pe care normele actuale se pliază sacadat. În acest sens, mecanismele de eludare masivă a legii au luat amploare odată cu posibilitatea realizării achizițiilor intracomunitare<sup>96</sup>, stârnind totodată numeroase polemici doctrinare cu privire la circuitul fraudulos denumit „*carusel*”<sup>97</sup>. Atât Codul fiscal român, la art. 130<sup>1</sup> cât și Directiva 2006/112/CE, la art. 20 definesc noțiunea de *achiziție intracomunitară* care, *in concreto* presupune un transfer realizat între un furnizor situat într-un stat membru și un cumpărător situat într-un alt stat membru. Această operațiune este evidențiată în contabilitate prin mecanismul *taxării inverse*, care naște drept de deducere în persoana cumpărătorului. În vederea obținerii deducerii totale a TVA-ului, fără ca operatorul economic să verse TVA-ul colectat bugetului general consolidat, contribuabilii, uzând de această tranzacție intracomunitară, creează acele circuite frauduloase, denumite doctrinar „*fraude carusel*”. Acest mecanism conduce atât la distorsiuni economice care constau în formarea unei *economii subterane* nelegale, precum și la *anihilarea liberei circulații pe piață*.<sup>98</sup>

Curtea de Justiție a Uniunii Europene, denumită în continuare CJUE, s-a confruntat în anii 2003-2004 cu problema generată de acest mecanism fraudulos - **C-354/03, C-355/03 și C-484/03**<sup>99</sup> – creând în acest sens o jurisprudență unitară, cu scopul de a estompa atrocitățile fiscale întâlnite de regulă printr-un concurs fraudulos al contribuabililor din mai multe state membre. Această fraudă implică o tranzacție intracomunitară între două întreprinderi situate fiecare în statul ei de proveniență, înregistrate deopotrivă în scopuri TVA. Tranzacția care presupune o achiziție intracomunitară este scutită de plata TVA cu drept de deducere, fiind evidențiată în contabilitate prin mecanismul taxării inverse. Contribuabilul cumpărător care va achiziționa bunurile, va crea o altă firmă în statul său, firmă de tip „tampon/bidon/fantomă”, în scopul încărcării acesteia cu toate datoriile fiscale aferente viitoarelor tranzacții. Se creează astfel un circuit tri-direcționat, format din următoarele componente: un circuit al bunurilor achiziționate; un circuit al creanțelor plătite, realizate în parametri normali care se efectuează între cele două întreprinderi contractante și un circuit al evidențelor contabile care generează fraudă și care nu corespunde cu primele două circuite. Acest din urmă circuit are rolul de a eluda legea și de a naște în persoana contribuabilului, beneficiar al fraudei, drept de deducere la care, în mod normal, nu ar fi îndreptățit. Astfel, contribuabilul cumpărător nu va plăti TVA (pentru că se realizează o achiziție intracomunitară), cu toate că în acte este evidențiat ca și cumpărător firma „fantomă”, iar beneficiarul fraudei nu va vărsa TVA ci din contră, va deduce TVA (pe baza facturilor emise de firma fantomă prin care se demonstrează că beneficiarul a plătit TVA în amonte). În momentul în care acea firmă „bidon/tampon/fantomă” are îndatorirea de a-și onora obligațiile fiscale, mai exact de a vărsa datoriile acumulate (TVA-ul colectat) la bugetul de stat consolidat, ea dispare, demarându-se consecința nefastă a fraudei fiscale. Mai mult, dacă bunurile în cauză vor face în final obiectul unei livrări intracomunitare și vor ajung din nou în posesia primului vânzător, se va forma acel circuit fraudulos care va putea continua neconținut.<sup>100</sup>

În cadrul acestor tranzacții succesive, de regulă există și un contribuabil onest/inocent, care nu cunoaște mecanismul dăunător. În urma controalelor întreprinse de organele fiscale, acesta ajunge să fie sancționat, fiscul privându-l de dreptul de deducere, pe baza unor fundamente neverosimile. Acesta invocă faptul că la nivel național, fraudă fiscală se realizează de toți cei implicați. Astfel, nu se ține cont de poziția persoanei inocente care nu a fost părtașă la fraudă, autoritățile sancționând toți participanții implicați în tranzacții, indiferent dacă au cunoscut sau nu fraudă. Mai mult, sancțiunea se fundamentează și pe faptul că activitățile demarate de acești contribuabili sunt lipsite de substanță economică, fiind constituite în vederea obținerii unor beneficii nejustificate. Ca un răspuns la această abordare, CJUE statuează<sup>101</sup> că fiecare activitate întreprinsă se analizează individual, fără a se ține cont de tranzacțiile anterioare/ ulterioare, care comportă un concurs fraudulos al participanților. Curtea mai arată că e necesar să se țină seama și de atitudinea contribuabilului în cauză, mai exact de „poziția sa psihologică.” Acesta trebuie să menționeze dacă știa sau nu știa de acea complicitate frauduloasă, sau dacă a participat activ la fraudă arătată. Proba acestor elemente cade în sarcina autorității fiscale și nicidecum în sarcina părții care își apără drepturile încălcate de stat.<sup>102</sup>

Ideea protejării părții inocente, implicată involuntar într-un circuit fraudulos, se regăsește și în cauzele reunite **C-439/04 și C-440/04**.<sup>103</sup> Astfel, Curtea reiterează principiul potrivit căruia persoana care nu cunoaște și nici nu avea cum să cunoască concursul fraudulos existent, fie anterior, fie ulterior tranzacției perfectate de el, nu va pierde dreptul de deducere. Totodată, art.17 din a 6-a Directivă (art.167 din Directiva TVA) trebuie interpretat în sensul că interzice statului membru posibilitatea de a institui o prevedere prin care stabilește că un astfel de contract va fi nul. Nu interesează cauza de nulitate și nici faptul că vânzătorul e participant activ la circuitul fraudulos. O astfel de reglementare, prin care s-ar reprima dreptul de deducere beneficiarului inocent, ar fi contrară prevederilor europene. *Per a contrario*, instanța națională poate refuza acordarea dreptului de deducere acelei persoane care a cunoscut/ a participat activ la mecanismele frauduloase prin care s-a sustras de la plata obligațiilor fiscale, cu precădere cele în domeniul TVA-ului.

*Per se*, Curtea subliniază ideea potrivit căreia toate aceste concursuri frauduloase nu se prezumă, ci trebuie dovedite pe baza unei analize obiective concentrată asupra întregului circuit tri-direcționat, urmărind atât fluxurile bănești și transferul efectiv al bunurilor, cât și circuitul scriptic al documentelor. Miza estompării mecanismelor defectuoase are incidență în materia dreptului de deducere, mai exact în ceea ce privește posibilitatea autorităților fiscale naționale de a reprima acest drept al persoanelor participante la circuitul fraudulos.

### **III. Lupta împotriva fraudei fiscale. Reglementări actuale**

#### **1. Combaterea disfuncționalităților economice la nivelul Uniunii Europene**

Tendința evolutivă de globalizare s-a concretizat prin succesivele aderări ale statelor membre la Uniunea Europeană, fapt ce a dat naștere unui conglomerat de norme unionale. Aceste reglementări au ca scop armonizarea și unificarea legislațiilor statelor membre care se

va concretiza în definitiv, într-o unitate normativă. Astfel, fiecare stat în mod individual, se confruntă cu dificultăți practice și legislative în vederea combaterii fraudei și evaziunii fiscale. Conform unui studiu<sup>104</sup> realizat în planul sistemului fiscal românesc, se observă că acesta este într-o continuă tranziție generată de numeroasele reforme începute încă din 1831, fiind adaptate treptat schimbărilor cotidiene, până în zilele noastre. În aceste etape de formare legislativă, noțiunea de fraudă fiscală nu a întârziat să apară, însă odată cu evoluția circuitelor financiare și comerciale fraudă s-a transformat în atrocitate fiscală care generează consecințe nefaste în planul bugetului de stat. Însă, odată cu aderarea statului la Uniunea Europeană, acesta a cedat în mod benevol o parte din suveranitate, ajungând implicit sub tutela Uniunii. *Per se*, aceasta din urmă vine în sprijinul oricărui stat aderent, influențând substanțial viziunea legislativă și practică.

Din aceste considerente Uniunea Europeană, prin organismele sale, a pornit o luptă acerbă în vederea estompării mecanismelor frauduloase întreprinse de contribuabilii neonești. Astfel, în anul 2003, Uniunea a adoptat *Regulamentul (CE) Nr. 1798/2003 de cooperare administrativă în domeniul TVA*<sup>105</sup>, care presupune un algoritm de schimb de informații între statele membre, în vederea controlării și aplicării conforme a taxei pe valoare adăugată. În esență, acest regulament presupune înființarea în fiecare stat membru a unui departament de legătură care să ofere informații necesare celorlalte state membre, despre operatorii economici înregistrați în scopuri de TVA în alte state membre. Se încearcă un control și o evidență a contribuabililor existenți precum și a tranzacțiilor efectuate și înregistrate de aceștia pentru a combate fraudă fiscală.

Deoarece acest regulament a suferit numeroase modificări, iar în final s-a dovedit a fi ineficient datorită accelerării și creșterii masive a fraudelor fiscale, la nivelul Uniunii Europene s-a adoptat un nou regulament, care-l abrogă pe cel anterior – *Regulamentul (U.E) Nr. 904/2010 privind cooperarea administrativă și combaterea fraudei în domeniul TVA*.<sup>106</sup> Ideea îmbrățișată de acest Regulament, cu aplicabilitate directă și obligatorie, se concretizează prin necesitatea protejării pieței interne și prin înlăturarea de o manieră cât mai rapidă a economiei subterane. În vederea îndeplinirii acestor obiective, Regulamentul prevede necesitatea cooperării între statele membre prin efectuarea unui schimb de informații de o manieră mult mai rapidă și mult mai amplă decât cele efectuate până în momentul de față. O încercare curajoasă a acestui act normativ o întâlnim în art. 33 care reglementează înființarea unei entități denumită „Eurofisc” care are menirea de a centraliza toate informațiile obținute de la statele membre și a coordona colaborarea între acestea, în vederea estompării fraudelor fiscale – o unică entitate de control la nivelul Uniunii. Comparând această reglementare cu legislația națională, am putea, într-o notă hilar ironică, să afirmăm că rolurile inspiraționale s-au inversat astfel încât legiuitorul european analizează și îmbrățișează legislațiile naționale. Astfel, în sistemul fiscal românesc controlul asupra contribuabililor plătitori de TVA și asupra operațiunilor întreprinse de aceștia se realizează prin mecanismul de centralizare a datelor, *Declarația recapitulativă 394*.<sup>107</sup> Totuși, controlul efectiv al acestora se realizează de unicul organism întâlnit sub denumirea de „Agenția Națională de Administrare Fiscală”<sup>108</sup> (ANAF) și de alte organisme din subordinea sa precum „Direcția Generală Antifraudă Fiscală”, organisme care luptă neconștient împotriva fraudelor instituite la nivel național.

Rămânând în sfera cooperărilor administrative între autoritățile fiscale ale statelor membre, la nivelul Uniunii Europene s-a constituit un sistem de verificare a tuturor tranzacțiilor întreprinse de agenții economici, cu implicație în domeniul TVA<sup>109</sup>, sistem recunoscut sub denumirea de VIES<sup>110</sup> (*VAT Information Exchange System*). Aceste verificări se execută într-un sistem electronic<sup>111</sup>, în timp real, bazele de date fiind actualizate continuu de către autoritățile fiscale ale fiecărui stat membru. Acest control se întreprinde de autoritățile statelor membre, cu precădere în situațiile prezumate a fi frauduloase. Însă, această obligație de verificare o are și contribuabilul, în momentul contractării. Prin introducerea aceluși cod în câmpul indicat, contribuabilul va cunoaște dacă acel cod, furnizat de partenerul său contractual, este valabil. În caz contrar, acesta îi va aduce la cunoștință agentului economic informația obținută, obligându-l astfel să întreprindă toate măsurile necesare în vederea verificării și reactualizării codului în cauză. De asemenea, contribuabilul onest poate refuza astfel perfectarea tranzacției, evitând contractarea în regim fraudulos. Facilitatea realizării acestui control de către operatorul economic va naște prezumția negativă de rea credință în persoana acestuia, dacă nu depune diligențele necesare în realizarea acestei simple verificări. La nivel național, centralizarea acestor date se realizează pe baza declarației recapitulative 390, specifică tranzacțiilor intracomunitare de bunuri. Creație a Uniunii, acest sistem VIES are rolul de a înlătura fraudele fiscale, precum și funcționarea corectă a sistemului taxării inverse<sup>112</sup>.

În urma desființării barierelor vamale care a avut drept consecință eliminarea controalelor vamale rudimentare<sup>113</sup> dintre statele membre, s-a înființat la nivelul Uniunii Europene un sistem de evidență a contribuabililor care realizează tranzacții intracomunitare, peste un anumit prag valoric<sup>114</sup>, denumit în continuare *Intrastat*<sup>115</sup>. Acești contribuabili sunt obligați să completeze o declarație Intrastat, în care trebuie să precizeze: fluxul tranzacției (dacă introduce bunuri/expediază bunuri), perioadă de referință, date de identificare a firmei, țara de destinație/țara de expediere, cod marfă, natura tranzacției, modul de transport, termeni de livrare, cantitatea, valoarea facturată și valoarea statistică<sup>116</sup>. Comparând declarația Intrastat cu declarația recapitulativă 390 din sistemul VIES – care conține date doar despre furnizor, țara de proveniență a mărfurilor și valoarea totală plătită – se observă că cea dintâi declarație este mult mai complexă și elaborată. Astfel, autoritățile fiscale interesate pot demara o verificare mai amănunțită asupra acestor contribuabili, obligați la întocmirea declarațiilor Intrastat. Totuși, există legătură între cele două sisteme prin faptul că atât datele obținute și centralizare în sistemul statistic Intrastat cât și datele obținute prin declarațiile din sistemul VIES sunt utilizate pentru anumite scopuri. Acestea vizează obținerea de date despre contribuabilii obligați la întocmirea declarațiilor Intrastat. Astfel, aceștia vor fi monitorizați, urmărindu-se dacă au întocmit actul conform și complet. Se au în vedere pragurile Intrastat pentru a delimita operatorii economici obligați la declarare intrastat și cei neobligați; pentru cei din urmă fiind suficientă declarația întocmită în sistem VIES<sup>117</sup>. Legătura se mai regăsește și prin aceea că operatorii economici obligați la întocmirea declarațiilor Intrastat sunt nominalizați de către Institutul Național de Statistică (ISN) prin verificarea deconturilor de TVA și declarațiilor recapitulative 390, din sistemul VIES, depuse de acești contribuabili. Astfel, în funcție de valoarea regăsită în cele din urmă declarații, ISN verifică dacă contribuabilul a depășit sau nu pragul valoric stabilit. În caz afirmativ, operatorul economic se va conforma regulilor instituite de Regulamentul (CE) 638/2004, cu privire la sistemul Intrastat.



Un alt act normativ, adoptat recent la nivelul Uniunii Europene, cu aplicabilitate în domeniul luptelor anti-fraudă, este *Directiva 2013/42/UE*<sup>118</sup> care implementează măsuri de reacție rapidă împotriva fraudelor în materia TVA.<sup>119</sup> Această măsură constă în „posibilitatea statelor membre de a adopta un procedeu de derogare cu caracter temporar pentru a găsi soluții la cazuri de fraudă bruscă și masivă cu impact financiar major”<sup>120</sup>. Se are în vedere aplicarea mecanismului de taxare inversă pe o perioadă scurtă, acolo unde *Directiva 2006/112/CE*<sup>121</sup> nu are incidență, și necesitatea notificării Comisiei de o manieră cât mai rapidă, în vederea realizării unui control accelerat și a unei informări adecvate. Conform art. 2 din această *Directivă*, incidența acestei reglementări este limitată, ea aplicându-se doar până în data de 31 decembrie 2018. După această dată, se vor analiza măsurile întreprinse de fiecare stat membru în cauză, în vederea aneantizării mecanismelor frauduloase, în special cele instituite prin *frauda carusel*, urmărindu-se ca în final să se elaboreze un plan de acțiune eficient implementat la nivelul Uniunii.

În acord cu această *directivă*, Parlamentul European a adoptat de curând un *Raport Nr. 2013/2060 referitor la lupta împotriva fraudei, a evaziunii și a paradisurilor fiscale*,<sup>122</sup> care la punctul 32, din cadrul capitolului intitulat „*Fraudă și evaziune fiscală*”, încurajează statele membre să pună în aplicare noile măsuri și strategii implementate în vederea înlăturării mecanismelor frauduloase întreprinse. Această reglementare pune accent, mai ales pe aspectele privitoare la contracararea circuitelor de fraudă tip „*carusel*”. Prevederea reamintește statelor că *frauda economică* din *brânșa TVA*, înregistrată la nivel național, are implicații majore și cu privire la formarea bugetului consolidat al Uniunii, lezând atât concurența loială cât și piața internă. Tot în cadrul acestui capitol, la punctul 42, U.E. îndeamnă statele să implementeze un sistem nou de colectare a TVA-ului, deoarece modelul, actualmente vetust, conduce la pierderi substanțiale. Acest fapt se evidențiază în schimbările generate în domeniul economic și tehnologic. În România anului 2015, acest îndemn al Uniunii Europene și-a găsit sfera de aplicare, la nivel național, în domeniul panificației. Potrivit art.140, alin(2), lit.g, din *Codul fiscal*<sup>123</sup>, cota de impunere pentru livrarea produselor de panificație (pâine și făină) a scăzut de la 24% la 9%. Prin această strategie s-a diminuat *frauda fiscală* la nivelul TVA-ului în domeniul panificației. Pornind de la acest exemplu, se poate conchide că o nouă modalitate de colectare a acestei taxe ar consta în reducerea cotei de impunere de 24%, fie global, fie pe instituții. Astfel, datorită noii cote mult mai mici, contribuabilul neonest nu ar mai fi tentat la *fraudare* deoarece, beneficiul astfel obținut ar fi neînsemnat.

O idee nouă, din cuprinsul acestui *Raport*, se regăsește în cadrul capitolului „*Evaziune fiscală și planificare fiscală agresivă*”, la punctul 53. Acesta instituie necesitatea unei centralizări internaționale a datelor contribuabililor, – atât persoane fizice, cât și persoane juridice – care perfectează tranzacții transfrontaliere. Se urmărește ca această centralizare să fie coordonată de un organism al Uniunii, având în plan detectarea contribuabilului, prin atribuirea acestuia a unui număr de identificare – asemeni codului de înregistrare din sistemul VIES, implementat național – cu diferența că numărul – întâlnit sub denumirea de TIN – va fi înregistrat într-o bază de date internațională. Astfel, se vor putea verifica, într-o manieră mult mai rapidă, contribuabilii care urmăresc neîndeplinirea obligațiilor fiscale precum și neonorarea plăților anumitor impozite, în special al TVA-ului.

Evaziunea și fraudă fiscală generează probleme complexe care nasc provocări globale. Chiar dacă prevederile naționale sunt de o importanță ridicată, aceste reglementări privite solitar nu vor înlătura neregulile financiare. De aceea Uniunea Europeană și statele membre sunt nevoite să dezvolte o cooperare durabilă și eficientă și să ia în considerare cele mai bune practici. În momentul actual tranzacțiile transfrontaliere reprezintă domeniul sensibil cu privire la care se implementează diferite reguli și acțiuni, în vederea obținerii rezultatelor concrete<sup>124</sup>.

Pentru a înlătura fraudă instituită prin neplata taxelor la stat, Uniunea Europeană împreună cu statele membre a elaborat un sistem de asistență reciprocă în vederea recuperării taxelor. De regulă, în cadrul unui stat, autoritățile fiscale au dreptul de a uza de puterile lor exorbitante în vederea recuperării taxelor, de la contribuabilii neonești. În situații limită, autoritatea fiscală poate trece chiar la executarea silită a persoanei în cauză. Odată cu desființarea barierelor vamale și instituirii principiului liberei circulații a mărfurilor, serviciilor și persoanelor, operatorii economici de rea credință au reușit să se sustragă de la onorarea obligațiilor fiscale prin ieșirea din sfera jurisdicțională a statului competent în aplicarea sancțiunii. Datorită acestor considerente, la nivelul U.E s-a creat acest sistem de asistență reciprocă între statele membre. Pe baza acestuia se va proteja interesul financiar și se vor lua măsuri de siguranță prin care, persoana obligată la plata taxei nu se va putea sustrage. Mai mult, se va permite unui alt stat membru să recurgă la executarea silită a persoanelor ce nu se află sub jurisdicția sa. Pentru a întări aplicarea efectivă a acestui sistem, Consiliul a adoptat Directiva 2010/24/EU, care extinde scopul sistemului de recuperare și în domeniul taxelor și datoriiilor percepute de unitățile administrativ teritoriale ale unui stat membru<sup>125</sup>.

Până în anul 2020, prin aceste măsuri se urmărește reducerea decalajului fiscal la jumătate, fără a fi necesară o creștere a ratei impozitelor, statele membre fiind apte să înlătore fraudă fiscală prin reglementările armonizate clar cu legislația unională.

## **2. Planurile OCDE<sup>126</sup> în vederea estompării mecanismelor frauduloase**

Fraudele fiscale s-au extins la nivelul întregului mapamond, fapt pentru care, în vederea realizării unui plan real și eficient de combatere a acestor disfuncționalități trebuie să privim dincolo de granițele Uniunii Europene. Se observă astfel o implicare tot mai activă a Uniunii în vederea estompării acestor fraude, participând constant la discuțiile demarate în cadrul OCDE. Rațiunea acestei implicări are la bază promovarea transparenței precum și a schimbului de informații în materia taxelor, la nivel mondial<sup>127</sup>.

În 1961 a luat naștere Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OCDE), iar obiectivul său vizează îmbunătățirea politicii economice și sociale din toate statele lumii, fie ele membre ale OCDE sau nu. În cadrul acestei organizații, guvernele tuturor statelor pot colabora, în vederea împărtășirii experienței proprii sau demarării unor planuri realizabile, pentru rezolvarea problemelor comune. În zilele noastre, OCDE și-a îndreptat atenția asupra insecurității financiare ce amenință piața comună, asupra restabilirii unei economii sustenabile printr-o finanțare publică corectă, precum și asupra dezvoltării capacității de muncă și asupra desfășurării acesteia în condiții legale.<sup>128</sup>

Penetrarea vălului fiscalității dezvăluie o serie de reglementări, adoptate de OCDE, în domeniul tenebros al fraudelor fiscale. Astfel, lupta acerbă împotriva atrocităților economice își găsește originea în anul 1980, când organizația a publicat un raport denumit „*Frauda fiscală și evaziunea*”.<sup>129</sup> A continuat apoi, în 1998 cu adoptarea unei „*Recomandări privind combaterea competiției fiscale dăunătoare*” ajungând în anul 2002 să elaboreze un „*Acord privind schimbul de informații în scop fiscal*”.<sup>130</sup> Reglementările în domeniu nu au încetat să apară, mai ales că lupta împotriva fraudelor fiscale a devenit un principal obiectiv ale OCDE.

Actualmente, statele pot uza de „*Planul de Acțiune*” al BEPS<sup>131</sup>, adoptat în anul 2013. Printre majorele obiective ale acestui plan se regăsește și instituirea unor provocări fiscale pentru economia digitală.<sup>132</sup> Acest deziderat are în vedere identificarea disfuncționalităților economiei digitale în vederea aplicării normelor internaționale deja existente în acest domeniu, luând în considerare atât impozitele directe, cât și cele indirecte. Asupra impozitelor indirecte, cu precădere asupra TVA-ului, se urmărește implementarea unui mecanism de colectare a acestor taxe, mai ales în tranzacțiile de natură europeană sau internațională, ce au ca obiect bunuri și servicii digitale. Un alt obiectiv al planului se referă la neutralizarea efectelor produse de acorduri hibride nepotrivite.<sup>133</sup> Pentru îndeplinirea acestui scop, se are în vedere dezvoltarea dispozițiilor Tratatului model al OCDE, precum și elaborarea unor recomandări făcute statelor, cu privire la implementarea unor norme interne care să combată aceste acorduri – de exemplu evitarea dublei impuneri sau a dublei deduceri. Aceste recomandări pot privi (1) modificări ale Tratatului model pentru a se asigura că acele entități nou constituite (hibride), să nu fie utilizate în scopul de a obține beneficii nejustificate; (2) prevederile naționale care prevăd scutiri sau nerecunoașterea dreptului de deducere asupra unei plăți efectuate de cumpărător; (3) prevederea națională care nu recunoaște dreptul de deducere aferent unei plăți neincluse într-o factură, de către destinatar. O atenție specială trebuie acordată interacțiunii între posibilele schimbări ale legislației naționale și prevederile din Tratatul model OCDE. O altă acțiune privește stabilirea unor mecanisme eficiente împotriva taxelor prejudiciabile ținând cont de principiul transparenței,<sup>134</sup> incluzând în mod obligatoriu un schimb spontan de reguli bazate pe regimuri preferențiale și care necesită activitate substanțială pentru orice regim preferențial.

Chiar dacă România nu este membră OCDE, instanțele judecătorești și organele administrativ – fiscale recunosc comentariile și implementările acestei organizații vis-a-vis de diferite probleme economice, instituite la nivel global, considerându-le ca fiind „*opinii doctrinare*”. Chiar dacă acele elaborate în cadrul nenumăratelor dezbateri organizate de acest organism sunt obligatorii doar pentru statele membre OCDE, prevederile în cauză pot fi consultate și de către statele ne-membre, fiind un exemplu de urmat în vederea unor viitoare reglementări.

### **3. Reprimarea mecanismelor frauduloase la nivel național**

La nivelul legislației naționale, lupta acerbă împotriva fraudelor fiscale a luat amploare, ajungând ca în anul 2014 puterea legislativă, împreună cu organismele<sup>135</sup> create de ea în acest scop, să reglementeze nenumărate soluții de stopare a mecanismelor dăunătoare. Aruncând o privire retrospectivă, 1994 e anul de referință în care apare a doua<sup>136</sup> lege

împotriva combaterii și prevenirii fraudelor fiscale<sup>137</sup>. Această lege, a constituit, pe o perioadă de peste 10 ani, pilonul central în vederea estompării acestor circuite<sup>138</sup>. Speranța legitimă a României de integrare în Uniunea Europeană a condus la reformări majore a legislației, aspect regăsit cu precădere și în domeniul fraudelor fiscale. Adoptând această optică, legiuitorul acelei vremi, considerând actul normativ de la 1994 ca fiind vetust, l-a înlocuit cu o nouă reglementare care pregătea terenul aderării României la Uniunea Europeană. Astfel, a luat naștere Legea Nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, care abrogă reglementarea anterioară, aflându-se în vigoare în momentul actual.

Schimbarea adusă de noua reglementare vizează abordarea problematicii fraudelor fiscale din perspectiva modelului autoritar. Legea în cauză reglementează doar infracțiunile – fapte tipice de gravitate ridicată – caracterizate prin sancțiunile implementate, privative de libertate, în timp ce faptele contravenționale au fost inserate în Codul de procedură fiscală<sup>139</sup>. Prin această delimitare, legiuitorul a încercat formarea unui sistem represiv și înspăimântător pentru contribuabilii tentați la realizarea mecanismelor ingenioase de fraudare și sustragere de la îndeplinirea obligațiilor fiscale. Totuși, timpul a demonstrat că această abordare e deficitară, iar problema disfuncționalităților frauduloase s-a intensificat treptat, ajungând în anul 2014 la un punct critic.

În sprijinul acestei prevederi s-au implementat și s-au întreprins noi soluții, demonstrându-se că un control mai eficient are efecte benefice în vederea estompării acestor nereguli. În detrimentul sancțiunilor represive, contribuabilul se va feri de stigmatul datorat descoperirii faptei, nu de cel datorat sancțiunii aplicabile.<sup>140</sup> Astfel, în H.G Nr. 520/2013 privind organizarea și funcționarea Agenției Naționale de Administrare Fiscală (denumită în continuare ANAF) sunt prevăzute, de o manieră cuprinzătoare, atribuțiile pe care această entitate trebuie să le îndeplinească în vederea estompării mecanismelor frauduloase.<sup>141</sup>

Actualmente, ANAF a demarat o strategie pe termen mediu, care vizează anii 2012-2016<sup>142</sup>, cu două obiective majore: unul de prevenire a fraudelor fiscale și altul de combatere a acestor nereguli.

Punctele forte necesare îndeplinirii dezideratului de *prevenire* a disfuncționalităților fiscale au în vedere, în primul rând, monitorizarea cu prioritate a domeniilor cu risc fiscal ridicat și a contribuabililor nou înființați. Cred că această măsură este extrem de necesară și totodată utilă în vederea aneantizării acelor circuite de tip „fraudă carusel”<sup>143</sup>. Acestea din urmă sunt generate la nivelul Uniunii Europene prin efectuarea unor achiziții intracomunitare și înființarea firmelor de tip „fantomă/bidon”, menite să ocolească într-o manieră intenționată reglementările specifice în materie. Tot un mijloc de prevenție care se află într-un raport simbiotic cu îmbunătățirea actului de control este și creșterea eficacității sancțiunilor, care vizează de această dată pedepsele de factură administrativă, iar nu cele de natură penală. Nu în ultimul rând, se încearcă prevenirea fraudei în faza de colectare prin aplicarea măsurilor asiguratorii de către organele fiscale și prin recurgerea la executare silită. Astfel, se împiedică fraudarea prin fuziunea/absorbția societății debitoare sau prin provocarea intenționată a insolvenței, debitorul urmărind astfel facilitarea dispariției sale din circuitul comercial și fiscal.

În vederea *combaterii* fraudelor fiscale, vor fi implementate: măsuri de control a contribuabililor neînregistrați, verificări la nivelul tranzacțiilor imobiliare, controale asupra comerțului electronic și analize de risc în vederea selectării contribuabililor pentru inspecție fiscală. O altă strategie vizează informarea. Se va încerca o colaborare cu administrațiile fiscale europene, în vederea estompării fraudelor transfrontaliere, o dezvoltare a activității de informare și totodată o îmbunătățire a accesului la astfel de date. Se urmărește eficientizarea luptei cu economia subterană și dezvoltarea activității grupului de luptă antifraudă, care să își canalizeze atenția asupra tranzacțiilor intracomunitare susceptibile de „fraudă carusel”, asupra declarării reale a tranzacțiilor care presupun percepere de TVA, precum și asupra situației contribuabilului care nu solicită rambursarea TVA-ului, deși are acest drept. La nivel național, depistarea eventualelor firme fantomă sau a societăților constituite în afara scopului TVA se realizează prin declarațiile recapitulative 390<sup>144</sup> și 394<sup>145</sup>, acte prin care ANAF exercită controlul asupra contribuabililor.

Faptul aderării României la U.E a generat consecința diluării suveranității, astfel încât puterea reglementară e limitată până la interferența normei naționale cu cea europeană. Totuși, jurisprudența Curții Europene de Justiție statuează asupra conflictelor dintre cele două drepturi autonome, oferind interpretări raționale asupra priorității dreptului european. Există însă unele excepții în care statelor membre le este permisă „libera” reglementare, acestea fiind situațiile în care se urmărește îndeplinirea dezideratelor impuse de U.E.<sup>146</sup>

*Per se*, strategia pe termen mediu elaborată de ANAF, este în concordanță cu prevederile Uniunii, arătând totodată că România este un participant activ în lupta acerbă cu fraudă fiscală. Dacă se demonstrează că aceste măsuri sunt aplicate într-o manieră abuzivă față de contribuabil, acesta din urmă are dreptul să le conteste.

#### IV. Jurisprudență națională

Întrebarea care suscită interes este dacă judecătorul național aplică întocmai jurisprudența CJUE. Pentru a răspunde la această chestiune vom analiza o singură cauză națională și vom urmări de la caz, la caz, în ce măsură principiile directoare analizate mai sus sunt îmbrățișate de judecătorul național.

În dosarul nr. 17902/117/2012, obiect al Curții de Apel Cluj, s-a tranșat problema acordării dreptului de deducere a TVA-ului plătit în amonte de contribuabilul beneficiar. În fapt, societatea reclamantă demara lucrări în vederea construirii unui imobil. Aceasta a recurs la serviciile a trei entități, persoane impozabile, în vederea procurării materialelor necesare. Reclamanta achită aceste materiale și plătește TVA în amonte, pentru care solicită administrației fiscale drept de deducere. Autoritatea competentă întocmește un raport în baza căruia demonstrează că facturile emise de partenerii contractuali nu constituie documente justificative, că aceștia nu au declarat achizițiile în contabilitate, nu au colectat TVA-ul, una dintre societăți se află în insolvență, entitățile nu realizează niciun fel de venit și că documentele au fost nelegal întocmite, neîndeplinind condițiile impuse de lege.

În fața primei instanțe reclamanta are câștig de cauză. Instanța de fond aplică principiile directoare ale jurisprudenței CJUE. În soluționarea litigiului instanța face trimitere la cauzele conexe C-95/07 și C-96/07, arătând că fondul primează asupra formei. În opinia sa,

persoana impozabilă este îndreptățită să beneficieze de dreptul de deducere a TVA-ului, chiar dacă nu îndeplinește condițiile de formă, însă fondul dreptului este respectat întocmai. Instanța mai statuează că proba caracterului fictiv a documentelor justificative trebuie realizată de organele fiscale care, conform cauzei C-255/02 se demonstrează prin „*declarații false ale cifrei de afaceri sau prin facturi false.*” „Simpla analiză documentară a stării de fapt fiscale nu poate fi asimilată cu analiza realităților operațiunii.” În argumentarea sa, instanța de fond face trimitere și la cauzele conexe C-354/03, C-355/03 și C-484/03, arătând că o eventuală fraudă se analizează pentru fiecare tranzacție în parte, neinteresând tranzacția anterioară sau posteroară. De asemenea aceasta arată că dreptul de deducere a beneficiarului trebuie acordat imediat, fiind irelevant dacă partenerul contractual a colectat și a virat TVA-ul la bugetul de stat. În cauzele C-432/04 și C-440/04 se arată că prevederile dreptului european, art.17 a 6-a Directivă, se opun unei legislații naționale care reprimă dreptul de deducere a beneficiarului pe motiv că respectivul contract este nul. Mai mult, dacă nu se poate demonstra că persoana în cază cunoștea/ era părtașă la fraudă – intenționând să procure un beneficiu nejustificat – contribuabilul îmbracă haina inocenței, fapt pentru care are drept de deducere. Concluzionând, prima instanță arată că răspunderea în materia fiscală este una personală, fapt pentru care beneficiarul dreptului de deducere nu trebuie să fie sancționat pentru comportamentul neconform al partenerilor contractuali. Astfel, societatea reclamantă va avea drept de deducere a TVA-ului.

În fața instanței de recurs reclamanta pierde dreptul de deducere. Instanța superioară susține în argumentare sa că jurisprudența CJUE trebuie aplicată în conformitate cu starea de fapt din speță. Astfel, principiile directe desprinse din cauzele relevante trebuie aplicate *in concreto*, fiind pliate exact pe starea de fapt expusă, iar nu într-un mod haotic, printr-o simplă înșiruire a regulilor incidente în materie. Instanța de recurs arată că, pentru a beneficia de dreptul de deducere, contribuabilul trebuie să îndeplinească cumulativ cele două condiții *sine qua non*. Dreptul de deducere se naște în momentul exigibilității taxei, mai exact în momentul efectuării serviciilor în cauză – în folosul realizării operațiunilor economice. A doua condiție constă în aceea că persoana impozabilă trebuie să dețină o factură/ un document justificativ, întocmit în conformitate cu legea. În speța de față, raportat la aceste condiții, instanța arată că momentul exigibilității taxei se identifică cu momentul plății avansului, pentru bunurile achiziționate. Astfel, dreptul de deducere se naște în acel moment. Totuși, această factură emisă, a fost stornată (anulată), motiv pentru care ea nu mai constituie document justificativ pentru a deduce TVA-ul aferent acelei achiziții. Se mai arată că în speța de față trebuie analizat caracterul real al actelor întocmite, iar nu participarea la o eventuală fraudă, așa cum a susținut instanța de fond. Astfel, autoritatea fiscală, prin raportul întocmit, arată că partenerii contractuali nu au declarat livrările, achizițiile sau serviciile prestate, că nu au colectat TVA-ul aferent acestor servicii, nu au obținut profit, iar unul dintre ei se afla în insolvență. Instanța superioară mai arată că prin efectuarea unei expertize tehnice, nu se poate demonstra realitatea operațiunilor fiscale. Această dovadă se poate realiza doar cu ajutorul unor „acte financiar contabile și a altor documente cu relevanță fiscală.” Se mai arată că simpla achiziție a unor bunuri indicate pe factură nu dau automat naștere la posibilitatea rambursării TVA-ului; scopul economic concret nu se dovedește doar prin existența unei simple facturi. Datorită acestor motive instanța superioară reprimă dreptul de deducere al contribuabilului.

## Observații

Deși legislația națională a fost armonizată cu legislația europeană, directivele în materia TVA-ului fiind transpuse întocmai, un izvor al dreptului fiscal național îl constituie și jurisprudența CJUE. Aplicabilitatea acesteia din urmă se face într-o manieră directă, putând fi invocată de oricare parte interesată în fața judecătorului național. Astfel, fie el contribuabil inocent sau complice la fraudă, acesta își poate fundamenta apărarea pe baza spețelor soluționate favorabil de Curte.

În materia dreptului de deducere, după cum am expus în rândurile anterioare, s-a concretizat principiul potrivit căruia dreptul de deducere trebuie exercitat imediat. El are rolul de a degreva persoana impozabilă de sarcina TVA-ului, neinteresând dacă partenerul contractual a colectat și a vărsat TVA-ul la bugetul general consolidat. Acest lucru a fost corect invocat, din oficiu, de instanța de fond. S-a mai stabilit că în caz de fraudă fiscală fiecare operațiune se analizează individual, iar nu global, în cadrul întregului circuit fraudulos. De asemenea, caracterul fictiv al operațiunilor trebuie demonstrat. Pentru ca autoritățile fiscale să poată reprima dreptul de deducere este nevoie de o analiză obiectivă a elementelor din speță.

În speța de față lupta celor două instanțe se poartă pe domeniul probator, mai exact, în ce măsură autoritatea fiscală a dovedit, în mod obiectiv, fictivitatea operațiunilor. În combaterea raportului administrației, părțile probează veridicitatea/ lipsa acesteia recurgând la expertiză. Însă problema expertizelor în domeniul fiscal este un subiect delicat. Deși, prin intermediul acesteia se urmărește elucidarea stării de fapt, interesele particulare influențează cuprinsul probator, înclinând de multe ori balanța în favoarea contribuabilului neonest. În acest cadru al intereselor, jurisprudența CJUE pare prea permisivă. Astfel, din imposibilitatea probării caracterului fraudulos sau participării contribuabilului la un astfel de circuit, acesta din urmă este prezumat de Curte ca fiind un operator economic inocent. Este oare atât de inocent precum pare?

Din temerea de a nu legaliza o fraudă fiscală prin intermediul unei hotărâri judecătorești, instanțele superioare sunt mai rezervate în privința aplicării întocmai a regulilor desprinse din jurisprudența CJUE. Este de la sine înțeles că o astfel de greșeală nu va putea fi rectificată ulterior. În această ambianță ideologică instanța superioară pune accent pe necesitatea analizării întocmai a stării de fapt, sugerând că aplicarea liniilor directoare jurisprudențiale trebuie să se realizeze în concret.

În concluzie consider că jurisprudența Curții este mult prea indulgentă cu contribuabilii „inocenți”, constrângând autoritățile fiscale să-și însușească sarcina grea a probațiunii. Chiar dacă ideea „fondul primează asupra formei” a fost des reiterată de Curte, consider că, în lipsa documentelor contabile întocmite în conformitate cu legea, nu se poate realiza proba la care autoritatea fiscală este obligată. În speța de față, datorită lipsei facturilor, nu s-a putut întocmi o expertiză contabilă care putea expune realitatea faptelor fiscale, motiv pentru care s-a recurs la o expertiză tehnică, de altfel insuficientă.

În final, consider că principiile jurisprudențiale împreună cu întregul conglomerat de cauze trebuie aplicate în spiritul conștiinței și echității, pietre de temelie a fiecărui judecător. După cum spunea și Harper Lee „*Singurul lucru care nu poate fi statornicit prin legea majorității este conștiința omului.*” fapt pentru care o marjă de libertate ar trebui acordată și judecătorului național, astfel încât aplicarea legii și a jurisprudenței să se realizeze în spiritul, iar nu în litera ei.

---

\* Studentă, master “Dreptul european și dreptul național al afacerilor”, UBB Cluj-Napoca; pop\_3.1416@yahoo.com.

<sup>1</sup> Dan Drosu Șaguna, „Drept financiar și fiscal european”, Ed. C.H. Beck, București 2010, pag.227 și 230; Mircea Ștefan Minea, C.F. Costaș, D.M. Ionescu „Legea evaziunii fiscale comentarii și explicații”, Ed. C.H. Beck, București 2006, pag.13-15.

<sup>2</sup> Dan Drosu Șaguna, Mihaela Tofan, „Drept financiar și fiscal european”, Ed. C.H. Beck, București 2010, pag. 228.

<sup>3</sup> Paulus Merks, Ernst & Young and Vrije Universiteit, Amsterdam, „Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning”, pag.273 și urm; sursa <http://heinonline.org>.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Hotărârea din 11 martie 2004, în afacerea C-9/02, denumită în continuare Lasteiry du Saillant, <http://curia.europa.eu>.; Paulus Merks, Ernst & Young and Vrije Universiteit, Amsterdam, „Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning”, pag.280; sursa <http://heinonline.org>.

<sup>7</sup> Art. 145, alin.(1) din Directiva 2006/112 și art. 145, alin.(1) din Codul fiscal român, actualizat la 11 ian. 2012. Conform aceluiași acte normative, exigibilitatea taxei „*reprezintă data la care autoritatea fiscală devine îndreptățită să solicite plata de către persoanele obligate la plata taxei...*”, care nu se confundă cu exigibilitatea plății taxei, definită în alineatul următor. Totodată, momentul exigibilității taxei coincide cu faptul generator conform căruia bunul este livrat sau serviciul este prestat.

<sup>8</sup> Dacă bunurile cumpărate din statul membru X nu au ajuns în statul membru Y (unde se află persoana impozabilă care solicită deducerea TVA-ului), ci au fost livrate direct în statul membru Z, acest mecanism nu dă drept de deducere imediat. Vezi parag. 40-43 în hotărârea din 22 aprilie 2010, în afacerile C-536/08 și C-539/08, denumite în continuare Cauzele X and fiscale eenheid Facet – Facet Trading. Vezi și hotărârea din 21 septembrie 1988, în afacerea C-50/87, denumită în continuare Cauza Commission v. France.

<sup>9</sup> Radu Bufan, Mircea Ștefan Minea „Codul fiscal comentat”, Ed. Wolters Kluwer Romania, Bucuresti 2008, op cit, pag. 869.

<sup>10</sup> Hotărârea din 1 februarie 1977, în afacerea C- 51/76, denumită în continuare Cauza Verbond van Nederlandse Ondernemingen.

<sup>11</sup> Hotărârea din 30 septembrie 2010, în afacerea C-392/09, denumită în continuare Cauza Uszodaépitő, pct. 34, <http://curia.europa.eu>.

<sup>12</sup> Hotărârea din 30 septembrie 2010, în afacerea C-392/09, denumită în continuare Cauza Uszodaépitő, op.cit. pct.35, <http://curia.europa.eu>.

<sup>13</sup> Hotărârea din 29 noiembrie 2012, în afacerea C-257/11, denumită în continuare Cauza Grand Via Moinești, <http://curia.europa.eu>.

<sup>14</sup> Sever Gabriel Bomboș, op cit,. P.286, preluat din Mircea Ștefan Minea, Cosmin Flavius Costaș, „Dreptul finanțelor publice”, Vol. II, Ed. UJ, București 2011.

<sup>15</sup> Art 146, alin.(1), lit a, b din Codul fiscal român, actualizat la 11 ian. 2012.



- <sup>16</sup> „Prin compensare se sting creanțele administrate de Ministerul Finanțelor Publice cu creanțele debitorului reprezentând sume de rambursat sau de restituit de la buget, până la concurența celei mai mici sume, când ambele părți dobândesc reciproc atât calitatea de creditor, cât și pe cea de debitor, dacă legea nu prevede altfel.”; „Compensarea se face de organul fiscal competent la cererea debitorului sau înainte de restituirea ori rambursarea sumelor cuvenite acestuia, după caz, în ordinea prevăzută la art.104 alin. (1)”.
- <sup>17</sup> Ben J.M Terra, Peter J. Wattel, „*European Tax Law*”, Fifth Edition, Ed. Kluwer Law, International, pag. 176; art.183 din Directiva 112/2006/CEE și art. 147<sup>3</sup> din Codul fiscal român, actualizat la 11 ian. 2012.
- <sup>18</sup> Aurelian Opre, „*Deductibilitatea TVA pentru operațiunile de import*”, M.F.I Nr. 1/2008, pag. 24.
- <sup>19</sup> Vezi supra, pag. 11.
- <sup>20</sup> În dovedirea existenței beneficiului deducerii persoana în cauză poate prezenta un document justificativ asimilat facturii, dacă îndeplinește criteriile impuse de statele membre. Vezi hotărârea din data de 5 decembrie 1996, în afacerea C-85/95, denumită în continuare Cauza Residorf.
- <sup>21</sup> Hotărârea din 10 martie 2005, din afacerea C-33/03, denumită Cauza Commission vs. UK, și hotărârea din data de 8 noiembrie 2001, în afacerea C-338/98, denumită în continuare Cauza Commission vs. Netherlands.
- <sup>22</sup> Hotărârea din 29 aprilie 2004, din afacerea C-152/02, denumită în continuare Cauza Terra Baubedarf – Handel, <http://curia.europa.eu>.
- <sup>23</sup> Denumită în continuare „Directiva TVA.”
- <sup>24</sup> Cele două condiții sunt cumulative, vezi pct. 38 al hotărârii din 29 aprilie 2004, din afacerea C-152/02, denumită în continuare Cauza Terra Baubedarf – Handel.
- <sup>25</sup> Încă din anul 1988 Curtea arată importanța existenței facturii, în hotărârea din 14, din afacerile C-123/87 și C-330/87, denumite în continuare Cauzele Jeunehomme and Others. În aceste cauze art. 18 și 22 din a 6-a Directivă trebuie interpretate în sensul că permit statelor membre să condiționeze exercitarea dreptului de deducere de existența unei facturii. Aceste prevederi nu interzic statelor membre să insereze în facturi anumite rubrici adiționale dacă prin acestea se urmărește: stoparea fraudelor, controlul eficient al resortisanților precum și colectarea conformă a TVA-ului.
- <sup>26</sup> Conform art. 183 din Directiva 2006/112/CE.
- <sup>27</sup> „Exercițiul financiar reprezintă perioada pentru care trebuie întocmite situațiile financiare anuale și de regulă coincide cu anul calendaristic.” Art. 25 indice 1 alin. (1), din Legea Nr. 85/1991, legea contabilității; [http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/legislatie/Legea\\_contabilitatii.htm](http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/legislatie/Legea_contabilitatii.htm).
- <sup>28</sup> [http://www.hotnews.ro/stiri-dosare\\_de\\_fiscalitate-15597199-cum-pregateste-control-fiscal-care-sunt-drepturile-contribuabililor-parcursul-unui-control-fiscal-alexandru-cristea-consultant-fiscal-tax-partner-tuca-zbarcea-asociatii-tax-discuta-online-joi-ora-12-0.htm](http://www.hotnews.ro/stiri-dosare_de_fiscalitate-15597199-cum-pregateste-control-fiscal-care-sunt-drepturile-contribuabililor-parcursul-unui-control-fiscal-alexandru-cristea-consultant-fiscal-tax-partner-tuca-zbarcea-asociatii-tax-discuta-online-joi-ora-12-0.htm).
- <sup>29</sup> Nerespectarea formalităților impuse de statul membru, în acord cu art.18, alin.(1), lit.d nu trebuie să conducă persoana impozabilă la pierderea dreptului de deducere. Dacă condițiile de fond au fost îndeplinite trebuie acordat dreptul de deducere, chiar dacă unele condiții de formă sunt omise. Vezi parag. 65-68 în hotărârea din 8 mai 2008, în afacerile C-95/07 și C-96/07, denumite în continuare Cauza Ecotrade. Similar s-a susținut și în hotărârea din data de 1 aprilie 2004, din afacerea C-90/02, denumită în continuare Cauza Bockemuhl.
- <sup>30</sup> [http://www.hotnews.ro/stiri-dosare\\_de\\_fiscalitate-15597199-cum-pregateste-control-fiscal-care-sunt-drepturile-contribuabililor-parcursul-unui-control-fiscal-alexandru-cristea-consultant-fiscal-tax-partner-tuca-zbarcea-asociatii-tax-discuta-online-joi-ora-12-0.htm](http://www.hotnews.ro/stiri-dosare_de_fiscalitate-15597199-cum-pregateste-control-fiscal-care-sunt-drepturile-contribuabililor-parcursul-unui-control-fiscal-alexandru-cristea-consultant-fiscal-tax-partner-tuca-zbarcea-asociatii-tax-discuta-online-joi-ora-12-0.htm).
- <sup>31</sup> Hotărârea din data de 15 iulie 2010, din afacerea C-368/09, denumită în continuare Cauza Pannon Gép Centrum.
- <sup>32</sup> Hotărârea din 8 mai 2013, în afacerea C-271/12, denumită în continuare Cauza Petroma Transports and Others.
- <sup>33</sup> Hotărârea din 31 ianuarie 2013, în afacerea C-642/11, denumită în continuare Cauza Story Trans și hotărârea din 31 ianuarie 2013, în afacerea C-643/11, denumită în continuare Cauza LVK-56.
- <sup>34</sup> Decizia ICCJ Nr. V din 15.01.2007.

- <sup>35</sup> Cosmin Flavius Costas, „Curtea de Apel Iași. Verificare compatibilitate Decizie RIL V din 15 ianuarie 2007 cu Dreptul European”, [www.juridice.ro](http://www.juridice.ro).
- <sup>36</sup> Idee regăsită în dosarul Nr. 9405/99/2012, pe rolul Curții de Apel Iași, nepublicat.
- <sup>37</sup> *Ibidem*.
- <sup>38</sup> *Ibidem*.
- <sup>39</sup> Hotărârea din 21 octombrie 2010, în afacerea C-385/09, denumită în continuare Cauza Nidera Handelscompagnie, pct. 47-51 și 54.
- <sup>40</sup> Hotărârea din 1 martie 2012, în afacerea C-280/10, denumită în continuare Cauza Ploski Trawertyn, pct. 44-46, 49 și 50.
- <sup>41</sup> Hotărârea din 8 mai 2008, în afacerile C-95/07 și C-96/07, denumite în continuare Cauzele Ecotrade, pct. 41, 51 și 54.
- <sup>42</sup> Hotărârea din 12 iulie 2012, în afacerea C-284/11, denumită în continuare Cauza EMS – Bulgaria Transport.
- <sup>43</sup> Hotărârea din 21 februarie 2006, din afacerea C-419/02, denumită în continuare Cauza Bupa Hospitals, <http://curia.europa.eu>.
- <sup>44</sup> Dreptul Uniunii nu se opune unor norme de contabilitate suplimentare, impuse de statele membre, dacă acestea fac referire la standardele internaționale. În privința exigibilității TVA-ului, art.167 din Directiva TVA reglementează clar momentul exigibilității ca fiind cel al prestării serviciilor sau livrării bunurilor. În niciun caz acest moment nu poate fi stabilit altfel. Așadar, teoria conform căreia TVA-ul devine exigibil în momentul înregistrării serviciului în contabilitate este improprie și încalcă dreptul UE. Vezi hotărârea din 13 februarie 2014, în afacerea C-18/13, denumită în continuare Cauza Marks Pen.
- <sup>45</sup> Hotărârea din 21 februarie 2006, în afacerea C-419/02, denumită în continuare Cauza Bupa Hospitals, <http://curia.europa.eu>; Cosmin Flavius Costas, „*Jurisprudență comentată*”, R.R.D.A 3/2007, pp.129 - 131.
- <sup>46</sup> Hotărârea din 21 februarie 2006, în afacerea C-255/02, denumită în continuare Cauza Halifax.
- <sup>47</sup> Cosmin Flavius Costas, „*Jurisprudență comentată*”, R.R.D.A 3/2007, p. 125.
- <sup>48</sup> Hotărârea din 27 octombrie 2011, în afacerea C-504/10, denumită în continuare Cauza Tanoarch, pag. 52, 54.
- <sup>49</sup> *Per a contrario*, persoana impozabilă are dreptul să aleagă între diferitele operațiuni prin care poate să-și diminueze obligația fiscală, fără a aduce atingere bugetului general consolidat. Vezi hotărârea din 22 decembrie 2010, în afacerea C-277/09, denumită în continuare Cauza RSB Dentschland Holding, pag. 53-55.
- <sup>50</sup> Unei societăți i se limitează dreptul de deducere cu 30%. În opinia Curții această reducere procentuală nu este o limitare în sensul art. 17, alin.(6) ci este o măsură administrativă necesară, potrivit art.22, alin.(8) din a 6-a Directivă. Măsura implementată cu titlu de sancțiune are rolul de a determina corecta colectare a TVA-ului precum și împiedicarea fraudelor fiscale. Vezi hotărârea din 29 iulie 2010, în afacerea C-188/09, denumită în continuare Cauza Profaktor Kulesza, Frankowski and other, pag. 37-49.
- <sup>51</sup> Cosmin Flavius Costas, „*Jurisprudență comentată*”, R.R.D.A 3/2007, p. 125.
- <sup>52</sup> Hotărârea din 9 septembrie 2004, în afacerea C-269/03, denumită în continuare Cauza Vermietungsgesellschaft Objekt Kirchberg; hotărârea din 29 aprilie 2004, în afacerile C-487/01 și C-07/02, denumite în continuare Cauzele Gemeente Leusden and Holin Groep.
- <sup>53</sup> Hotărârea din 21 februarie 2006, în afacerea C-223/03, denumită în continuare Cauza University of Huddersfield.

- <sup>54</sup> Hotărârea din 22 decembrie 2010, în afacerea C-103/09, denumită în continuare Cauza Weald Leasing, par. 45.
- <sup>55</sup> Idem, par. 52,53.
- <sup>56</sup> Art. 17, alin.(6) din a 6-a Directivă trebuie interpretat în sensul că autorizează statele membre să mențină excluderile generale, existente deja în sistemul național cu privire la dreptul de deducere al TVA-ului plătit în amonte. Vezi hotărârea din 05 octombrie 1999, în afacerea C-305/97, denumită în continuare Cauza Royscot and others. Vezi hotărârea din 18 decembrie 2007, în afacerea C-368/06, denumită în continuare Cauza Cadillac, par. 34, 37 și 43.
- <sup>57</sup> Hotărârea din 22 decembrie 2010, în afacerea C-438/09, denumită în continuare Cauza Dankowski, par. 41 și 47; Hotărârea din 28 noiembrie 2013, în afacerea C-319/12, denumită în continuare Cauza MDDP; Hotărârea din 23 aprilie 2009, în afacerea C-74/08, denumită în continuare Cauza PARAT Automotive Cabrio, par. 21, 27-30.
- <sup>58</sup> Hotărâre din 14 septembrie 2006, în afacerea C-228/05, denumită în continuare Cauza Stradasfalti, par. 30, 32, 55, 69 și hotărârea din 8 ianuarie 2002, în afacerea C-409/99, denumită în continuare Cauza Metropol and Stadler.
- <sup>59</sup> Hotărârea din 14 iunie 2001, în afacerea C-40/00, denumită în continuare Cauza Commission v. France.
- <sup>60</sup> Hotărârea din 22 decembrie 2008, în afacerea C-414/07, denumită în continuare Cauza Magoora, par. 38,39 și 45.
- <sup>61</sup> Hotărârea din 1 februarie 1977, în afacerea C-51/76, denumită în continuare Cauza Verbond van Nederlandse Ondernemingen.
- <sup>62</sup> Astfel, revine autorității fiscale sarcina de a proba: caracterul fraudulos al tranzacțiilor, lipsa calității de persoană impozabilă a unuia dintre contractanți, că nu există suficiente bunuri pentru a realiza livrarea și că beneficiarul cunoștea sau ar fi trebuit să cunoască tranzacția frauduloasă. În lipsa acestor elemente complexe, statul nu poate aneantiza dreptul de deducere al beneficiarului, acesta fiind considerat o persoană inocentă a jocului fraudulos. Vezi Hotărârea din 21 iunie 2012, în afacerile C-80/11 și C-142/11, denumite în continuare Cauzele Mahageben și David; hotărârea din 6 decembrie 2012, în afacerea C-285/11, denumită în continuare Cauza Bonik; hotărârea din 6 septembrie 2012, în afacerea C-324/11, denumită în continuare Cauza Toth; hotărârea din 13 februarie 2014, în afacerea C-18/13, denumită în continuare Cauza Marks Pen.
- <sup>63</sup> Hotărârea din 21 iunie 2012, în afacerile C-80/11 și C-142/11, denumite în continuare Cauzele Mahageben și David; hotărârea din 6 decembrie 2012, în afacerea C-285/11, denumită în continuare Cauza Bonik; hotărârea din 6 septembrie 2012, în afacerea C-324/11, denumită în continuare Cauza Toth; hotărârea din 13 februarie 2014, în afacerea C-18/13, denumită în continuare Cauza Marks Pen.
- <sup>64</sup> Hotărârea din 6 decembrie 2012, în afacerea C-285/11, denumită în continuare Cauza Bonik.
- <sup>65</sup> Concluzie regăsită și în cauzele C-80/11 „Mahageben” și C-142/11 „David”, C-285/11 Cauza „Bonik”, C-324/11 Cauza „Toth” și C-18/13, Cauza „Marks Pen”, citate anterior.
- <sup>66</sup> Art. 147<sup>3</sup> din Codul fiscal român, actualizat la 11 ian. 2012.
- <sup>67</sup> Aurelian Opre, Vladimir Marinescu, „Rambursarea taxei pe valoare adăugată (I)”, CF Nr. 4/20, pag. 15.
- <sup>68</sup> <http://www.curteadeconturi.ro/Publicatii/finante1.pdf>.
- <sup>69</sup> Raport al Curții de Conturi cu privire la fraudarea bugetului de stat prin restituirea ilegală de TVA, op. cit. pag. 12.
- <sup>70</sup> Idem.
- <sup>71</sup> Idem.
- <sup>72</sup> Ordinul ministrului finanțelor publice cu privire la aprobarea metodologiei de soluționare a deconturilor cu sume negative de taxă pe valoare adăugată cu opțiune de rambursare.  
[http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/legislatie/OrdineMFP/OMFP\\_967\\_2005.htm](http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/legislatie/OrdineMFP/OMFP_967_2005.htm).
- <sup>73</sup> Liviu Teodor Georgescu, Mircea Untaru, „Rambursarea TVA – studiu de caz”, CF Nr. 6/2006, pag. 5-8.

- <sup>74</sup> SIN –ul reprezintă „standardul individual negative care constă în suma maxima a TVA ce poate fi rambursată fără analiză documentară sau inspecție fiscală documentară anticipată ... în care riscul implicat de această rambursare este considerat acceptabil de către administrația fiscală”; vezi Liviu Teodor Georgescu, Mircea Untaru, „Rambursarea TVA – studiu de caz”, CF Nr. 6/2006, op. cit. pag. 8.
- <sup>75</sup> Idem, pag. 6.
- <sup>76</sup> Hotărârea din 19 iulie 2012, în afacerea C-591/10, denumită în continuare Cauza Littlewoods Retail and Others.
- <sup>77</sup> Hotărârea din 8 mai 2013, în afacerea C-271/12, denumită în continuare Cauza Petroma Transports and Others.
- <sup>78</sup> Hotărârea din 13 decembrie 1989, în afacerea C-342/87, denumită în continuare Cauza Genius Holding.
- <sup>79</sup> Hotărârea din 18 iunie 2009, în afacerea C-566/07, denumită în continuare Cauza Stadeco.
- <sup>80</sup> Hotărârea din 11 aprilie 2013, în afacerea C-138/12, denumită în continuare Cauza Rusedespred, pag. 35, 41.
- <sup>81</sup> Hotărârea din 6 noiembrie 2003, din afacerea C-78/02, denumită în continuare Cauza Elliniko Dimosio.
- <sup>82</sup> Hotărârea din 15 martie 2007, în afacerea C-35/05, denumită în continuare Cauza Reemtsma.
- <sup>83</sup> Hotărârea din 18 iunie 2009, în afacerea C-566/07, denumită în continuare Cauza Stadeco.
- <sup>84</sup> Hotărârea din 23 aprilie 2009, în afacerea C-74/08, denumită în continuare Cauza PARAT Automotive Cabrio și hotărârea din 6 octombrie 2005, în afacerea C-243/03, denumită în continuare Cauza Commission v France, parag. 37.
- <sup>85</sup> Hotărârea din 16 mai 2013, în afacerea C-191/12, denumită în continuare Cauza Alakor Gabonatermelo es Fargalmazo, pag. 35.
- <sup>86</sup> Principiul neutralității fiscale trebuie să permită persoanei impozabile recuperarea integrală a taxei, într-un termen rezonabil și în condiții adecvate. Art.183 din Directiva TVA nu permite administrației fiscale să amâne rambursarea TVA-ului fără a efectua o analiză specifică, bazându-se doar pe calcule matematice. Vezi hotărârea din 18 octombrie 2012, în afacerea C-525/11, denumită în continuare Cauza Mednis.
- <sup>87</sup> Hotărârea din 10 iulie 2008, în afacerea C-25/07, denumită în continuare Cauza Sosnowska.
- <sup>88</sup> Hotărârea din 12 mai 2011, în afacerea C-107/10, denumită în continuare Cauza Enel Maritsa, pag. 53.
- <sup>89</sup> Hotărârea din 12 iulie 2012, în afacerea C-284/11, denumită în continuare Cauza EMS.
- <sup>90</sup> Hotărârea din 21 iunie 2012, în afacerea C-294/11, denumită în continuare Cauza Elsacom.
- <sup>91</sup> Hotărârea din 9 iulie 2009, în afacerea C-483/08, denumită în continuare Cauza Regie communale autonome du stade Luc Varenne.
- <sup>92</sup> Acest termen nu poate face dificil de exercitat dreptul de deducere. Acest termen de 3 ani permite oricărei persoane impozabile, care exercită o minimă diligență, să își verifice în mod valabil dreptul de care beneficiază în temeiul ordinii juridice a U.E. Vezi hotărârea din 21 ianuarie 2010, în afacerea C-472/08, denumită în continuare Cauza Alstam Power Hydro.
- <sup>93</sup> Hotărârea din 28 iunie 2007, în afacerea C-73/06, denumită în continuare Cauza Planzer.
- <sup>94</sup> O persoană impozabilă care desfășoară activități într-un alt stat membru decât cel de proveniență, nu poate fi considerat ca având un sediu fix în acel stat în care realizează activitatea, fapt pentru care trebuie acordată rambursarea TVA-ului solicitat. Vezi hotărârea din 25 octombrie 2012, în afacerile C-318/11 și C-319/11, denumită în continuare Cauza Daimleaz and Widex.
- <sup>95</sup> Statul membru nu a încălcat prevederile legislației europene prin obligarea persoanei impozabile, care are o unitate fixă în acel stat, dar care își desfășoară activitatea în statul ei de proveniență, să ceară restituirea TVA-ului în loc de deducerea acestuia, atunci când achiziția e efectuată prin sediul principal și nu prin unitatea fixă. Vezi hotărârea din 16 iulie 2009, în afacerea C-244/08, denumită în continuare Cauza Commission v Italia.
- <sup>96</sup> Odată cu aderarea României la Uniunea Europeană, legislația națională e modificată și armonizată prin preluarea *aquis*-ului comunitar în ceea ce privește impozitarea indirectă, fapt pentru care noțiunea „achiziție intracomunitară” e regăsită și în Codul Fiscal. A se vedea „Reforma fiscală în țările din estul și centrul Europei”, Nicolae Hoanță, „Evațiunea fiscală”, Ed. C.H. Beck, București 2010, pag. 72-73.

- <sup>97</sup> Dragoș Pătroi, „TVA intracomunitar. Frauda carusel. Rambursarea TVA.”, Ed. C.H. Beck, București 2009, pag.47-58; Nicolae Ghinea, „Criminalitatea Financiar Fiscală”, Ed. Duran’s, 2009, pag.255-257.
- <sup>98</sup> Erich Kirchler, „Psihologia Economică a Comportamentului Fiscal”, Ed. Risoprint, Cluj-Napoca 2013, pag. 31-37.
- <sup>99</sup> Hotărârea din 12 ianuarie 2006, în afacerile C-354/03, C-355/03 și C-484/03, denumite în continuare Cauzele Optigen, Fulcrum și Band House, <http://curia.europa.eu>.
- <sup>100</sup> Hotărârea din 12 ianuarie 2006, în afacerile C-354/03, C-355/03 și C-484/03, denumite în continuare Cauzele Optigen, Fulcrum și Band House; Dr. Dragoș Pătroi, „Frauda de tip carusel privind taxa pe valoare adăugată aferentă tranzacțiilor intracomunitare”, C.F Nr. 10/2008, pp.1-11; Dragoș Pătroi, „Formele de manifestare ale fraudei de tip carusel prin raportare și la noile prevederi ale Ordonanței de Urgență a Guvernului nr.34/2009”, pp. 1-11, <http://www.ceccar-iasi.ro/vechi/curierul/Articol%20Dr.%20Dragos%20Patroi.pdf>.
- <sup>101</sup> În Hotărârea din 12 ianuarie 2006, în afacerile C-354/03, C-355/03 și C-484/03, denumite în continuare Cauzele Optigen, Fulcrum și Band House, <http://curia.europa.eu>.
- <sup>102</sup> Verificarea cum că emitentul facturii ar fi implicat într-o fraudă fiscală se realizează de instanța națională, prin elemente obiective. Această sarcină nu-i poate fi imputabilă destinatarului facturii. Vezi hotărârea din 31 ianuarie 2013, în afacerea C-642/11, denumită Cauza Story Trans.
- <sup>103</sup> Hotărârea din 6 iunie 2006, în afacerile C-439/04 și C-440/04, denumite în continuare Cauzele Axel Kittel și Recolta Recycling, <http://curia.europa.eu>.
- <sup>104</sup> Nicolae Hoanță, „Evaziunea fiscală”, Ed. C.H. Beck, București 2010, pag.50-100.
- <sup>105</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/taxation/l31003\\_ro.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/taxation/l31003_ro.htm).
- <sup>106</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:268:0001:0018:RO:PDF>.
- <sup>107</sup> OPANAF Nr. 3596/2011 modificat prin OPANAF Nr. 3806/2013.
- <sup>108</sup> Conform H.G Nr. 520/2013 privind organizare și funcționarea ANAF.
- <sup>109</sup> Aurelian Opre, „Noi obligații privind taxa pe valoare adăugată impuse de legislația fiscal comunitară”, CF Nr. 7/2006, pag. 4.
- <sup>110</sup> Despre VIES și modalitatea de funcționare. [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/vies/faq.html?locale=ro](http://ec.europa.eu/taxation_customs/vies/faq.html?locale=ro).
- <sup>111</sup> Acecșan site-ul [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/vies/](http://ec.europa.eu/taxation_customs/vies/).
- <sup>112</sup> Aurelian Opre, „Noi obligații privind taxa pe valoare adăugată impuse de legislația fiscal comunitară”, CF Nr. 7/2006, pag. 4-5.
- <sup>113</sup> Idem, pag. 5.
- <sup>114</sup> Pragurile valorice intrastate se stabilesc anual și se înscriu în M.Of. Pentru anul 2014, pragurile valorice erau în cuantum de 500.000 lei, pentru introduceri intracomunitare și 900.000 lei, pentru expedieri intracomunitare; vezi [http://www.intrastat.ro/di\\_cddi.php](http://www.intrastat.ro/di_cddi.php), „Despre Intrastat – Cine declară date Intrastat?”.
- <sup>115</sup> Intrastat este un „sistem de colectare a datelor statistice privind comerțul cu bunuri între statele membre ale Uniunii Europene”, op. cit. [http://www.intrastat.ro/di\\_cri.php](http://www.intrastat.ro/di_cri.php), „Despre Intrastat”.
- <sup>116</sup> [http://www.intrastat.ro/di\\_cddi.php](http://www.intrastat.ro/di_cddi.php), „Despre Intrastat – Ce trebuie declarat?”
- <sup>117</sup> Vezi „Manual pentru furnizorii de informații statistice”, partea a II, 2014, [http://www.intrastat.ro/doc/Manual\\_pentru\\_furnizorii\\_de\\_informatii\\_statistice\\_partea\\_II\\_2014.pdf](http://www.intrastat.ro/doc/Manual_pentru_furnizorii_de_informatii_statistice_partea_II_2014.pdf).
- <sup>118</sup> Publicată în J.O. L. 182 din 29 iunie 2013.
- <sup>119</sup> Prin această Directivă se modifică Directiva 2006/112/CE. Mai exact se permite derogarea de la art. 199, 199a și art. 395.
- <sup>120</sup> Comunicare a Comisiei către Parlamentul European și Consiliu. Un plan de acțiune în vederea consolidării luptei împotriva fraudei și evaziunii fiscale. Bruxelles, 6.12.2012, <http://ec.europa.eu/>.
- <sup>121</sup> Directiva TVA, privind sistemul comun al taxei pe valoare adăugată, publicată în J.O L. Nr. 347 din 11 decembrie 2006.
- <sup>122</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-20130162+0+DOC+XML+V0//RO>.

- <sup>123</sup> Legea Nr. 571/2003, publicată în M.Of., Partea I, nr. 927, din 23 decembrie 2003 și actualizat în 21 ianuarie 2015, [https://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Legislatie\\_R/Cod\\_fiscal\\_norme\\_2015.htm#\\_Toc304299932](https://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Legislatie_R/Cod_fiscal_norme_2015.htm#_Toc304299932)
- <sup>124</sup> [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/tax\\_fraud\\_evasion/acting\\_together/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/tax_fraud_evasion/acting_together/index_en.htm).
- <sup>125</sup> [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/tax\\_fraud\\_evasion/acting\\_together/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/tax_fraud_evasion/acting_together/index_en.htm).
- <sup>126</sup> Denumită „*Organisation for Economic Co-operation and Development*”, cu acronimul OECD sau „*Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică*”, cu acronimul OCDE.
- <sup>127</sup> [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/tax\\_fraud\\_evasion/acting\\_globally/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/tax_fraud_evasion/acting_globally/index_en.htm)
- <sup>128</sup> <http://www.oecd.org/about/>.
- <sup>129</sup> Dan Drosu Șaguna, „*Drept financiar și fiscal european*”, Ed. C.H. Beck, București 2010, pag.257.
- <sup>130</sup> Mircea Ștefan Minea, C.F. Costăș, D.M. Ionescu „*Legea evaziunii fiscale comentarii și explicații*”, Ed. C.H. Beck, București 2006, pag 199.
- <sup>131</sup> <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>.
- <sup>132</sup> ACTION 1 „Address the tax challenges of the digital economy”, <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>
- <sup>133</sup> ACTION 2 „Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements”, <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>.
- <sup>134</sup> ACTION 5 „Counter harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance”, <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>.
- <sup>135</sup> ANAF, Direcția Generală Antifraudă.
- <sup>136</sup> Prima lege care are incidență în sfera evaziunii fiscale apare în anul 1929 sub denumirea de „Legea pentru represiunea evaziunii fiscale la contribuții directe”, lege care nu prevede în cuprinsul ei cauzele evaziunii fiscale și modalitatea lor de soluționare ci își canalizează atenția asupra neregulilor de ordin administrativ; Vezi Dan Drosu Șaguna, „*Drept financiar și fiscal european*”, Ed. C.H. Beck, București 2010.
- <sup>137</sup> Legea Nr. 87/1994 pentru combaterea evaziunii fiscale, publicată în M.Of., Partea I, nr.299 din 24 octombrie 1994, abrogată prin Legea Nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, publicată în M.Of., Partea I, nr. 672 din 27 iulie 2005.
- <sup>138</sup> Dragoș Pătroi, „*Evaziunea fiscală situată dincolo de frontierele legalității*”, CF Nr.9/2006, pag. 10.
- <sup>139</sup> Mircea Ștefan Minea, C.F. Costăș, D.M. Ionescu „*Legea evaziunii fiscale comentarii și explicații*”, Ed. C.H. Beck, București 2006, pag. 21-30.
- <sup>140</sup> Idem.
- <sup>141</sup> Art 6, lit f și g; Lit. D, din H.G Nr. 520/2013, publicată în M.Of., Partea I, nr. 473 din 30 iulie 2013; Atribuții în domeniul prevenirii, descoperirii și combaterea evaziunii fiscale și a fraudei fiscale. De asemenea s-a constituit în subordinea Agenției o entitate denumită „Direcția Generală Antifraudă”, a cărei atribuții sunt reglementate la art 15 din cadrul aceleiași hotărâri.
- <sup>142</sup> [http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Informatii\\_R/Strategia\\_ANAF\\_2012\\_2016.pdf](http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Informatii_R/Strategia_ANAF_2012_2016.pdf).
- <sup>143</sup> Vezi infra pag. 8.
- <sup>144</sup> [http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Declaratii\\_R/390.html](http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Declaratii_R/390.html).
- <sup>145</sup> [http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Declaratii\\_R/394.html](http://static.anaf.ro/static/10/Anaf/Declaratii_R/394.html).
- <sup>146</sup> Art. 4, alin.(3), TUE, „*Statele membre adoptă orice măsură generală sau specială pentru asigurarea îndeplinirii obligațiilor ce decurg sau care rezultă din actele instituțiilor Uniunii.*”

**ARTICOLE**

**VECHIUL DREPT ROMÂNESC, IUS VALACHICUM. STUDIUL ASUPRA CNEZATELOR SUPUSE  
LUI LEX SAU MODUS OLACHORUM**

**Mihai SAFTA\***

**Abstract.** Customary Romanian law, *ius valachicum*. Study of the territorial and social forms of organization known as “cnezate” and the relation between *ius commune* and *ius olachorum*. The present article focuses on the concept of medieval common law present in the space around the Carpathian Mountains, Transylvania and the medieval Kingdom of Poland. The law of the land that was used by the local “voievod” and/or “cneaz” was called the *ius valachicum*. Our research attempts to identify and clarify this concept of the *lex Olachorum*, based on original documents and terminology versus applicability in the medieval kingdom of Hungary, and the medieval kingdom of Poland until the dissolution of the territorial-social aggregation form known as “cnezat”, from a historical and juridical approach.

**Keywords:** *ius commune*, *ius valachicum*, cnezat, Hungary, Transylvania, Poland

**Cuvinte cheie:** *ius commune*, *ius valachicum*, cnezat, Ungaria și Polonia medievală

**1) Istoriografie și terminologie. Prolegomene.**

Legea pământului (obiceiul pământului sau legea românească, legea țării sau „*ius valachicum*”) s-a format încetul cu încetul printr-o aplicare îndelungată.<sup>1</sup>

Așa cum arăta Romulus Vulcănescu<sup>2</sup>, unul dintre cei mai buni specialiști români în materie de etnologie juridică, legea firii sau, mai precis, legea pământului sau legea țării a devenit suportul metodologic al relațiilor dintre membrii aceleiași comunități etnice, promovate de sistemul de cutume, datini și tradiții juridice, cu riturile juridice corespunzătoare, stabilite de bătrânii satelor, numită în țară și obiceiul pământului. În enclavale românești din statele vecine sau apropiate (în Transilvania, regiunea Haliciului, sudul Poloniei, Silezia, Moravia și Slovacia, Serbia, Croația) legea valahă a fost, cu unele excepții, luată în considerație ca o lege sfântă a românilor înstrăinați în grupuri etnice.

Aceeași situație se întâlnește (bineînțeles, situație din punct de vedere etico-juridic), se constată și la celelalte neamuri ale poporului român, îndeosebi la macedoromâni. Studiile privind formarea sistemului de drept feudal românesc n-au fost puține, dimpotrivă, iar unele dintre ele, cum sunt cele realizate de istoricul vechiului drept românesc Valentin Al. Georgescu sunt deosebit de interesante și edificatoare<sup>3</sup>. Este, poate, înainte de toate, nevoie de o precizare privitoare la expresia tehnică de *ius valachicum*. Această expresie este punctul culminant al unei dezvoltări amplificate în timp. Ea apare în documente după aplicarea sistemului respectiv și reprezintă un semn al consolidării relațiilor feudale, într-un cadru de relativă centralizare a statului în cauză, sub egida regalității - ungare sau polone - și cu sprijinul direct al bisericii.

„Statul feudal” a receptat cutuma pentru a o adapta, în mod firesc, intereselor lui; el creează după modelul arhaic preexistent „alte cutume, cu rațiuni evident de ordin cultural și ideologic. După acest model arhaic, cutuma este dreptul pe care societatea îl secretă în mod normal, dreptul principal, având prin el însuși și originarmente forța obligatorie. Și aceasta în virtutea unei mistici a ceea ce este vechi și totodată actual, tradiției și a legăturii cu cultul morților, al strămoșilor. Un drept opus noutății, care rămâne, în general, suspect și chiar sacrilegiu.”<sup>4</sup>

Trecerea de la sistemul arhaic de cutume la sistemul cutumiar subordonat dreptului de stat se face prin substituie, confiscare și control selectiv cu ajutorul cenzurii.

„Voievodul-domn substituie (...) cutuma dreptului lui princiar autocrat și dreptului divin. Boierii cu ajutorul domnului confiscă în favoarea lor funcțiunea de jurător, cojurător și hotarnic”. Iar “controlul cutumei (arhaice) se făcea prin cenzură în conformitate cu *recta fides* (enunțată de Tertullian) și *recta ratio* (de Constantin) (...) punând sub tutelă cutuma originară și independentă de legea scrisă”. Dar și biserica, la rândul ei, “confisca în avantajul ei dreptul de cenzură al comunității în virtutea propriilor ei cutume. Imaturitatea dreptului scris și avantajele unei cutume rău cenzurate și aprobate de atot, fără a recurge la Cutumiarele sigure și obligatorii, au dus la o lungă perioadă de mistică a cutumei vechi”. În plus, “Cutumiarele transformau peste tot cutuma suplă și mobilă în text legislativ, aprofundând astfel lichidarea cutumei”<sup>5</sup>. Aceasta este explicația pentru modul cum pravila romano-bizantină codifică cutuma “într-un spirit de sinteză a sistemelor de pluralism juridic în vigoare” în perioada feudală. Prin urmare, sistemul de cutume arhaice a alcătuit ceea ce s-a intitulat la noi, încă de la începutul erei noastre, legea țării și, mai târziu, obiceiul pământului. S-a susținut de către istoricii dreptului românesc<sup>6</sup> că termenul de lege este mai vechi decât cel de obicei, că el atestă originea latină a limbii române și confirmă “continuitatea dreptului autohtonilor” în perioada migrației popoarelor. Legea țării a anticipat ca formulă juridică de drept sătesc obiceiul pământului și chiar s-a considerat că este mai plină de semnificație juridică chiar în concepția sătească.<sup>7</sup>

E important de relevat ce cuprindea legea țării ca sistem juridic comunitar sătesc. Ea constituia un ansamblu de rânduieli juridice privitoare la toate activitățile principale legate de proprietatea funciară, de muncă, de ideea de drept și dreptate socială.<sup>8</sup>



## 2) Conceptul de ius valachium, cnezatele valahe din regatul medieval Polon.

Hrisoavele cunoscute ne fac mențiuni despre **jus valachicum** astfel: a se administra și judeca după dreptul românesc.<sup>9</sup> Alte forme sunt „*Quarum villarum cmethones fieri debent et locabuntur in jure Valachico*”, „*Quiquidem scultetus locabit dictam villam in cruda radice in jus valachicum; ori eximimus etiam dictae villae cmethones ab omnibus juribus Ruthenicis, Polonicalibus et Teutonicalibus ac quibus aliis solum illos in jure Valachico conservabimus*”. Aveau practic, drepturile de a se așeza, a plăti dările economice și a avea „*dreptul de judecată după dreptul curat românesc*”<sup>10</sup>. Din izvoare aflăm despre așezările cu dreptul românesc, ne descriu în mod amănunțit dările economice ce trebuiau plătite proprietarilor. „*Scopul colonizărilor nu a fost altul decât sporirea numărului de populație și cu ea sporirea finanțelor regești și particulare*”<sup>11</sup>. După formulele puse în constituirea satelor, ne dăm seama dacă beneficiază de „jus valachicum”, astfel avem: „*Quarum villarum inferioris et superioris Ternowa Cmehones fieri debent et locabuntur in jure Valachico*”<sup>12</sup>. În fruntea satului și a organelor de judecată era ceata oamenilor buni și bătrâni, dătătoare de norme și moravuri. Pentru a executa dreptul lor de a da legi și datini se întruneau în centrul satului, sub coroana unui brad considerat arbore cosmic sau în jurul coloanei cerului (un substitut al arborelui cosmic). Printre instituțiile juridice ale satului arhaic sunt de menționat: cetele de vârstă, sex și afinități de muncă (pe lângă cetele de bătrâni existau cetele de oameni maturi, cetele de feciori și cetele de copii, fiecare din cete fiind dublate de cetele corespunzătoare feminine), fiecare din ele acționând conform statutului său juridic atribuit prin delegație de bătrâni înțelepți ai satului liber. Hotărârile, normele, legile și datinile le stabileau în comun și cel mai în vârstă le proclama ca atare. În ceea ce privește grupele etnice românești integrate în comunități etnice străine, legea țării se transformă în legea românilor, denumiți în perioada medievală prin exonimul valahi (în documentele ungare, forma latinească cea mai frecventă pentru Valachus, valachicus, este cea de Olachus, olachulis, de unde denumirea de *lex sau modus Olachorum*).<sup>13</sup> Ceea ce însă ni se pare cu mult mai semnificativ este că vechiul drept cutumiar se menține în conștiința sătească a românilor și în perioada modernă, iar unele rânduieli ale legii țării s-au respectat până în pragul secolului al XX-lea. „Vechiul sistem de drept românesc a cârmuit viața poporului roman sub toate înfățișările și în toate ținuturile chiar dacă soarta i-a fost potrivnică și o așezare geografică neprielnică; românii chiar dacă au trăit în alte state, și-au luat și sistemul de drept cu ei”<sup>14</sup>.

Fundațiunile de sate românești puteau fi doar regale sau private. Regii poloni căutau să populeze locurile sterpe, cu coloniști de toate națiunile, acordându-le mari privilegii. Prin acestea urmăreau să înmulțească populația umplând locurile goale, transformând locurile păduroase și sterpe în locuri arabile, mărirea finanțelor regești. Toate dările naturale au fost schimbate în bani ulterior în acest scop. Colonizările private sunt la rândul lor de două feluri: clericale și private a diferiților demnitari ai curții polone. Singurele așezări private<sup>15</sup> cunoscute sunt ale lui Piotr Kmita, starostele de Premisla, în număr de șapte: Swiniacz albo Zwiniacz, Rowien na okoliszczach, Ternowa wysza i Ternowa dolna, Boberka, Dwernik i Polana.

Forma satelor era simplă, o stradă lungă, case pe ambele case, iar în mijloc era locul pentru biserică și piață, meseriașii aveau dreptul să se așeze pe locul destinat cnezului.

Autoritatea cnezului se întindea asupra tuturor locuitorilor din satul românesc:

„.....Eximius etiam villae Cmethones ab omnibus juribus Polonicalibus, Teutonicalibus ac Ruthenicis, sed illos in jure Valachorum conservabimus. Quidquidem Cmethones coram nullo alio, sed coram sculteto judicabuntur....Cmethones, hortulanos, inquilino, et alios omnes incola villas praefatae in omnibus et singulis causis parvis et magis tam ratione furti, injuriarum, quam ratione criminis cujuscunque jure Valachico, quod in eo passu cum aliis concordare afficiendi plectendique, ita quod ipsi incolae ratione injuriarum furtorumque coram suo advoco sive sculteto, advocatus vero Nostro judicio legitime vocatus respondere tenebatur et erunt adstricti.”<sup>16</sup>

Privilegiile satelor române de pe teritoriile regale și private sunt înzestrate cu formula „*să se așeze după jus valachicum*”. Această formulă însă explică doar partea economică, partea juridică fiind completată prin formulele explicate în hrisoave, precum „**non alio jure nisi ipso Valachico**”<sup>17</sup> sau „**jus Valachicum judicabuntur**”<sup>18</sup>.

Coloniștii imigranți au adus cu ei toate obiceiurile avute în țara lor precum preotul, limba, credința și obiceiurile juridice. Originea cnezatului este născută odată cu „jus valachicum”<sup>19</sup>, documentele de la judecăți fiind baza acestei afirmații. Aici „jus valachicum” s-a dezvoltat cu timpul fiind exercitat de cnezii români la toate nivelele societății, ocazional umplând golurile din legea polonă. Cu timpul însă este corupt de dreptul polon și presiunile externe exercitate atât asupra cnezilor cât și a autorității lor și astfel „jus valachicum” este treptat uitat, ignorat și înlocuit.<sup>20</sup>

Starea internă a Poloniei medievale a schimbat mult și starea proprietății valahe. Proprietarii particulari au fost principalii „**călăi a cnezatelor**”, motivul tacit invocat de ei fiind acela că, exportul de cereale crescut simțitor sub Sigismund al III-lea și Vladislav al IV-lea, ajunsese la punctul culminant în secolul al XVII-lea. Proprietarii au încercat atunci prin orice mijloc disponibile, fie legal sau ilegal să-și recapete și să-și procure domeniile și implicit brațele de muncă. Fiind mari demnitari ai statului, ei au influențat pe regi în așa măsură încât au dobândit atât proprietățile vândute cât și brațele de muncă. Aceștia introduseră regulile de judecată, precum și lucrul după bunul lor plac, „*numărul zilelor lucrătoare fu mărit, claca îndoită, dările, plocoanele le înmulțiră, așa că sătenii români, din liberi ce erau odinioară, au devenit prin pierderea cnezului și trecerea proprietăților lor în mâinile proprietarilor, legați pământului. Soarta lor fu aceeaș, ca și-a sătenilor poloni.*”<sup>21</sup>. Nu erau însă sclavi, doar legați pământului. Ei își păstrează libertatea personală și dreptul de avere mobilă, în baza constituțiilor emise în anii 1620, 1647, 1736. Erau obligați însă să lucreze un număr de zile după indicația proprietarilor și starostilor regești.

### 3) Apariția și dezvoltarea dreptului românesc în Polonia. Caractere generale.

Dezvoltarea dreptului românesc în Polonia și Ucraina a fost strâns legată de evoluția imigrărilor române, ce adesea aduceau un trai primitiv, dar și organizare administrativă și judecătorească. Cnezul era creatorul satului, el primea privilegiul cu specificarea de a înființa un sat, ai cărui locuitori să plătească dările și să fie judecați după obiceiul românesc „jure

Valachorum”<sup>22</sup>. El era mijlocitorul între proprietari și coloniști, îmbinând astfel două feluri de drepturi și datorii: era reprezentantul proprietarilor față de coloniști, în supravegherea colectării arenzilor anuale, a dărilor și a pădurilor. Reprezenta pe locuitori față de proprietarii absoluți ai solului și față de străini. Tot el reprezintă pe judecătorul imparțial al coloniștilor în toate afacerile interne comunale, polițienești și în cele judiciare: procese civile, mari și mici, penale, aplicând numai legile stabilite prin obiceiurile lor strămoșești. El reprezintă pentru colonii o garanție viabilă a inviolabilității drepturilor lor.

Cnezatul reprezintă în primul rând porțiunea de pământ dată de proprietari, fie sub formă de hărăzire sau vânzare, fie sub forma unui pact pe vecie cu condiția ca el să înființeze sat. Pământul urma să fie distribuit după formă impusă de privilegiul acordat cnezului. Cnezatele regale purtau timbrul **hărăzirei**, iar cele de pe domeniile private erau vândute.

*„Funcția administrativă a cnezului consta în poliția satului: să adune probe criminale, să prindă furi; în același timp el avea și atribuția judecătorească: să judece cu grămada procesele civilo-penale”<sup>23</sup>.*

Hărăzirea și vânzarea cnezatelor se făcea oamenilor din clasa țărănească și nobililor astfel:

**Cnezatele hărăzite țăranilor.** Atât regii cât și proprietarii particulari hărăzeau și vindeau cnezatele oamenilor din clasa țărănească. „Privilegiile de locație ale satelor : Boberka, Berechy, Koroscienska Wola, Bierczarowa și Wiciow numesc pe cnez cu epitetul de „*vir providus*”. **Vir providus** în istoriografia polonă și germană înseamnă omul de țară sau oraș, în opoziție cu **vir discretus**, familiaris, omul nobil. Alte privilegii ale satelor Swiniacz, Rowien și Dolzyca nu indicau nici originea, nici condiția socială a cnezilor; și prin faptul că nu li se atribuiau epitetul de „*nobilis generosus*” sau „*strenuus*” de aici putem conchide , că cnezul nu aparținea clasei nobile sau clasei militare, ci clasei țărănești „<sup>24</sup>.

**Cnezatele hărăzite nobililor.** Numărul acestora era destul de mic. La jumătatea secolului al XV-lea au început să se hărăzească și să se vândă cnezatele și nobililor. Astfel, cnezate precum Dwernik și Polany au fost concesionate chiar de la început nobililor Ivan cu fiii Petru și Luca; Nanowa și nobilului Michajko, Polawy, nobililor Ioan și Mihail Odrzechowski. Numărul mare de cnezate înființate se datorează țăranilor care cunoșteau dările valahe și dreptul valah.

#### 4) Dobândirea proprietății.

Modurile prin care se primeau cnezatele erau următoarele două: **hărăzirea și cumpărarea. Hărăzirea cnezatelor** se făcea pe vecie, în mod ereditar, numai sexului masculin. Obligația principală impusă cnezului era că, cnezatul să se perpetueze în decurs de mai mulți ani. Urmărind soarta cnezatelor observăm că ele s-au împărțit întotdeauna între moștenitorii cnezului, care obținuse privilegiul<sup>25</sup>. Cnezul avea și următoarele drepturi asupra cnezatului: să-l cedeze, să-l schimbe, să-l dăruiască și să-l ipotecheze. Pentru toate acestea el trebuia să ceară învoirea prealabilă a proprietarului solului: a regelui pe moșiile regale, a boierului proprietar în cele particulare. Astfel starostiile regești și proprietarii particulari țineau registre, în care se înregistrau întotdeauna schimbările satelor, care măreau veniturile proprietarilor fie prin satele alipite la proprietatea lor, fie prin cumpărări sau schimbări.

Al doilea mod de obținere a cnezatelor era **cumpărarea**. Cnezatele particulare purtau timbrul cumpărătorilor. Astfel privilegiile lor prevăd suma dată vânzătorului. Există probabilitatea că nu toate satele regești să fi fost hărăzite, o parte din ele au fost cumpărate de cneaz împreună cu locuitorii, divizându-și pământul între ei, conform sumelor puse de fiecare sătean. Regii însă, în urma presiunii nobilimii polone, au impus anumite restricții asupra vânzărilor cnezatelor valahe și a colonizării străine în Polonia. Două constituții din anii 1347 și 1510 aduc aceste restricții sus menționate. Prima constituție pune „**îngrădirea imperativă**”: *nici un proprietar colonist să nu înstrăineze bunul său vreunui militar sau vreunei persoane influente, fără permisiunea proprietarilor.*

„*Constituția din 1347.... De Scultetiae emptione et venditione... Cum officium scultetorum semper existat servile et avnutium Dominorum suorum stare et facere jure teneantur iudicans est ut majores aut potentiores personae in scultetia aliquas, praeter Dominorum voluntatem assumantur id circumfuit visum nostris Baronibus, ut nullus millesant aliusquicumque illustris emat aut acquirat sibi inaliqua villa scultetiam praeter illius villae possessoris, sive Domini, sive Patroni voluntatem Factum autem emptionem contra hoc statutum decernimus irritam et inanem. Konst. z. r.. 1347. Vol. Legum. Tom II.*”<sup>26</sup>.

Această oprire, nefiind în destul de respectată, a fost reînnoită prin restricția constituției din anul 1510: „*Saepenumero, advocati, sculteti et molendinarios, juri dominorum per ignoranciam detrahere consueverant et vendebant vel oppignorabant advocatias, scultetias et molendina, in toto vel parte, absque consensu Dominorum suorum. Qua propter constituimus ne hoc amplius facere audeant sub ammissione summae, proqua vendiderint, vel oppignoraverint fisco domini sui, in bonis vero nostris nobis applicandae. Petentibus autem ad oppignorandum, consensum non negabimus, sine tamen incommodo nostro. Et cancelaria non amplius debet recipere consensu, quam accentum florenis, quindecim grossos*”<sup>27</sup>, care prevedea că, cnezatele sau „soltuzatele” să nu fie vândute persoanelor însemnate și militarilor, sau oricărei alte persoane influente.

## 5) Privilegiile

Emise fie de regi pentru satele regești, ori de la proprietarii particulari, explicau toate îndatoririle și drepturile proprietarilor față de cnezi și a acestora față de proprietari și locuitori. Prin privilegiile se specificau clar, ce drepturi aveau cnezii în satele pe care trebuiau să le înființeze. Cnezii mai aveau și drepturi personale impuse de proprietari, precum „*dreptul de așezare a coloniștilor hortulani, zagrodnici și a meseriașilor*”<sup>28</sup>. Acești locuitori erau chiriași ai cnezilor, fiindcă proprietatea pământului rămânea a acestora și lor li se plăteau pentru pământul dat în arenda. „Acesta se constată din primele timpuri de așezări ale hortulanilor, dar cu timpul și prin diferite circulări censuale s-a schimbat aceastăarendă naturală în cens tributar. Cu totul altfel era situația meseriașilor, aceștia plăteau o chirie anuală”<sup>29</sup>. În satele acești „*zagrodnici*” trebuiau să fi căpătat locuri de construit case. Tot cnezilor li se acordase în mod subsidiar și o obligație din partea sătenilor valahi, „*ca aceștia să le lucreze anual un număr de zile fixate în hrisoave*”<sup>30</sup>, asigurându-le cu modul acesta lucrarea pământului.

În porțiunea internă a satului<sup>31</sup>, cnezii aveau dreptul de a construi singuri prăvălii, sau să permită diferiților industriași de care aveau nevoie sătenii să se așeze. Acești meseriași, veneau de cele mai multe ori din țări diferite și erau străini. Privilegiul acordat lor era mai mult o imitație a celui din satele germane.

„În hrisoave găsim pomeniți, meseriașii care aveau voie să se așeze și care nu. Astfel celor cărora le era interzis să se așeze în sate sub numele de meseriași, puteau să se așeze sub numele de coloniști hortulani”, concluzia lui Mototolescu se bazează pe analiza privilegiilor satelor: Swiniacz, Rowien, Polawy, Krosno, Koroscienska-Wola, Nanowa, Bogusza, Bielczarowa, Wiczoiv.<sup>32</sup>

## 6) Obligațiile

Cnezii la rândul lor aveau o serie de obligații față de proprietarii de teren, dar și față de săteni. Aceste obligații față de proprietari în primul rând se pot împărți în două subcategorii și anume:

a) **Personale:** obligația serviciului militar, darea numită pentru bucătărie „*rușfetur*”, darea o a doua parte din darea numită „*cuniță*”.

b) **Reale:** plata censului. Această obligație reiese din copiile hrisoavelor medio-polone, latine etc.

În categoria îndatoririlor intră un număr restrâns de obligațiuni ale cnezilor față de proprietarii de pământ și ale proprietarilor față de cnezi. Îndatoririle principale ale cnezilor față de proprietari sunt :

Dreptul ce aveau cnezii la unul din trei groși, rareori unul din șase, cuveniți lor din obligația impusă, ca „*recompensă pentru ostenenile ce-și dădeau la strângerea arenzilor și dărilor plătite de coloniști tezaurului public și boerilor proprietari*”<sup>33</sup>.

Dreptul ce aveau la unu din trei groși „*de omni re judecata*”. Prin acesta înțelegem că pe lângă funcția de judecători și administratori ei aveau și funcția de perceptori fiscali, pentru strângerea, în contul proprietarilor a arenzilor și dărilor anuale<sup>34</sup>. În schimbul acestei obligații proprietarii le dădeau o treime din dările ce urmau să fie colectate. Tot în această îndatorire intră și obligația cneazului de a se lipsi de taxa de o treime în folosul proprietarilor („*Quem quidem scultetum ac ejus successores ab expeditione bellica liberos emittimus Ratione ejus emissionis tertias partes de imni dacia. Nobis dimisit... Nobis omnes tertias de dacia quocumque misit, quolibet in anno Nobis et Nostris successoribus solvit kuchenego unum hungaricalem aureum... Habebit etiam scultetus.... atque tertiam partem omnium et singulorum proventum et obventionum de hac villa provenientium more aliorum scultetorum*”<sup>35</sup>), ” numai spre a nu mai lua parte la războie”<sup>36</sup>.

Cneazul fiind judecătorul „natural” , el îi pedepsea cu amenzi în materie civilă „de pildă : pentru divorț și pedepse penale. Aceste amenzi se distribuiau astfel : sau toate erau decernate cnejilor; sau două părți se dădeau proprietarilor, iar o parte cnejilor.”<sup>37</sup> El avea de asemenea și alte îndatoriri față de săteni, să-i reprezinte pe ei în afacerile comerciale,

economice, să-i judece și să supravegheze organizația în sate, administrația și poliția . „Prin poliția cnezească se înțelege ținerea ordinii în teritoriul satului și sat, prinderea hoților, omorătorilor”<sup>38</sup>. Aveau și obligația de a le oferi o „masă mare în timpul sărbătorilor de Paști și Crăciun,”<sup>39</sup>.

## 7) Drepturile clericale.

Satele românești, precum cele germane, ruse sau polone aveau de obicei un loc pentru biserică hotărât încă de la înființare, de obicei acesta era în centru satului<sup>40</sup>. Din veniturile popaturilor<sup>41</sup>, preoții plăteau o arendă, sau chirie fie în natură sau bani. Este posibil ca în satele românești să vină preoți ruși, care se așezau împreună cu coloniștii români, profitând de credința acestora, sau că satele române erau formate în mare parte din coloniști români rutenizați și polonizați, sau rutenii împreună cu preotul rus adoptau dreptul românesc, având cu toții aceeași credință. „Chiria sau arenda anuală a preoților era de treizeci și trei de groși, sumă mai mult sau mai puțin egală în toate satele românești. Alteori se scutea lanurile popești de orice dări sau arenze”<sup>42</sup>. Cantitatea și calitatea plocoanelor variau după mărimea satului și după anotimp. Cu cât satul era mai mare, cu atât preotul avea și el mai mari venituri și putea să dea mai multe plocoane, calitatea varia după anotimp. De cele mai multe ori avem citat printre lucrări iepuri sau miei. Aceste obligații inițial facultative au devenit în timp obligatorii având ca scop final creșterea de venituri ale casei regale.

## 8) Grămada (obștea) și îndatoririle ei.

Locuitorii din satele valahe, se adunau bianual la un loc unde cneazul le prezenta pe larg toate schimbările survenite, în decursul anului trecut. Tot în acel loc se adunau locuitorii, când erau convocați de cneaz, ca să facă judecățile, să adune probele în materie criminală.

*„În afacerile administrative erau convocați de două ori pe an de crainicul satelor”<sup>43</sup>*

Această întrunire se numea **grămadă** (gromoda), iar locul unde trebuiau să se adune, era lângă casa cneazului destinat de proprietari, sau într-un loc anume rezervat<sup>44</sup>. El convoca grămada prin **delegatul sătesc** la adunările anuale, două la număr, și la adunările judecătorești *”de câte ori cerea trebuința”<sup>45</sup>*. Împreună cu membrii grămezii prindea hoți, făcea descinderi în casele bănuților: *„Actum in Castro Sanocensi feria quarta post festum Sancti Lucae proxima anno Domini 1594 nono Judicium necessarium banitum celeratum extitit”<sup>46</sup>*.

Grămada avea și o obligație subsidiară, să presteze cu toți membrii lucrul cneazului în zilele hotărâte în adunările generale anuale. Locuitorii din sate erau obligați să participe la toate adunările judiciare și administrative. Aceste adunări, fiind dese la început rețineau oamenii de la munci și alte îndatoriri mult necesare supraviețuirii lor și astfel ei au încercat să se sustragă de la adunări. Scutirea aceasta de participare la adunări aduse pedepse bănești, care în timp s-au transformat într-o taxă anuală de patru groși. Această taxă trebuia plătită doar de aceia care nu puteau fi prezenți la adunări, altfel trebuia să ia parte la adunare fiecare membru al grămezii.

## 9) Transformările cnezatelor în rente viagere.<sup>47</sup>

„Proprietarii particulari asumându-și cnezatele și-au asumat cu timpul și puterea judecătorească”<sup>48</sup>. Cnezatele de pe domeniile regale au suferit cu timpul schimbări radicale, transformându-se din *cnezate proprietare ereditare în uzufructe viagere*. Principalele motive au fost constituțiile din anii 1607 și 1620, care stabileau că soluzatele și cnezatele, mai ales cele netaxate sau neîncorporate încă la orașe sau staroste, să se poată conferi numai oamenilor merituoși și militari. Tezaurul regal putea dispune evident de ele în orice moment. Constituția din 1662 aduce schimbări radicale, „introduce principiul confiscării deghizate, care constă în condiția, că primariatele și soluzatele aflătoare în mâinile persoanelor nemilitare, vor fi confiscate în caz de denunțarea ori-cărui militar, și dăruite acestui denunțător”<sup>49</sup>.

Al doilea principiu introdus a adus schimbări radicale constituției din 1510, astfel pentru a putea vinde și clasei nobile, obligând pe regi, de a le distribui militarilor merituoși, exceptând zece primariate pentru slugile regești<sup>50</sup>. Regele Poloniei, Stanislav August Poniatowski, prin „*pacta conventa*”, stabilise principiul că primariatele fără dreptul de jurisdicție, „*sine jurisdictione*” să fie hărăzite militarilor și dintre aceștia numai cele mai mici. Iar pe cele mai mari precum și pe cele „*cum jurisdictione*” le rezervau pentru nobilii de neam și de religie catolică. Proprietarii particulari au întrebuițat alte mijloace mai eficace în deposedarea cnezilor. Astfel au căutat să le răpească cnezilor posibilitatea de a accede în clasa nobilimii prin prestarea serviciului militar și anume distincțiile în războaie, de aceea ei au cerut regelui polon să-i scutească pe cnezi de obligația de a participa la război. Cererea a fost adoptată în manifestul de perceperea birurilor din anul 1578. Excluderea cnezilor de la înnobilitare aduse decadența lor, ei pierzând posibilitatea să se distingă în războaie și nu mai puteau primi titlul de nobili. Cnezii văzând că sunt deposedați prin viclenii au început să introducă principiul următor: când cnezii cumpărau cnezatele înserau în privilegiile fie suma plătită, sau clauza răscumpărării. Aceste obligații erau avantajoase și pentru proprietari și pentru cnezi. Când cnezul era deposedat de cnez, atunci obligă pe proprietar să-i înapoieze suma achitată. Proprietarii foloseau diferite mijloace, la care cnezii se opuneau cu forța, scopurile finale ale proprietarilor fiind dobândirea pământului înstrăinat, brațe de muncă, claca, munca coloniștilor, etc.<sup>51</sup>

Proprietatea regală era păstrată, însă uzufructul înstrăinat. „*Hărăzirea aceasta de uzufruct se făcea condiționată pe viața aceluia onorat*”<sup>52</sup>. Cnezul, dacă primea înființarea satului în baza rentei viagere avea asigurarea că în viața lui, cnezatul nu se va răscumpăra sau confisca de către locșitorii regali. **Cnezatele viagere** se înființau numai pe proprietățile regale și obligația răscumpărării se punea de visteria regală, care era mai bucurătoare de reținerea cnezatului decât de răscumpărarea lui. Cnezii, care primise cnezatele în rentă viageră încercau să obțină prin subtilități juridice transmiterea rentei viagere și succesorilor lor.

Subtilitățile juridice erau de două feluri: regele, promitea formal, în urma acordării rentei viagere, că nu va răscumpăra cnezatul de la posesorul viager, precum nici de la primii săi descendenți. Sau nu va permite nimănui să facă această răscumpărare. Acestea erau specificate în privilegiul de confirmare<sup>53</sup>, al doilea mod de-a asigura cnezatul familiei sale cu titlul viager era încuviințarea regală a trecerii uzufructului viager „*jure comunicativo*” fiului său, fraților săi sau ginerelui său<sup>54</sup>.

În urma transformării cnezatelor în rente viagere, cnezii nu mai puteau fi scoși așa de ușor din satele înființate, aveau o stabilitate asigurată, atât pentru ei cât și pentru urmașii lor, teama de un eventual atac asupra lor sau a cnezatului era complet ștersă, „*viața le era asigurată și munca binecuvântată*”<sup>55</sup>. Răpirile și abuzurile precum și răscumpărările ilegale au distrus cnezatele ereditare, dar au înființat cnezatele cu uzufruct viager, transformat cu timpul în rente viagere ereditare. Avem ca exemplu privilegiul de locație al satului Polawy din anul 1572: „*Volentes insuper clementiae Nostrae certa iudicia in scultetos praefatos declarare eisdem Iwanko et Michaelo Odrzechwski scultetis utrisque pro interesse medietatis advocatae memoratae eam ipsam scultetiam sive advocatiam ad extrema singulorum vitae tempora cum omnibus ejus utilitatibus, fructibus et obventionibus nullis prorsus exceptis dandum et conferendum duximus damusque et conferimus praesentibus literis Nostris Promittimusque verbo Nostro regio pro Nobis et serenissimis successoribus Nostris quod via memoratum fratrum singulorum durante, eos de medietatibus advocatae memoratae pro Nobis, Mensa, Fisco, COquina, Stabulo, Cellaris, vel alia quavis nostra et rei publicae necessitate non redimemus nec cuiquam consensum ad excimendum dabimus serenissimisque successores Nostris in facturi sunt...*”<sup>56</sup>, precum și privilegiile satelor Korosno și Ustrzyki.

---

\* Doctorand al Universității Babeș-Bolyai, Romania. Mihaisaftas.259@gmail.com.

<sup>1</sup> Denumirile sistemului de vechi drept românesc diferă și în funcție de teritoriul în care el s-a aplicat. Acest sistem n-a avut peste tot parte de o dezvoltare organică, neîntreruptă (este vorba de teritoriile unor state feudale străine, care l-au receptat, recunoscându-i aplicarea în rândurile unei populații românești-valahe, băștinașă sau durabil stabilită pe un teritoriu întins). Sigur, sistemului de drept vechi românesc i s-au adăugat, în cursul receptării obișnuielnice sau formale de către statul feudal, o serie de dispoziții și obiceiuri noi, menite să-i asigure o netă funcționare feudală. În condiții normale, adică unde stăpânirea feudală a fost una românească, sistemul normativ vicinal a constituit o treaptă de trecere spre dreptul feudal al fiecăruia dintre cele două state românești (Țara Românească și Moldova).

<sup>2</sup> *Etnologie juridică*, București, 1970.

<sup>3</sup> A se vedea Continuitate elenistico-romană și inovație în doctrina bizantină a filantropiei și indulgenței imperiale, în „*Studii clasice*”, XI, 1969, pp.187-219; Le droit romain de Justinien dans les Principautés danubiennes au XVIIIesiècle, Les roles de Basiliques, în „*Studii clasice*”, XII, 1970, pp. 221-233; Bizanțul și instituțiile românești până la mijlocul secolului al XVIII-lea, București, Editura Academiei R.S.R., 1980.

<sup>4</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „*Studii din istoria dreptului vechiu românesc*” București, 1916, pp. 12-14.

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 15.

<sup>6</sup> A se vedea: Crestomație pentru studiul istoriei statului și dreptului românesc, Ștefan Pascu și Vladimir Hanga, 3 volume; VI.Hanga, Istoria generală a statului și dreptului, Litografia și tipografia învățământului București 1958.



- <sup>7</sup> Vl. Hanga, arăta că terminologia juridică latină ("drept" - "dreptate", "jude"- "judecie" - "judecător"- "județ", "domn" - "domnie", "lege"), dovedește puternica și indestructibila pecete românească care, prin intermediul formei cu un conținut în continuă dezvoltare, a asigurat, asemenea limbii, un cadru adecvat procesului instituțional, intim legat de cel al formării poporului român. A se vedea Dicționar juridic latin - român, Vladimir Hanga, Ioan Trifa, Editura Cordial Lex, 2009; Dicționar juridic A - Z, Hanga Vladimir și Diana Calciu, Editura Lumina Lex București 2007.
- <sup>8</sup> În ea sunt incluse legea pământului (ogoarelor, plaiurilor, pășunilor, drumurilor de acces, a satului, a părților de moșie liberă moșnească, răzeșească și nemeșească de sorginte română.
- <sup>9</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „*Studii din istoria dreptului vechiu românesc*” București, 1916, p.17-18.
- <sup>10</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „*Studii din istoria dreptului vechiu românesc*” București, 1916, p.18.
- <sup>11</sup> *Ibid.* p.23.
- <sup>12</sup> *Ibid.*
- <sup>13</sup> E de menționat că numai pe teritoriul, Valahiei și Moldovei, legea țării este neduplicată nominal ca obiceiul pământului, o expresie hibridă lingvistic însă intrată prin cancelariile (domnești, boierești sau mânăstirești) în limbajul curent. În statele vecine slave, cu mici enclave române, nu se spune obiceiul pământului pentru sistemul de obiceiuri juridice, ci numai ius valachicum, conceput ca un drept al celor tolerați într-o comunitate etnică străină.
- <sup>14</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „*Studii din istoria dreptului vechiu românesc*” București, 1916, op.cit.
- <sup>15</sup> Satele românești fondate pe proprietatea particulară , în așezările private ,erau supuse la aceleași condiții cu cele regești.
- <sup>16</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „*Studii din istoria dreptului vechiu românesc*” București, 1916, p.32, nota 2.
- <sup>17</sup> *Ibid.* p.127.
- <sup>18</sup> *Ibid.*
- <sup>19</sup> Satul Korosna aduce dovezi în acest sens,din documentele de judecată, prin formula :*”ita quod eadem advocatiam more antiquo jureque et consuetudine Valachorum”*.
- <sup>20</sup> Cauzele principale care au contribuit la distrugerea și înlocuirea abuzivă am putea spune a lui „jus valachicum” în Polonia sunt: generalizarea dreptului polon recunoscut ca drept de stat și care a înlocuit pe cel german, valah, precum și extinderea jurisdicției starostiilor.
- <sup>21</sup> *Ibid.* p.107.
- <sup>22</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „*Studii din istoria dreptului vechiu românesc*” București, 1916. p.52
- <sup>23</sup> *Ibid.* p. 65.
- <sup>24</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „*Studii din istoria dreptului vechiu românesc*” București, 1916. p.54.
- <sup>25</sup> „Ex. rămășițele hrisoavelor de la Korosno sunt cât se poate de complete și bogate. Evoluția acestui cnezat a fost: cnezatul s-a împărțit între doi frați, apoi urmând succesorii direcți din aceștia, s-a fracționat în cincimi și cincisprezecimi dintr-o jumătate , pentru a-l întregi din nou, prin covânzările tuturor unui străin.”
- Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „*Studii din istoria dreptului vechiu românesc*” București, 1916. p.57.

- <sup>26</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „Studii din istoria dreptului vechiu românesc” București, 1916, p.58. nota 3.
- <sup>27</sup> *Ibid.* p.59, nota 1.
- <sup>28</sup> *Ibid.* p.69.
- <sup>29</sup> *Ibid.* p.70.
- <sup>30</sup> *Ibid.*, p.71.
- <sup>31</sup> În porțiunea de pământ numită *villagium*.
- <sup>32</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „Studii din istoria dreptului vechiu românesc” București, 1916, p.76.
- <sup>33</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „Studii din istoria dreptului vechiu românesc” București, 1916, p.76.
- <sup>34</sup> Dările anuale se plăteau în două rate, în zilele sărbătorilor Sf. Petru și Sf. Martin.
- <sup>35</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „Studii din istoria dreptului vechiu românesc” București, 1916, p.77, nota 1.
- <sup>36</sup> *Ibid.* p.77.
- <sup>37</sup> *Ibid.*
- <sup>38</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „Studii din istoria dreptului vechiu românesc” București, 1916, p.78, nota 1.
- <sup>39</sup> *Ibid.* p. 78.
- <sup>40</sup> Preotul primea o donație de pământ în câmp. Măsura de pământ hărăzită preoților se ridica la maximum de un lan și minimum de jumătate de lan.
- <sup>41</sup> Privilegiile îl numesc pe preot „pro Popone” sau „pro Baitkone” sau numirea sa tehnică *poponatum*. Ca și exemplu avem documentul: „*Stadnicki, o.c. pag.60 Koroseienka Wola.....Assignado illis quator Janeos agri quorum unus debet esse pro poponatum villae illius....; idem, pag. 36. Dwernik și Polonia....item sub synagogom in Polana unam aream valachicam et in Dwernik similiter sub synagogam unam aream...*”, Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „Studii din istoria dreptului vechiu românesc” București, 1916, p.80, nota 1.
- <sup>42</sup> *Ibid.* p.82.
- <sup>43</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „Studii din istoria dreptului vechiu românesc” București, 1916, p.83.
- <sup>44</sup> Pentru acest loc erau toți membrii grămezii obligați, să achite o dare anuală numită chiria locului.
- <sup>45</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „Studii din istoria dreptului vechiu românesc” București, 1916, p.84.
- <sup>46</sup> *Ibid.* p.84, nota 3.
- <sup>47</sup> La începutul secolului al XVI-lea situația economică din Polonia începe să se schimbe, nobilii nu se mai mulțumeau cu arenzile plătite de coloniștii lor, și au început și ei să cultive domeniile particulare. Dezvoltarea orașelor a sporit producția cerealelor, apoi cerințele externe au atras dezvoltarea exportului de cereale polone, comerțul își luă avânt sub regele Sigismund August. Acești factori au determinat nobilimea polonă să nimicească cnezatele și proprietățile libere române. Astfel nobilimea încalcă privilegiile acordate cnezilor, măresc dările cnezilor și sătenilor și încep o luptă de reîntregire a patrimoniului lor.
- Până la începutul secolului XVI-lea coloniile române au fost ferite de aceste tulburări, de toate modificările aduse proprietăților locuitorilor poloni. Odată cu acest secol încep să dispară cnezatele și coloniștii români din Polonia. De acum înainte soarta lor merge mână în mână cu soarta locuitorilor germani și poloni. Un factor major ce a sporit aceasta schimbare a fost trecerea puterii judecătorești din mâna cnezilor în mâna proprietarilor.

- <sup>48</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „Studii din istoria dreptului vechiu românesc” București, 1916, p.89.
- <sup>49</sup> *Ibid.* p.91.
- <sup>50</sup> Aceste constituții sunt în direcție opusă cu principiul introducerii întemeierii cnezatelor și cu constituția din 1510, dar cu toate acestea, au în miezul lor un sâmbure de libertate, ele pun pe aceeași treaptă cu nobilii pe militarii merituoși, chiar dacă nu sunt din clasa nobilă. Cnezii ridicați prin vitejii deveneau astfel nobili.
- <sup>51</sup> Cu asumarea cnezatului, vechii proprietari erau deposedați și soarta lor se schimbă în rău, ajungând în proprietari, simpli arendași ai propriilor lor terenuri, obligați să lucreze, câte un număr nelimitat de zile proprietarilor. Împuținarea cnezatelor regale și particulare au avut ca și consecință micșorarea veniturilor casei regale.
- <sup>52</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „Studii din istoria dreptului vechiu românesc” București, 1916, p.99.
- <sup>53</sup> Termenii formulei erau : „*Neque eos et filios eorum de eadem advocatia cuiquam homini, cujuscumque status et conditionis existat, potestatem faciemus, sed neque nos ipsi cum Serenissimis successoribus nostris de manibus eorum hanc ipsam advocatiam pro nobis fiscoque sive coquina vel mensa nostra regia ac quivis alia necessitate nostra vel Reipublicae exigente exememus, quamdiu moderni advocati et successores eorum praedicti vixerint*”.
- <sup>54</sup> Aceste permisiuni purtau numele de „*consensus cedent*”.
- <sup>55</sup> Dumitru D. Mototolescu, „*Jus valachicum în Polonia*”, în „Studii din istoria dreptului vechiu românesc” București p.101.
- <sup>56</sup> *Ibid.* p.101, nota 1.

**OBSERVAȚII PRIVIND NOȚIUNEA DE RISC ÎN DREPTUL CONTRACTELOR**

**Ana-Maria TOADER\***

**Résumé : Observations sur la notion de risque dans le droit des contrats.** Dans cette étude, nous essayons d'expliquer et de faire l'inventaire des modulations du terme *risque* présentes dans le milieu contractuel. Bien que *le risque* soit généralement considéré comme un événement qui perturbe l'équilibre contractuel initialement établi, sans que les parties l'aient anticipé à la conclusion du contrat et donc sans y avoir des dispositions contractuelles expresses, le sens du mot *risque* connaît différentes variations, selon le type de l'obligation affectée et du contrat où il se manifeste. Compte tenu de la vaste question du risque en droit privé, la délimitation de la notion de risque dans le droit des contrats est une question d'actualité et de nécessité pour le droit privé.

Pour aboutir cet objectif nous avons considéré essentiel l'éclaircissement des phrases et des expressions utilisées autour de la notion de risque, tout en soulignant les possibles différences de sens, l'analyse des définitions présentes dans la doctrine et la délimitation de cette notion par rapport aux autres expressions utilisées dans le droit des contrats, ainsi que l'impossibilité fortuite d'exécution, la cause, la condition résolutoire et la caducité.

Vu les dispositions du Code civil et la nouvelle optique présente dans ce codage, le développement des effets du risque dans l'exécution des contrats est évident. Cet article espère éclaircir les expressions et les règles qui tournent autour de la notion de risque, à commencer avec l'analyse des phrases : le risque de la chose, le risque de l'obligation et le risque du contrat et, en continuant par l'examen des règles d'attribution des risques, y compris *res perit domino*, suivie par les règles *res perit debitori*, *res perit creditori* et *res perit detinente*.

Le but de notre article est celui d'expliquer en détail les caractéristiques de la théorie du risque dans le milieu contractuel, théorie qui se dessine comme une technique de gestion des effets de l'acte juridique en la présence du hasard, qui a mené à l'impossibilité fortuite d'exécution d'une obligation ou la réalisation d'un droit.

**Cuvinte cheie:** *risc, risc contractual, imposibilitate fortuită de executare.*

**Keywords:** *risk, contractual risk, unforeseen impossibility of performance.*

**1. Noțiune**

În mediul contractuel, *riscul* este privit în general ca un eveniment care perturbă echilibrul contractuel inițial stabilit, fără ca vreuna dintre părți să-l fi anticipat la încheierea contractului și implicit fără a-l fi inclus în prevederile contractuale. Sensul cuvântului *risc*

cunoaște diverse variații, în funcție de tipul obligației afectate și de contractul în care se manifestă. În plus, expresiile pe care le generează depind de termenii cu care se asociază, având înțelesuri diferite.

Având în vedere aceste modulații atât ale termenului *risc*, cât și ale sintagmelor și expresiilor rezultate, pentru o conturare mai exactă a noțiunii de *risc* în contractele civile, am considerat util acest prim capitol, cu scopul de a clarifica cuvintele folosite (1.1.), de a evidenția posibilele diferențe de sens cu noțiunea de *risc* astfel cum apare trasată în dreptul privat (1.2.), de a analiza definițiile doctrinale existente (1.3.) și de a o delimita de alte sintagme utilizate în dreptul contractelor, precum imposibilitatea fortuită de executare (1.4.1.), cauza (1.4.2.), condiția rezolutorie (1.4.3.) și caducitatea (1.4.4.).

### 1.1. Termeni și sensuri

Deseori, dreptul împrumută din limbajul curent termeni cărora le imprimă sensuri noi. În mediul contractual, regăsim o grupă de termeni frecvent uzitați, cu înțelesuri multiple și uneori maleabile, diferite de alte arii ale dreptului. Tematica riscului se află și ea în această grupă, dând naștere unei familii semantice care cuprinde noțiunile cu care jonglăm în studiul nostru, printre care *alea*, aleatoriu, imputare, suportare, atribuire a riscului. Pentru a facilita înțelesul acestor termeni, precum și pentru a evidenția sensurile pe care am decis să le folosim, considerăm utilă indexarea și explicarea acestora, după cum urmează.

#### *alea*<sup>1</sup>

Termenul *alea* provine din limba latină unde însemna zar, joc de zaruri. Sensul său figurat este acela de șansă, risc, întâmplător, pericol, noroc. În mediul juridic, cuvântul *alea* este întrebuințat cu diferite sensuri, fie pentru a desemna toate evenimentele fortuite, ca parte a riscului, fie ca parte integrantă a contractelor aleatorii. Acest termen are așadar o arie de aplicare redusă, specializată, fiind în strânsă legătură mai degrabă cu ideea de comportament și nu cu cea de obligație, nefiind investit cu sens juridic. În lucrarea noastră vom folosi acest termen în ambele sale ipostaze, atât ca parte invariabilă a riscului, cât și ca element al contractelor aleatorii.

#### *aleatoriu*<sup>2</sup>

Sensul curent al derivatului termenului *alea*, *aleatoriu*, este acela de întâmplător. În limbajul juridic, termenul *aleatoriu* are folosit atât cu înțelesul din limbajul curent, și anume acela de eveniment fortuit, cât și pentru a desemna contractele care conțin elementul *alea*. În studiul nostru, ne vom detașa de a doua întrebuințare a acestui cuvânt, preferând să folosim termenul *aleatoriu* pentru a desemna toate evenimentele care provin din cazuri fortuite, forță majoră sau alte asemenea, și care sunt constitutive de risc. Vom evita astfel folosirea sintagmei *eveniment fortuit* pentru a nu crea confuzie cu noțiunea de *caz fortuit*. În locul acesteia, vom folosi termenul de *aleatoriu*, cu înțelesul precizat mai sus. Așadar, vom utiliza termenul de *aleatoriu* pentru a evidenția posibilele situații care ar putea activa riscul juridic, încercând să evităm folosirea sintagmei *eveniment fortuit* sau a termenului *riscuri* ca sinonim.

### **Atribuirea<sup>3</sup>/ imputarea<sup>4</sup>/ suportarea<sup>5</sup> riscului**

Adeesea, în regulile activate de risc se regăsesc cele trei sintagme, care în limbajul curent au sensuri apropiate, nefiind însă sinonime perfecte. În doctrină<sup>6</sup> se utilizează noțiunea de reguli de atribuire a riscului, ca având o portanță generală, indiferent dacă este o normă legală sau una convențională.

A *imputa* semnifică a atribui cuiva o acțiune ca și cum aceasta ar fi adevăratul ei autor. Transpunând această definiție în teoria riscului, imputarea este operațiunea prin care se atribuie consecințele prejudiciabile ale imposibilității de executare uneia dintre părți. Astfel, ținând cont de regulile de drept aplicabile, consecințele hazardului vor fi stabilite în sarcina uneia dintre părți. În studiul nostru vom considera imputația ca o operațiune a legii întrucât niciuna dintre părți nu este de regulă autoarea faptului prejudiciabil.

Categoria juridică de *atribuire* este considerată<sup>7</sup> a avea o arie de cuprindere chiar mai largă decât aceea de *imputare*, excedând ideii de imputabilitate. Suntem de acord cu această susținere, evidențiind că într-o atare situație este vorba despre un sistem de alocare a riscului, fără legătură cu ideea de agent căruia i se atribuie o consecință oarecare.

Noțiunea de *suportare* a riscului este cel mai des uzitată și considerăm că sfera sa de aplicare este restrânsă la mediul contractual, atunci când se stabilește care din părți va fi afectate de risc, în cazul în care acesta se va manifesta.

În doctrină<sup>8</sup> s-au grupat cele trei noțiuni în două categorii, și anume riscul în contracte în sens tehnic și cel în sens obiectiv.

Astfel s-a făcut distincția între riscurile în contracte în sens obiectiv, caz în care se are în vedere suportarea naturală a riscului, și riscurile în contracte în sens tehnic, caz care reprezintă suma soluțiilor impuse de operațiunea de atribuire sau imputare legală a consecințelor hazardului. Nu ne vom însuși această categorisire, preferând să folosim termenii de imputare și atribuire pentru normele legale care stabilesc persoana afectată de risc, iar cel de suportare pentru clauzele convenționale prin care se stabilește regimul juridic aplicabil aceluia contract lovit de risc.

### **teoria riscului/ teoria riscurilor**

Considerăm că trebuie menținută o distincție între risc și evenimentele care provoacă riscul, fără a le denumi pe cele din urmă riscuri, întrucât acestea nu dau întotdeauna naștere unui risc.

În domeniul juridic se justifică cu atât mai mult menținerea unei astfel de distincții, întrucât prin teoria riscului se încearcă reechilibrarea unei balanțe afectate de un eveniment sau mai multe, imprevizibile și prejudiciabile, nu riscuri. Din această perspectivă, apreciem că în dreptul privat putem trasa o teorie a riscului, nu o *teorie a riscurilor*.

În concluzie, pentru a nu crea confuzii terminologice, vom încerca să limităm folosirea termenului *alea* la domeniul contractelor aleatorii, dar în același timp vom considera cuvântul *aleatoriu* ca făcând parte din noțiunea de *risc*, întrebuițându-l ca un sinonim pentru sintagma *eveniment fortuit*. De asemenea, vom distinge între *a suporta/imputa și atribui* riscul unei persoane, după cum suntem în mediul contractual sau extra-contractual. Pentru dreptul contractelor, având în vedere cele expuse mai sus, vom utiliza expresia *suportarea riscului*. Ca un ultim aspect de ordin terminologic, nu îmbrățișăm sintagma *teoria riscurilor*, întrebuițarea ei fiind limitată la citate. În schimb, pentru toate motivele expuse mai sus, vom prefera să utilizăm *teoria riscului*.

## 1.2. Valențele cuvântului risc în mediul contractual

Pentru a analiza noțiunea de risc în mediul contractual, considerăm oportună reiterarea definiției inițiale propuse în studiul nostru. Riscul ar putea fi privit ca un factor extern, aleatoriu, previzibil, dar incert, raportului juridic, care dezechilibrează ordinea contractuală și tulbură justiția comutativă, producând prejudicii unei persoane. Noțiunea de risc înglobează astfel două componente esențiale, pe care le păstrează și atunci când destabilizează contractul: previzibilitatea și prejudiciul.

În mediul contractual, noțiunea de risc merge mână în mână cu obligația, fiind întotdeauna raportat la aceasta, și produce efecte asupra întregului ansamblu de drepturi și obligații, dând astfel naștere regulilor particulare care soluționează dezechilibrul creat. Riscul nu poate fi analizat decât prin prisma obligațiilor pe care le afectează. Putem astfel identifica două coordonate esențiale ale noțiunii de risc, care se manifestă concomitent în sfera contractuală: aleatoriul și prejudiciul.

Într-o primă instanță, regăsim aleatoriul afectând obligațiile și drepturile contractuale. Aleatoriul, privit ca parte integrantă a riscului, este un element constant, invariabil, care însă nu influențează substanța riscului juridic și nici regulile care apar pentru suportarea acestuia. În această sferă intră toate evenimentele "nefastе" care pot afecta executarea unui contract, de la o maladie globală la un simplu incendiu.

Mai apoi, trebuie să existe un prejudiciu produs de aleatoriu, pe care unul dintre cocontractanți trebuie să îl suporte. Doar ulterior acestui moment putem identifica efectele pe care le produce aleatoriul asupra contractului și putem discuta de risc, teoria riscului și normele juridice aplicabile. Acest al doilea element, și anume prejudiciul, este unul variabil, depinzând de relația sa cu întreg contractul. Ideea de prejudiciu contribuie la definiția riscului. În funcție de aceasta, vom putea identifica care dintre normele legale existente se aplică - *res perit debitori, res perit creditori, res perit detinente*<sup>9</sup> – sau, în cazul existenței unei clauze contractuale contrare, cum se raportează la aceasta.

Pe cale de consecință, riscul în contract nu există decât dacă afectează drepturile și obligațiile cuprinse în acesta, raportându-l, într-o primă etapă, la obligația pe care o modifică și, după aceea, la efectele produse asupra contractului privit în globalitatea sa. O dată cu manifestarea riscului în mediul contractual, trebuie găsite soluțiile legale, contractuale sau, în lipsa celor două, soluțiile echitabile pentru rearanjarea drepturilor și obligațiilor ca urmare a apariției evenimentului fortuit. Procesul de definire a riscului contractual presupune și raportarea acestuia la diversele sale efecte și la relația acestuia cu drepturile și obligațiile contractuale.

În plus față de definiția propusă de noi *ab initio*, și anume aceea conform căreia riscul este un factor extern, aleatoriu, previzibil, dar incert, raportului juridic, care dezechilibrează ordinea contractuală, producând prejudicii unei persoane, începe să se creioneze și o definiție pragmatică, bazată pe efectele impregnate contractului de risc, și anume stingerea obligației și încetarea contractului. Așadar, în mediul contractual, riscul poate fi considerat un factor extern, aleatoriu, previzibil, dar incert, care destabilizează raportul contractual, dar care poate de asemenea duce la stingerea obligației și a raportului juridic.

Regulile de drept comun, dar și așa numita teorie a riscului reglementează efectele produse de anumite circumstanțe neprevăzute asupra câmpului contractual, mai precis asupra obligațiilor convenite de către părți. Pe tărâmul contractual, într-o primă instanță, ideea de risc pune în mișcare anumite mecanisme de prevenție în fața efectelor riscului. Mai apoi, prin teoria riscului, se gestionează situațiile juridice afectate de evenimentele neprevăzute care au apărut ulterior încheierii contractului și, în principiu, înainte de executarea obligațiilor născute din acesta, cu ajutorul mecanismelor juridice de imputare a riscului.

Privit și din alt unghi, riscul contractual se îngemănează și cu ideea de previziune și prevenție. Ținând cont de acestea, noțiunea de risc în cadrul contractului este în mod util întrebuițată, pe de o parte, pentru prevenirea riscului, iar pe de altă parte, pentru imputarea riscului. Astfel, contractul gestionează nu numai proiectul, în cazul în care faza de executare a acestuia coincide perfect cu înțelegerea inițială, fiind una conformă, dar se atașează și deviațiilor pe care operațiunea putea să le cunoască prin raportare la traseul ideal convenit de constructorii lui, de exemplu în situația intervenirii aleatorului în relația dintre părți și obligațiile conținute în contract. Dreptul intervine în acest raport juridic, raportând rupturile intervenite în traseul prevăzut de părți la momentul încheierii contractului și stabilind modurile de soluționare a acestora, pornind de la ideea de risc.

O astfel de perspectivă duce la conceperea contractului în contextul său temporal și, astfel, la considerarea acestuia ca "un act de previziune"<sup>10</sup>. Incertitudinea are capacitatea de a lăsa o amprentă asupra oricărui contract, prin manifestarea "părții sale ireductibile"<sup>11</sup>, inerentă decalajului temporal care se naște între schimbul consimțămintelor și executarea efectivă a obligațiilor contractuale.

Din acest unghi al previziunii, contractul presupune prin definiție o proiecție în viitor a posibilelor elemente aleatorii care ar putea interveni în executarea corespunzătoare a obligațiilor pe care le conține. Previziunea este deci "necesarmente ipotetică"<sup>12</sup>. În această proiectare trebuie ținut cont de obstacolele intervenite în momentul executării obligațiilor, creanțe care sunt expuse evenimentelor aleatorii a căror varietate, origine și efecte depinde de posibilele modalități de manifestare ale hazardului în viața de zi cu zi. Ne raliem și noi opiniei conform căreia "incertitudinea locuiește în raportul contractual, iar dreptul are rolul de a integra posibilele efecte perturbatoare în câmpul contractual, aspecte care au fost neglijate în momentul nașterii acestuia"<sup>13</sup>.

Studiul riscului în cadrul contractului tinde să demonstreze, în globalitatea sa, "unitatea noțiunii revelată de funcția sa"<sup>14</sup>. Riscul permite să opereze, în interiorul raportului contractual, o imputare a sarcinii *alea*. În plus, o introspecție în raționalitatea regulii privitoare la această imputare va permite reculul diversității noțiunii în cadrul utilizărilor operate de către drept. Dacă noțiunea de *risc* în contract pare a se uni în jurul dezechilibrului creat, pluralitatea faptelor constitutive de *alea*, la fel ca efectele asupra raportului contractual bruiază în schimb această tentativă delicată de punere în coerență. Putem astfel observa diferențele de sens dintre cele două noțiuni *riscul* și *aleatoriul*, pornind de la efectele asupra contractului.

În mediul contractual, teoria riscului apare ca o tehnică de gestionare a efectelor actului în prezența aleatoriului, care a dus la imposibilitatea fortuită de executare a unei obligații sau de realizare a unui drept. Nu este deci vorba doar despre repararea unui prejudiciu, ci de



amenajarea efectelor fortuitului asupra contractului<sup>15</sup>. În plus față de aceste două componente, aleatoriul și prejudiciul, nu trebuie neglijată nici necesitatea de previziune prezentă în momentul întâlnirii voințelor părților contractante. Această nevoie de a prevedea cât mai multe din situațiile posibile care pot afecta executarea contractului justifică existența regulilor de imputare a riscului. În concluzie, riscul în contracte implică "reglementarea" aleatoriului care influențează executarea convenției, prin stabilirea regulii de imputare incidente.

### 1.3. Definiții doctrinale a riscului în contracte

Pentru delimitarea sensului noțiunii de risc în contracte de cel general din dreptul privat, atât în doctrina română, cât și în cea franceză s-a pornit de la definiția *riscului juridic*.

Într-o lucrare de referință din doctrina română<sup>16</sup>, se consideră că "În domeniul dreptului, noțiunea de risc are înțelesuri tehnice. Aceste sensuri tehnice nu se îndepărtează fundamental de sensul corespunzător limbajului obișnuit. (...) Gradul și forma în care fiecare element (eventualitatea și pericolul) se combină cu alți factori (e.g. previzibilitatea și imprevizibilitatea, culpa și fortuitul, etc), precum și relațiile sociale cu care riscul interferează modulează fațete complexe, cu funcționalități prolifică". Mai apoi, se afirmă că "În materia contractelor, problema riscului se întâlnește în contextul unui contract a cărui executare în tot sau în parte a devenit imposibilă ca urmare a survenienței unei împrejurări mai presus de voința părților". Același autor, pentru delimitarea generală a cadrului problemei analizate, și anume riscurile în contracte, folosește noțiunea de risc cu înțelesul de "efect al unui eveniment incert și imprevizibil asupra raportului juridic civil", riscul contractual fiind doar "cel derivat din imposibilitatea fortuită de executare a contractului, și nu orice inconvenient ulterior, de natură fortuită, care perturbă proiectul contractual". În conturarea noțiunii de risc în contracte se poate deci observa legătura strânsă dintre noțiunea de risc și cea a imposibilității fortuite de executare.

În același sens, profesorul Liviu Pop consideră că "problema riscurilor contractuale se pune în strânsă legătură cu una din cauzele de stingere a obligațiilor, care este imposibilitatea fortuită de executare"<sup>17</sup>.

O definiție prin care noțiunea de risc se asociază cu efectele produse este propusă de profesorul Paul Vasilescu. Astfel, un alt sens atribuit riscului în mediul juridic, care este păstrat și în domeniul contractelor civile, este acela de "hazard periculos cu consecințe păgubitoare, care impune asumarea consecințelor sale negative de o persoană, dar care nu creează neapărat pericolul păgubitor, ci poate profita de el ori încearcă să îl țină în frâu"<sup>18</sup>.

Pe cale de consecință, în general, în doctrina română, există un oarecare semn de egalitate între imposibilitatea fortuită de executare și riscul contractual. Nu suntem de acord cu această abordare, motivarea pe larg a poziției noastre fiind cuprinsă într-un capitol viitor (vezi 1.4.1.). Considerăm că definiția îmbrățișată de profesorul Paul Vasilescu este una care se apropie de abordarea noastră. Astfel, riscul contractual păstrează elementele definitorii ale riscului din dreptul privat, și anume previzibilitatea și prejudiciul, fiind particularizat prin efectele produse asupra câmpului contractual.

Inventariind și doctrina franceză, vom observa ca nu există studii ample care să trateze tematica riscului. Cu toate acestea, fiecare doctrinar din dreptul privat a încercat o definire a riscului. În cele ce urmează, am selectat o parte din definițiile riscului prezente în lucrările din doctrina franceză.

O primă definiție a *riscurilor*, și nu a *riscului*, astfel cum l-am delimitat noi, este aceea de "accidente fortuite (sic!) care ating în mod intrinsec lucrul în existența sa materială și după aceea, din cauza cărora s-a deteriorat sau a pierit"<sup>19</sup>. Referința la atingerea intrinsecă permite autorului să facă distincția dintre acestea și ipoteza "circumstanțelor extrinseci, administrative, politice, economice, care pot să crească sau scadă valoarea, dar care nu sunt în general cuprinse în accepțiunea juridică a cuvântului *riscuri*"<sup>20</sup>. Mai apoi, autorul precizează că cuvântul *riscuri* "implică în mod necesar ideea de un caz fortuit și al forței majore, de care debitorul nu poate fi declarat responsabil". Chiar dacă se dorește determinarea câmpului de aplicare al teoriei riscului, sau mai degrabă al câmpului pertinentei cuvântului *riscuri*, independent de altă noțiune juridică, această opinie este una importantă din perspectiva faptului că se susține că, fără forța majoră, nu poate exista chestiunea riscului și că cele două noțiuni sunt pe cale de consecință îndeaproape conectate.

Într-o altă lucrare de referință din doctrina franceză<sup>21</sup> se operează o distincție între sensurile cuvântului *riscuri* în funcție de obiectul lor. În cazul *res perit debitori*, riscurile semnifică riscul contractului. Conform acestor autori, contractul poate produce în totalitate efectele sale și se întreabă cine va suporta consecințele imposibilității de executare. În schimb, în cazul unei obligații de a da, "imposibilitatea de executare constă cel mai adesea în pierderea fortuită a lucrului. Or, această pierdere constituie riscul lucrului"<sup>22</sup>.

Profesorul Jean Carbonnier recurge de asemenea la aceeași distincție, dar adaugă că în materia contactelor translativă de proprietate, cele două noțiuni se confundă sau se suprapun: "riscurile contractului iau aici un aspect particular: sunt, în același timp, riscurile lucrului care sunt obiectul contractului"<sup>23</sup>. De asemenea, se face distincția între teoria riscurilor și teoria riscului. Prima se consideră că este cu privire la consecințele imposibilității de executare în contractele sinalagmatice, atunci când această imposibilitate rezultă dintr-o forță majoră, în timp ce teoria riscului este echivalentul responsabilității fondate pe risc în materie delictuală<sup>24</sup>.

În definițiile de mai sus, se insistă pe caracterul exterior, involuntar și imprezvizibil al riscului contractual. În mod similar cu doctrina română, apar sinonimii imperfecte între riscul contractual și imposibilitatea fortuită de executare. În plus, în doctrina franceză riscul contractual și forța majoră sunt două noțiuni intens conectate una de cealaltă. Opinia noastră este aceea că forța majoră sau aleatoriul în general este doar elementul care activează teoria riscului și care permite nașterea regulilor de imputare și suportare a riscului, astfel că acesta este o parte importantă a riscului, fără însă a putea fi confundat sau asimilat complet cu noțiunea de *risc*. Pentru activarea teoriei riscului, a efectului exonerator de răspundere și pentru determinarea specificului acțiunii care trebuie urmată, în plus față de aleatoriu, mai este necesar și un ingredient catalizator.

Pe cale de consecință, nu există sinonimie perfectă nici între risc și imposibilitatea fortuită de executare, nici între risc și forța majoră, mecanismul juridic activat de risc fiind unul complex, care implică mai multe acțiuni și elemente, în funcție de datele factuale în care se

manifestă. În plus față de imposibilitatea fortuită de executare și de forța majoră, riscul presupune și ancorarea sa într-un raport juridic și producerea unui efect, de cele mai multe ori un prejudiciu. În lipsa prejudiciului, niciuna dintre regulile de atribuire și suportare a riscului nu s-ar mai justifica, riscul putând fi considerat cel mult un mod de stingere a unei obligații.

#### **1.4. Delimitarea noțiunii de risc de alte sintagme juridice**

Deseori, *riscul* a fost și, uneori, încă este explicat prin alte noțiuni. În demersurile de definire și explicare ale termenului *risc* s-a apelat la alte instituții sau sintagme juridice tocmai pentru că fațetele riscului erau multiple și nu puteau fi încadrate într-un anume stereotip. Dintre aceste noțiuni înrudite cu riscul, am inclus în analiza noastră doar o parte, printre care imposibilitatea fortuită de executare (1.4.1.), cauza (1.4.2.), condiția rezolutorie (1.4.3.) și caducitatea (1.4.4.). Selecția s-a făcut ținând cont de punctele de legătură și confuziile existente deja în doctrină. Finalitatea acestui demers are ca utilitate trasarea caracteristicilor noțiunii de *risc* în dreptul contractelor, pornind de la diferențele care există între această noțiune și celelalte mai ample cercetate.

##### **1.4.1. Riscul și imposibilitatea fortuită de executare**

Imposibilitatea fortuită de executare este considerată<sup>25</sup> ca fiind una dintre premisele teoriei riscului în mediul contractual. În mod evident, nu orice imposibilitate de executare duce la risc, ci doar cea care are ca premise evenimentele fortuite, aleatoriu. În celelalte situații în care apare o imposibilitate de executare, poate fi incidentă culpa și deci cazurile de răspundere contractuală sau delictuală.

Într-un atare context, considerăm necesară stabilirea raportului dintre risc și imposibilitatea fortuită de executare. O primă problemă o reprezintă sfera de aplicare a celor două noțiuni și evidențierea unor eventuale suprapuneri. În clarificarea acestei situații, trebuie luate în considerare definițiile celor două noțiuni. În articolul 1634 C. civ. se reglementează atât imposibilitatea fortuită definitivă de executare, cât și cea temporară. Noțiunea de imposibilitate fortuită definitivă de executare este definită astfel: "Debitorul este liberat atunci când obligația sa nu mai poate fi executată din cauza unei forțe majore, a unui caz fortuit ori a unor alte evenimente asimilate acestora, produse înainte ca debitorul să fie pus în întârziere". După cum putem observa, imposibilitatea fortuită de executare este definită ca fiind un caz de liberare a debitorului și implicit de stingere a obligației sale, fiind privită strict din poziție obligațională, fără a o corela cu contractul sau cu un alt act juridic.

Pornind de la această definiție legală, putem oare reduce riscul la imposibilitatea de executare? Altfel spus, este riscul cuprins în sfera mai mare a imposibilității fortuite de executare a unei obligații și deci strict în legătură cu obligația? Cu certitudine, și riscul duce la stingerea unei obligații, dar efectele sale se răsfrâng asupra întregului contract, nu doar asupra unei obligații. Când analizăm imputarea sau suportarea riscului, o facem din perspectiva efectelor produse de risc asupra ansamblului contractual, nu doar asupra unei obligații. Stingerea obligației din cauze fortuite va avea ca urmare și încetarea contractului, dacă această obligație era una esențială. În cazul în care imposibilitatea de executare se referă la o obligație neesențială, chiar

dacă aceasta se stinge, încetarea contractului va fi o chestiune discutabilă. Într-o atare situație, există posibilitatea reconfigurării traseului contractual stabilit inițial, nefiind întotdeauna incident vreun caz de încetare a efectelor contractului.

Pentru o mai clară delimitare a celor două noțiuni, reiterăm definiția riscului propusă de noi, și anume că acesta este un factor extern, aleatoriu, previzibil, dar incert, raportului juridic, care dezechilibrează ordinea contractuală, producând prejudicii unei persoane. Din această perspectivă, riscul pare a se suprapune peste imposibilitatea de executare, dar nu total, neexistând o sinonimie perfectă. Riscul există doar dacă produce efecte asupra unui contract, cauzând prejudicii uneia dintre părți și nu raportat doar la o obligație. Simplul fapt al neexecutării fortuite a unei obligații, înafara unui cadru contractual și în lipsa existenței unui prejudiciu, nu este de natură să activeze teoria riscului.

Gândind invers problema, se ridică întrebarea dacă putem imagina un exemplu de imposibilitate fortuită de executare care să nu activeze teoria riscului. Din acest unghi, considerăm că imposibilitatea fortuită de executare este cuprinsă în noțiunea de risc, neputând reechilibra contractul decât apelând la regulile de imputare și suportare a riscului. Fără activarea teoriei riscului, imposibilitatea fortuită de executare ar produce doar efectul său specific, stingerea obligației, fără a influența soarta actului care cuprinde acea obligație. Obligația nu poate exista de sine stătător, ea fiind întotdeauna integrată într-un act juridic. Astfel, orice eveniment care influențează viața obligației va afecta și actul juridic.

Pe cale de consecință, relația dintre imposibilitatea fortuită de executare și risc poate fi privită astfel: în timp ce imposibilitatea fortuită de executare reprezintă un mecanism juridic prin care se stinge obligația imposibil de executat, aleatoriul activează teoria riscului prin care se amenajează efectele acestuia asupra ansamblului contractual.

Problematica riscului apare așadar ca fiind mai largă, punându-se problema atribuirii și suportării riscului și în alte cazuri decât cele determinate de imposibilitatea fortuită de executare. Această concluzie este una în deplină coroborare cu viziunea asupra riscului conform căreia acesta prezintă contururi variabile în dreptul nostru civil, menținându-și o structură fermă însă.

#### 1.4.2. *Riscul și cauza*

De-a lungul timpului, s-a încercat explicarea riscului și a efectelor sale apelând la cauză. O astfel de alăturare a pornit de la premisa că, o dată cu survenirea riscului, dispare utilitatea contractului pentru una dintre părți și implicit cauza pentru care s-a contractat.

Încercarea de a desluși riscul prin noțiunea de cauză este o chestiune dificilă, ambele noțiuni nefiind clar conturate. Riscul e survenit și exogen actului, mai precis momentului încheierii acestuia, chiar dacă este previzibil, în timp ce cauza este întotdeauna contemporană și endogenă actului. În cazul contractelor aleatorii linia dintre cele două este una subțire, întrucât acestea sunt exemple de asimilare, de apropiere *ab initio* a riscului, în momentul încheierii actului.

Având în vedere diferențele vizibile dintre cele două noțiuni, în studiul de față am preferat să apelăm la noțiunea de obligație pentru a explica riscul în contracte. Această abordare deși mai simplă, pare a fi mai palpabilă și mai ușor de înțeles, ținând cont de faptul că riscul afectează într-o primă instanță obligațiile contractuale.

#### 1.4.3. *Riscul și condiția rezolutorie*

În încercările doctrinale de definire a riscului și de stabilire a limitelor sale în cadrul contractual, acesta a fost deseori asociat cu condiția rezolutorie. S-au făcut astfel corelații între ideea de risc și un element modal al contractului.

O parte dintre întrepătrunderile dintre risc și condiție sunt inventariate în cele ce urmează. Atât riscul, cât și condiția afectează executarea obligației, ducând uneori la stingerea ei și la desființarea contractului. Incertitudinea reprezintă o parte din ambele noțiuni, la risc fiind mai pregnantă. Atunci când se manifestă riscul, întreg contractul este aneantizat, de cele mai multe ori înainte de producerea efectelor sale, pe când în cazul unui contract încheiat sub condiție, drepturile și obligațiile pot fi duse la îndeplinire și respectate. Sub imperiul Codul civil 1864, condiția era considerată singura explicație legală a generalității aplicării teoriei riscului<sup>26</sup>.

Această explicație a riscului prin prisma condiției este una întortocheată, mai ales ținând cont de noile prevederi legale. Așadar, nu mai este necesară nici această asociere între risc și condiție, nici explicarea generalității aplicării teoriei riscului prin prisma condiției, atât riscul, cât și condiția reprezentând noțiuni distincte în dreptul contractelor.

#### 1.4.4. *Riscul și caducitatea*

În doctrina actuală<sup>27</sup> se consideră că sancțiunea caducității se suprapune de regulă peste ipoteza imposibilității fortuite de executare a unei obligații, ca urmare a intervenției forței majore. Astfel, se apelează la caducitate pentru a rezolva așa numitul risc al obligației imposibil de executat, afirmându-se că "drumul de la caducitatea obligației la caducitatea contractului trece prin teoria riscurilor". Din această perspectivă, apare o "suprapunere funcțională" între caducitate și riscul obligației imposibil de executat.

În ceea ce privește raportul dintre risc și caducitate sub auspiciile Codului civil 1864, doctrina<sup>28</sup> a susținut că "încetarea contractului pentru imposibilitate fortuită de executare nu se confundă cu caducitatea care are o sferă mult mai largă de aplicare" și că "caducitatea are drept cauză dispariția oricăruia dintre elementele constitutive, care alcătuiesc anatomia unui act juridic".

Având în vedere că, din optica noastră, nu putem discuta de un risc al obligației în cadrul unui contract, ci doar de riscul contractului, rămâne să analizăm raportul dintre riscul contractului și caducitate. Deși efectele celor două sunt aceleași, și anume desființarea contractului, considerăm că cele două noțiuni sunt autonome și nu e necesară apelarea la caducitate pentru a explica efectele produse de risc în mediul contractual, întrucât, plecând de la normele legale referitoare la imposibilitatea fortuită de executare se pot analiza fără echivoc efectele riscului asupra contractului, și anume stingerea obligației dislocate de risc și desființarea contractului, dacă aceasta era una esențială.

Așadar, având în vedere că teoria riscului este, printre altele, și o tehnică de gestionare a obligațiilor contractuale în fața imposibilității fortuite de executare, suportarea riscului de către una dintre părți, ca urmare a jocului teoriei riscului, nu atrage întotdeauna desființarea contractului, lucru ce delimitează efectele teoriei riscului de caducitate.

### **Concluzii**

Teoria riscului are ca scop principal soluționarea impedimentelor apărute în executarea contractului atunci când acesta este lovit de aleatoriu. Datorită aleatoriului care intervine peste voința părților, regulile de atribuire a riscului conțin o specificitate, astfel că riscul în contracte nu poate fi confundat nici cu imposibilitatea fortuită de executare a unei obligații, nici cu elementele structurale ale contractului – cauza și condiția, nici cu alte cauze de stingere a obligației și a efectelor contractului cum este caducitatea.

Cu toate că de cele mai multe ori se ajunge la desființarea convenției atacate de risc, regulile prin care se încearcă o reechilibrare a proiectului inițial convenit sunt specifice teoriei riscului și nu pot fi aplicate unor situații similare. Nota distinctivă a acestei teorii este dată de natura obligațiilor pe care le afectează riscul și de tipul de contract în care intervine.

## **2. Regim juridic**

În acest capitol vom analiza noțiunile de *riscul lucrului*, *riscul obligației* și *riscul contractului*. Mai apoi, vom examina și regulile de atribuire a riscului, printre care celebrul *res perit domino*, urmat de *res perit debitori*, *res perit creditor* și *res perit detinente*. Din această perspectivă, considerăm că asistăm la o dezvoltare a efectelor riscului în dreptul civil, redactorii Codului civil aventurându-se să creeze noi reguli în materia contractelor translativ de proprietate. Dată fiind noutatea adusă de Codul civil, prin studiul nostru ne vom alătura și noi în discuțiilor care, actualmente, se poartă asupra dificultăților de aplicare a acestor noi texte normative.

### **2.1. Unul și același risc într-o triplă ipostază - riscul contractului, riscul obligației și riscul lucrului**

În funcție de natura raportului juridic (act unilateral sau contract), de tipul de contract (bilateral sau unilateral, cu titlu oneros sau cu titlu gratuit) și de obligațiile cărora li se atașează ideea de risc (de a da sau de a face, patrimoniale sau *intuitu personae*), doctrina a aplicat ideea de risc la diferite realități juridice, apărând astfel mai multe tipuri de risc – riscul lucrului, riscul obligației și riscul contractului - și mai multe reguli aplicabile – *res perit domino* (în traducere – "lucrul piere pentru stăpân"<sup>29</sup> sau "un bun piere în dauna proprietarului său"<sup>30</sup>), *res perit debitori* (în traducere – "lucrul piere pentru debitor"<sup>31</sup>), *res perit creditor* (în traducere – lucrul piere pentru creditor) și mai nou<sup>32</sup> *res perit detinente* (în traducere – lucrul piere pentru detentor). Între aceste tipuri de risc și regulile de mai sus s-au făcut corelații și s-au dezvoltat raporturi de interdependență.

Studiul nostru se limitează însă la contractul civil și la tipurile de contract afectate de risc, fără a exclude posibilitatea ca riscul să se manifeste și în cadrul actelor juridice unilaterale sau a contractelor din dreptul public. Ori de câte ori echilibrul contractual este lovit de aleatoriu apare așa numita problematică a riscului și a suportării lui.

O primă neclaritate este reprezentată de stabilirea asupra ce poartă riscul: obligației, bunului sau contractului. Deși riscul afectează întotdeauna o obligație, indiferent de tipul acesteia (de a face sau de a da), efectele acestuia se răsfrâng asupra ansamblului contractual.

Regulile deja consacrate, *res perit domino*, *res perit debitori* și *res perit creditori*, par a confirma faptul că riscul și efectele sale trebuie privite doar prin prisma și în legătură cu obligația.

În doctrină<sup>33</sup> s-a afirmat că "problema riscurilor în sens tehnic se pune în legătură cu imposibilitatea executării unei obligații a cărei cauze nu este în mod necesar pieirea lucrului". Mai mult, s-a susținut că "inaptitudinea unui singur adagiu de a explica toate situațiile în care se manifestă riscul a dat naștere mai multor adagii", fiind necesară analiza mai multor *tipuri* de riscuri - riscul lucrului, riscul obligației imposibil de executat, riscul obligației corelative și riscul contractului. Codificările civile jonglează și ele cu aceste sintagme, fără a le diferenția sau delimita.

Ne detașăm de aceste opinii doctrinale, considerând că în planul contractual, nu putem vorbi despre riscul obligației, al lucrului sau al obligației corelative, ci doar de riscul contractului. Motivele noastre sunt explicate mai jos, pornind într-o primă instanță de la analiza opiniilor deja exprimate în doctrină, iar ulterior prin discernerea acestora și cercetarea în detaliu a rațiunii lor. În cele ce urmează vom examina așadar pe rând riscul lucrului (2.1.1.), riscul obligației (2.1.2.) și riscul contractului (2.1.3.), cu nădejdea că vom clarifica întinderea și cuprinsul lor.

#### 2.1.1. *Riscul lucrului*

În doctrină<sup>34</sup>, se susține că "riscul lucrului ar trebui să caracterizeze situația statică, independentă de orice raport obligațional, a raportului real de proprietate". În plus, "scopul unei astfel de categorii ar fi de a răspunde la întrebarea dacă proprietarul va fi indemnizat de cineva pentru pieirea lucrului său sau va suporta el pierderea patrimonială, în aceeași categorie fiind înscrisă și problema riscului pieririi lucrului ca obiect derivat al altor drepturi reale". Ca un corolar, s-a susținut că "riscul lucrului trebuie cantonat exclusiv în materia drepturilor reale, ca descriind problema suportării pagubei rezultate din pieirea lucrului în absența oricărei legături obligaționale"<sup>35</sup>.

Nu suntem de acord cu o astfel de abordare, având în vedere că unei atare situații non-obligaționale nu i se poate aplica teoria riscului, neexistând vreo normă specifică aplicabilă. Obligația este singura în măsură să fie afectată de risc, dreptul real nu. Riscul dislocă tocmai legătura obligațională, caz în care este necesar stabilirea regulilor aplicabile. Dreptul real este afectat în substanța sa de risc, fiind impropriu spus că proprietarul suportă riscul. Acesta va pierde dreptul de proprietate ca urmare a unui eveniment fortuit, nu pentru că suportă sau i se impută vreun risc. Suntem într-o situație clasică a stingerii unui drept ca urmare a intervenirii unui caz fortuit sau a unei forțe majore. Stingerea operează fără a fi necesară stabilirea vreunei reguli de imputare sau suportare a riscului și e independentă de noțiunea de risc. Aici ar fi granița dintre aleatoriu și riscul contractual.

Astfel cum este definit acest risc al lucrului, el este conectat cu *res perit domino*, afirmându-se că această regulă își găsește veritabilă aplicare în materia drepturilor reale, rezultând din firea lucrurilor, explicându-se mai departe că "proprietarul nu poate pretinde nimănui o despăgubire sau orice altă formă de compensare sau indemnizare pentru pierderea fortuită a bunului său. Riscul lucrului este împărțit între titularii drepturilor reale asupra acestuia și nu suportat a priori de proprietar"<sup>36</sup>.

Din perspectiva noastră, *res perit domino* astfel cum este reglementată de art. 558 C. civ. nu apare ca fiind o veridică regulă sau principiu de drept. Textul articolului 558 C. civ. pare mai degrabă a fi o explicație în termeni juridici a unui fapt evident - survenirea unui risc duce la pierderea dreptului de proprietate. Prin prevederea legală invocată mai sus nu se normează un comportament, ci doar se exprimă un efect juridic al riscului (stingerea dreptului de proprietate). Considerăm că riscul nu poate fi analizat într-un mediu extra-contractual<sup>37</sup>, non-relațional, adică doar în legătură cu dreptul de proprietate pentru că riscul afectează drepturile și obligațiile în ansamblul lor. Prevederile art. 558 C. civ. statuează evidentul, și anume că proprietarul unui bun va suporta paguba provocată ca urmare a pieririi fortuite a bunului său. Proprietarul suportă o simplă pierdere patrimonială, și nu un risc, neputând fi vorba despre o regulă de imputare a riscului contractual. Pentru a angrena teoria riscului și a decide ce regulă aplicăm, riscul trebuie conectat în primul rând cu o obligație și mai apoi cu totalitatea drepturilor și obligațiilor pe care le afectează.

În ceea ce privește situația în care titularii drepturilor reale suportă riscurile proporțional cu întinderea drepturilor fiecăruia, această chestiune este reglementată în mod expres de către Codul civil prin norme speciale, derogatorii de la cele generale. În materia uzufructului, art. 731 C. civ. prevede că "Uzufructuarul și nudul proprietar nu sunt obligați să reconstruiască ceea ce s-a distrus datorită vechimii ori dintr-un caz fortuit", norme care se traduc prin faptul că riscul pieririi fortuite nu e suportat nici de uzufructuar, nici de nudul proprietar. Într-o atare situație, uzufructul se stinge conform art. 748 C. civ.. Și dreptul de ipotecă se stinge ca urmare a pieririi fortuite a bunului (art. 2428 C. civ.), fără a exista norme speciale cu privire la atribuirea riscului.

Pe cale de consecință, suntem de părere că *riscului lucrului* nu există ca atare, el fiind situat întotdeauna într-un cadru obligațional pendinte, raportându-se astfel la contract și fiind integrat în așa numitul risc al contractului. Pierirea lucrului perturbă echilibrul contractual. În avalul acestei perturbări, executarea uneia dintre obligații este compromisă, din unghiul obiectului său, afectat de evenimentul fortuit. Lucrul în substanța sa este afectat de evenimentul fortuit, obligația este influențată de risc, efectele afectează obligația. Riscul poartă astfel asupra lucrului, și pe cale de consecință, asupra obligației afectate și, la final, asupra echilibrului contractual.

Suntem de acord cu opinia conform căreia "situată într-un cadru obligațional pendinte problema pieririi lucrului va trebui raportată la relația creditor-debitor", dar nu putem agree soluția conform căreia "riscul lucrului, (...) aparține în continuare proprietarului, chiar și în analiza riscului în contractele translativ de proprietate, întrucât dacă proprietatea s-a transferat, paguba va fi a cumpărătorului, care nu va fi despăgubit de către vânzător cu valoarea lucrului. Singura consecință, pierderea dreptului la preț, marchează riscul obligației corelative, și nu riscul lucrului"<sup>38</sup>. Rămânem și noi constanți în susținerea faptului că, într-o asemenea situație, nu se poate analiza riscul lucrului, al obligației sau al obligației corelative, ci al contractului. Pentru o soluționare corectă a situației juridice afectate de risc trebuie privit global angrenajul contractual și astfel vom putea concluziona ce regim juridic este aplicabil și care regulă este incidentă.



### 2.1.2. *Riscul obligației*

În doctrină<sup>39</sup>, se consideră că "în prezența unei legături obligaționale în legătură cu lucrul discutăm suplimentar și distinct și de riscul obligației, adică de problema de a ști cine suportă în cadrul obligațional inconvenientele imposibilității fortuite de executare". De asemenea, se susține că "riscul neexecutării pentru cauze fortuite a unei obligații ar trebui denumit riscul obligației", scopul unei astfel de categorii fiind acela "de a răspunde la întrebarea dacă debitorul este exonerat sau nu de obligația sa".

Într-o atare situație, când riscul apare într-un cadru contractual, al cărui obiect îl reprezintă un bun, nu vom putea discuta și de riscul lucrului și de cel al obligației, ci doar de cel al contractului, în funcție de natura raportului juridic, fiind aplicabilă una dintre regulile consacrate de reglementările în vigoare.

Mai mult, atunci când riscul lovește într-o obligație contractuală, nu putem analiza dacă debitorul este exonerat de obligația sa, decât prin raportare la tipul contractului. Într-o atare situație, va fi necesară identificarea efectelor pe care le-a avut riscul asupra întregului raport juridic, și nu doar asupra obligației devenite imposibil de executat. Astfel, întotdeauna vom fi în prezența unui risc al contractului.

### 2.1.3. *Riscul contractului*

Expresia *riscul contractului* vizează ideea conform căreia obligațiile convenite în contract sunt expuse la *alea*, în cazul cărora teoria riscului permite reglarea atribuirii acestuia uneia dintre părți. În doctrină<sup>40</sup> se consideră că riscul în contractele sinalagmatice presupune de fapt rezolvarea a două probleme distincte care implică "două riscuri în sens tehnic: pe de o parte, un risc al obligației devenite imposibil de executat din cauze fortuite, și pe de altă parte, un risc al obligației corelative care se va perpetua sau nu, după rezolvarea dată problemei riscului". Mai mult, chiar dacă există texte speciale de lege prin care se reglementează riscul obligației, putem discuta de aplicarea lor doar într-un cadru contractual în care vom analiza tot riscul contractului, privit în mod global.

În cazul în care o singură obligație este afectată de risc într-un cadru contractual, obligație esențială sau neesențială, obligație care face parte din jocul sinalagmatismului sau care nu are o alta corelativă, întotdeauna vom analiza un risc al contractului. Riscul afectează contractul privit în globalitatea sa, iar în funcție de specificul și tipul obligației, dar și de tipul contractului, se va putea stabili regimul juridic aplicabil și regula care soluționează efectele riscului.

## 2.2. **Regulile de atribuire și suportare a riscului**

Teoria riscului se manifestă preponderent în mediul contractual, în planurile mai îndepărtate situându-se și alte acte juridice afectate de risc, printre care actul juridic unilateral, contractele administrative, dar și răspunderea delictuală. Tărâmul contractual are însă multe reliefuri, reprezentate de diversitatea tipurilor de contracte, dar și de specificitatea obligațiilor cuprinse într-un raport contractual. Acestea impregnează riscului anumite particularități, dând naștere diverselor reguli de atribuire a riscului. Nu ne raliem opiniilor doctrinale conform

căroră există o singură regulă de atribuire specifică contractelor, și anume *res perit debitori*, celelalte, *res perit domino*, *res perit detinente* și *res perit creditori*, fiind doar excepții. Considerăm că toate acestea reprezintă aplicări ale teoriei riscului în funcție de tipul contractului și natura obligațiilor conținute, stabilindu-se astfel regulile de atribuire a riscului.

Contractul este considerat din ce în ce mai des de către juriști ca fiind un instrument eminent economic<sup>41</sup>, prin care se reglează modalitățile de schimb pe piață. Din această perspectivă, riscul tulbură echilibrul contractual și astfel trebuie să fie stabilite reguli clare de atribuire a acestuia. În doctrină<sup>42</sup> se susține că, "din punct de vedere economic, pentru societate ar fi dezirabil ca riscul să fie suportat de partea care este în măsură să le absoarbă cel mai ușor, adică cu cele mai mici costuri sau inconveniente". Astfel, riscul ar trebui suportat de partea cea mai pregătită din punct de vedere economic să-l gestioneze și pentru care situația este cel mai puțin oneroasă. O astfel de optică<sup>43</sup> a stat la baza considerării posibilității de a redistribui sarcinile riscului ca fiind o soluție echitabilă în domeniul contractual. Această abordare nu ar putea fi îmbrățișată cu ușurință în dreptul privat, mai exact în domeniul contractelor civile clasice, ci s-ar justifica mai degrabă în dreptul muncii și cel al asigurărilor.

Contractul civil afectat de imposibilitatea de executare, determinată de apariția aleatorului, trebuie totuși reechilibrat. Căutarea soluțiilor adecvate necesită o inspectare înafara regulilor specifice răspunderii. În procesul de stabilire al acestor reguli, locul principal nu este ocupat de repararea prejudiciului provocat de aleatoriu, ci de aranjarea efectelor produse de evenimentul imprevizibil și exterior asupra contractului. Dreptul vine astfel în întâmpinarea acestei nevoi, furnizând regulile de atribuire a riscului, în afara celor care conduc la imputarea răspunderii.

Caracterul sinalagmatic al contractului contribuie semnificativ la conturarea regimului juridic al riscului în dreptul privat. Acesta poate fi tradus ca un schimb de tip comercial, adică bazat pe prestații de o valoare echivalentă. Dar toate previziunile părților înglobate în instrumentul contractual sunt neputincioase în fața manifestărilor aleatorii pe care părțile nu le pot controla. Aceste evenimente se produc de cele mai multe ori sub auspiciile forței majore și au ca efect principal transformarea unei obligații valabile și posibil de executat într-o obligație moartă, lipsită de substanță și imposibil de executat. O astfel de disfuncțiune juridică este înlăturată de către drept prin teoria riscului.

În funcție de mecanismele juridice pe care le mobilizează și contextul în care se face recurs la teoria riscului, s-au conturat patru principale reguli de atribuire a riscului contractual: în cadrul contractelor sinalagmatice netranslative de proprietate se aplică cu preponderență *res perit debitori*, în cazul celor translative de proprietate – *res perit detinente* (fiind discutabilă menținerea *res perit domino* în actualul context legislativ), iar în cazul contractelor unilaterale este aplicabilă *res perit creditori*.

Aceste patru principale reguli de atribuire a riscului contractual: *res perit domino*, *res perit debitori*, *res perit creditori*, *res perit detinente* au menirea de a stabili persoana care va suporta riscul contractual, ținând cont de tipul obligației care nu mai poate fi executată și de tipul contractului. Nimic din comportamentul uneia dintre părți nu justifică suportarea riscului și a consecințelor păgubitoare de una dintre ele, dar cu toate acestea, riscul îi va fi imputat uneia dintre acestea. Forța majoră lovește contractul în echilibrul său inițial în măsura în care nicio obligație nu a fost executată, debitorul fiind împiedicat să-și execute obligația sa înainte de momentul în care ar fi putut sau trebuit să și-o îndeplinească.

O anume dificultate juridică survine în cazul reciprocității și interdependenței obligațiilor, în cazul contractelor sinalagmatice. Corelarea celor două obligații naște problema atribuirii riscului, ca urmare a survenirii imposibilității fortuite de executare. Regulile de mai sus trebuie să ofere o soluție și pentru soarta obligației neafectate de aleatoriu<sup>44</sup>.

Este dificil de stabilit *a priori* o anumită ierarhie între regulile de atribuire a riscului, enumerate mai sus. Fiecare dintre acestea are specificitatea ei, câmpul său de aplicare și modalitatea diferită de raportare la contract. Din această perspectivă, vom încerca să evităm afirmațiile de genul *res perit debitori* reprezintă regula generală în materie contractuală, sau și mai mult de a lega anumite tipuri de contracte cu una dintre reguli, în mod indisociabil. Fiecare dintre acestea reprezintă o regulă aplicabilă anumitor situații, care variază în funcție de obligația afectată de risc și de natura contractului dezechilibrat.

Riscul pare destul de dificil de înscris într-un tipar, având un caracter flexibil și divers, chiar și atunci când se manifestă în același tip de contract. Premisa noastră rămâne una constantă: în funcție de tipul contractului și natura obligației afectate de risc se va putea stabili regula aplicabilă în ceea ce privește atribuirea riscului uneia dintre părțile contractante.

În continuare, vom analiza cele patru reguli – *res perit debitori* (2.2.2.), *res perit domino* (2.2.3.), *res perit detinente* (2.2.4.) și *res perit creditori* (2.2.5.) - din perspectiva modului în care intervin și se aplică, efectelor pe care le au asupra contractului și a posibilelor probleme, pornind însă de la un posibil izvor al acestor reguli, dreptul roman (2.2.1.).

### 2.2.1. Regimul juridic al riscului în dreptul roman al contractelor

În dreptul roman, regăsim o parte din teoria riscului din dreptul contemporan, sub forma *periculum est emptoris*<sup>45</sup>. Jurisconsultul Justinian a optat pentru această regulă a *periculum emptoris*, însă nu se știe dacă această opinie reflectă poziția comună în dreptul clasic. Interpretarea acestei faimoase reguli și domeniul său de aplicare a dat naștere unor dezbateri contradictorii în doctrină. Profesorul Paul de Plessis<sup>46</sup> a inventariat atât studiile din jurul acestei reguli, precum și cele privitoare la relația dintre risc și culpă.

În perioada clasică a dreptului roman, termenul *risc* a fost folosit pentru a reflecta limitele exterioare ale răspunderii contractuale. Câmpul de aplicare al riscului era circumscris pierderii financiare născute din nerespectarea termenilor contractuali, care nu putea fi atribuită conceptelor de *dolus* sau *culpa* și care era rezultatul unui dezechilibru datorat unui eveniment neprevăzut și incontrollabil, de obicei descris ca *vis maior* sau *casus fortuitus*. Într-o atare situație, pierderea nu putea fi atribuită în mod legal comportamentului uneia dintre părțile contractului, astfel că, ordinea legală a dezvoltat o serie de "hard rules"<sup>47</sup> prin care s-a divizat pierderea financiară rezultând din evenimentul imprevizibil și incontrollabil între părțile contractante. Ideea de răspundere a fost astfel extinsă la situații care nu erau conectate cu ideea de culpă.

Astfel, în epoca clasică a dreptului roman, riscul s-a dezvoltat alături de răspunderea delictuală<sup>48</sup>, de o manieră cazuistică. În multe situații, noțiunea de *risc* era asociată cu alți patru termeni, și anume *periculum*, *vis maior*, *casus (fortuitus)* și *vitium*. În funcție de circumstanțele în care se manifesta, forță majoră/*vis maior* sau caz fortuit/*casus fortuitus* sau *vitium*, riscul era suportat de una dintre părțile contractului. Suportarea *periculum*-ului implica suportarea pierderii financiare născute din aceste evenimente.

Gândirea juridică modernă<sup>49</sup> tratează *periculum* ca fiind termenul umbrelă, global, cu care se descrie "riscul" și atribuie o conexiune causală între termen și evenimentele menționate mai sus. *Vis major/casus fortuitus* este rațiunea pentru care *periculum* este suportat de una sau cealaltă parte. Juriștii romani au încercat să conceapă o categorie conceptuală cunoscută ca *periculum*, a cărei funcții a fost să convină asupra unor reguli în legătură cu suportarea riscului, iar în cadrul acestei largi categorii, au introdus alte două categorii conceptuale mai mici – *vis maior* și *casus fortuitus*.

Într-un studiu amplu<sup>50</sup> s-au investigat diverse înțelesuri legale ale termenului *periculum* din dreptul roman. Concluzia acestuia a fost aceea că nu se poate afirma că *periculum* se referă la pierderea financiară care a apărut fără culpă. Într-adevăr, uneori termenul a fost folosit și când era prezentă culpa. În opinia acestui doctrinar, *periculum* nu însemna mai mult decât "posibilitatea unei pierderi".

De asemenea, într-o altă lucrare de referință din dreptul roman<sup>51</sup> se consideră că *periculum* se referă la șansa sau posibilitatea ca obiectul vânzării să fie pierdut, distrus sau deteriorat. Regula *res perit domino* sau *casum sentit dominus* era recunoscută și în dreptul roman, astfel că înainte de încheierea contractului de vânzare, vânzătorul este cel care suporta riscul pierderii bunului, iar o dată cu transferul proprietății, acesta se transmitea cumpărătorului. Problema apărea în situația în care între momentul încheierii contractului și transferul proprietății a intervenit aleatoriul.

Opinia doctrinală<sup>52</sup> exprimată cu privire la această situație era aceea conform căreia după încheierea contractului de vânzare, dar înainte ca obiectul vânzării să fie predat, vânzătorul este în aceeași poziție, raportat la obiectul vânzării, ca împrumutătorul, astfel că el este responsabil nu numai pentru neglijență, dar și pentru detenție. Altfel spus, doar riscul pierderii bunului din cauza forței majore (*periculum vis maioris*) este cel care a trecut, *emptio perfecta*, cumpărătorului, cumpărătorul trebuind să achite prețul fără a primi nimic în schimb. De cealaltă parte, în situații de *casus minor*, vânzătorul este cel răspunzător de prejudiciile produse ca urmare a non-executării.

În dreptul roman, există puține studii care au examinat conceptele de risc și culpă în tandem în vederea stabilirii influențelor și întrepătrunderilor celor două, și în ce măsură dezvoltarea unuia poate influența dezvoltarea celuilalt. În cercetarea profesorului Paul de Plessis se face referire la două tipuri de contribuții academice cu privire la conceptele de răspundere și risc în dreptul roman. Pe de o parte, regăsim *macro-narativii* care au pus pe hartă dezvoltarea istorică a conceptului de risc ca fiind una generală, în timp ce alte studii se focusează pe operațiunea acestor concepte în anumite contracte și prezintă cititorului o *micro-narațiune*. Ambele tipuri de abordare se bazează pe aceleași dovezi textuale, dar abordează materia din perspective foarte diferite și ajung la concluzii diferite. Încercarea de a integra *macro-narativii* în studiile *micro-narativilor* este una dificilă, profesorul Paul de Plessis încercând o astfel de comasare în cazul riscului în contractul de locațiune<sup>53</sup>.

În dreptul roman al contractelor, noțiunea de risc apare astfel destul de vag conturată, fiind la răscruce de drumuri cu răspunderea delictuală și noțiunea de culpă. Regimul juridic al riscului era oarecum diferit de prezent, formarea contractului de vânzare cumpărare fiind diferită, perfectarea acestuia depinzând de tradițiunea bunului<sup>54</sup>. Percepția era astfel diferită, dar regulile *res perit domino* și *res perit debitori* își au o parte din rădăcini în dreptul roman, fiind cosmetizate, adaptate și nuanțate în noile contexte legislative din dreptul contemporan.

### 2.2.2. *Res perit debitori*

În principiu, în majoritatea contractelor sinalagmatice oneroase lovite de un aleatoriu, debitorul obligației imposibil de executat suportă riscul contractului. Acest debitor, pe de o parte, se află în imposibilitate fortuită de a-și executa propria sa obligație, iar pe de altă parte, este cel care va suporta și riscul neexecutării contractului din partea cocontractantului său, creditorul obligației imposibil de executat. Subsecvent, o dată cu dispariția fortuită a contrapartidei care trebuia oferită de debitor creditorului său, creditorul nu mai poate fi ținut la executarea obligației sale. Astfel, creditorul este liberat de obligația sa, iar contractul este de cele mai multe ori desființat. În doctrină, se susține că într-o atare situație, "riscul are ca obiect obligația creditorului"<sup>55</sup>, ca obligație reciprocă a celei care a dispărut ca urmare a survenirii aleatoriului. Pe cale de consecință, suportarea riscului de debitorul obligației imposibil de executat implică în mod necesar renunțarea acestuia la executarea obligației corelative din partea celuilalt partener contractual<sup>56</sup>, nemaexistând niciun temei în acest sens.

Într-o atare situație și pornind de la dispozițiile fragmentare ale Codului civil 1864, mai întâi jurisprudența a admis fără discuție *res perit debitori*, urmată fiind și de doctrină, care a detaliat aplicarea *res perit debitori*. O astfel de regulă apare doar atunci când există reciprocitate și comutativitate între obligațiile contractuale. Interdependența obligațiilor dintr-un contract sinalagmatic justifică atribuirea riscului debitorului. Această interdependență este considerată a fi "expresia unui imperativ comercial în funcție de care executarea unei obligații poate fi cerută doar dacă are o contrapartidă care fundamentează existența sa însăși"<sup>57</sup>.

Justificările atribuirii riscului debitorului sunt diverse. Doctrina a evidențiat câteva dintre acestea, pornind de la echitate și moralitate și ajungând la menținerea echilibrului contractual. În acest sens, în doctrina română<sup>58</sup> și în cea franceză s-au exprimat opiniile enumerate mai jos.

Profesorul Liviu Pop<sup>59</sup> consideră că "temeiul sau fundamentul regulii *res perit debitori* se află în caracterul reciproc și interdependent al obligațiilor ce și le asumă contractanții". Justificarea este faptul că "obligația fiecărui contractant este cauza executării obligației de către celălalt contractant, iar imposibilitatea fortuită de executare a obligației debitorului lipsește de cauză obligația creditorului". Altfel spus, neexecutarea obligației uneia dintre părți lipsește de suport juridic obligația celeilalte care, astfel, nu va mai trebui să fie executată.

O altă idee expusă în doctrina română<sup>60</sup> este aceea conform căreia "admițând soluția stingerii pentru imposibilitate fortuită de executare, fără convertire în echivalent, la prima vedere, stingerea obligației corelative posibil de executat, se impune în virtutea unei soluții instinctive". Această opinie plasează fundamentul regulii *res perit debitori* între utilitate și echitate, pornind de la simplitatea soluțiilor propuse de aceasta. Din această perspectivă, întreaga teorie a riscului contractual "pune în lumină o limită a forței obligatorii a contractului"<sup>61</sup>.

În doctrina franceză<sup>62</sup>, s-a afirmat că reciprocitatea obligațiilor reprezintă explicația acestui rezultat de atribuire a riscului debitorului, ținându-se de asemenea cont de faptul că "cele două obligații născute din contractul sinalagmatic sunt solidare una cu alta, ..., și că niciuna dintre părți nu intenționează să se oblige fără a avea un profit". Conform autorului, în virtutea acestei reciprocități, "contractul se dizolvă deplin drept prin stingerea simultană a

obligațiilor celor două părți, când executarea sa de către una dintre părți a devenit imposibilă”. Apare deci foarte clar evidențiată legătura dintre caracterul sinalagmatic al raportului contractual și *res perit debitori*, care traduce o voință de a aneantiza contractul dacă echilibrul realizat prin reciprocitatea prestațiilor este rupt.

O altă opinie exprimată în doctrina franceză este aceea conform căreia regula atributivă de riscuri debitorului ”se justifică prin respectarea bunei-credințe și a principiului justiției comutative, teoria riscului bazându-se pe dorința de moralizare a contractului”<sup>63</sup>. Aceste idei de bună-credință și moralitate își găsesc fundamentul în considerarea debitorului ca partea contractantă datoare, care se obligă și care deci se află pe o poziție de inferioritate. Pentru a echilibra balanța, debitorul trebuie să fie cel care suportă riscul contractului, instituindu-se astfel o așa numită justiție comutativă.

Pornind de la aceste opinii doctrinale, putem conchide, într-o primă instanță, că transpare importanța atașată interdependenței obligațiilor, dezechilibrată de către imposibilitatea fortuită de a executa una dintre obligații. Referința la comutativitate accentuează ideea unui schimb fondat pe o egalitate a prestațiilor promise. Autorii evocă în plus buna credință și moralitatea contractului pentru a justifica justetea și echitatea atribuirii riscului debitorului. Astfel, atâta timp cât debitorul nu e în măsură să satisfacă așteptările creditorului, acesta nu poate pretinde să obțină contrapartida la care era îndreptățit și ”a cărei origine se găsea în același fruct al voinței lor comune”<sup>64</sup>. Obligația creditorului este indiscutabil subordonată celei a debitorului, căreia nu poate să îi supraviețuiască.

Mai apoi, se evidențiază caracterul sinalagmatic al contractului ca raționament juridic care prezidează justificarea soluției de atribuire a riscului debitorului. De aici derivă una din efectele aplicării teoriei riscului în contract, și anume stingerea obligației afectate de risc din motive fortuite, pe de o parte, și liberarea creditorului de obligația sa corelativă, pe de altă parte. Astfel, debitorul va suporta riscul contractului, în măsura în care forța majoră l-a plasat în imposibilitatea de a respecta angajamentul său față de creditor, neputând pretinde ca această sarcină să cadă pe umerii creditorului său. Debitorului i se atribuie consecințele păgubitoare ale aleatorului în momentul în care imposibilitatea de executare a intervenit, rupând echilibrul contractual și bulversând termenii contractuali inițial negociați. Rațiunea contractului de a mai exista este de asemenea aneantizată.

Reperetele și justificările expuse mai sus contribuie la conturarea noțiunii de *res perit debitori*, norma principală din materia riscului contractual. Acestea nu sunt aplicabile și contractelor bilaterale prin care se constituie sau se transferă un drept real. Sub auspiciile Codului civil 1864, era consacrată celebra regulă *res perit domino*, în timp ce în prezent, Codul civil a creat o regulă proprie, mult dezbătutului art. 1274 coroborat cu art. 558, denumită de doctrină<sup>65</sup> *res perit detinente*.

### 2.2.3. *Res perit domino*

Sub imperiul Codului civil 1864, suportarea riscului era în strânsă legătură cu transmiterea dreptului de proprietate. Regula instantaneității transmiterii consensuale a proprietății implica, într-un mod logic, ca riscurile pieirii fortuite a bunului înstrăinat să urmeze traseul juridic al proprietății, proprietarul trebuind să suporte riscul, inclusiv în ipoteza în care el

nu a intrat efectiv în posesia bunului. Aceasta era considerată regula în Codul civil 1864, exprimată prin adagiul *res perit domino*. Sfera sa de aplicare era una redusă, și anume contractele oneroase translativ de proprietate asupra unor bunuri individual determinate, neputând fi astfel catalogată ca un principiu general de drept.

Particularitatea cea mai proeminentă a acestei soluții aplicate contractelor translativ de proprietate rezida în existența unui lucru asupra căruia se exercită un drept de proprietate, proprietatea fiind transmisă prin simplul schimb de consimțăminte. O dată cu transmiterea proprietății se considera că se transmite și riscul pieririi fortuite al lucrului, cele două momente neputând fi separate. *Res perit domino* se aplica doar în cazul pieririi fortuite a bunului obiect al contractului, și nu în cazul general al imposibilității fortuite de executare a obligațiilor asumate într-un contract translativ de proprietate. Această regulă se greșea pe relația proprietar-bun, și nu pe relația creditor-debitor dintr-un contract. În doctrină s-a statuat că "după principiile generale de drept, riscul-pericolul lucrului vândut este, în adevăr, strâns legat cu calitatea de proprietar, el nefiind decât un corolar al dreptului de proprietate"<sup>66</sup> sau "un accesoriu al dreptului de proprietate"<sup>67</sup>.

Pierea fortuită a lucrului poate duce la imposibilitatea fortuită de executare a contractului. Astfel, *res perit domino* poate deveni o regulă insuficientă într-un câmp contractual complex și divers, în care sunt cuprinse diferite tipuri de obligații în legătură cu bunul. În funcție de tipul contractului, precum și de natura obligațiilor născute în legătură cu bunul, această regulă poate fi nuanțată sau uneori chiar înlocuită cu *res perit debitori*.

În cazul contractului translativ de proprietate, când debitorul își execută obligația chiar în momentul încheierii acestuia, cazul fortuit se produce după executarea obligației. Patrimoniul creditorului se îmbogățește astfel cu obiectul prestației. Comparând postulatele celor două soluții conținute în teoria riscului, *res perit debitori* și *res perit domino*, observăm că *res perit debitori* se aplică în cazul în care obligația unei părți se stinge ca urmare a unei imposibilități fortuite intervenite înaintea executării din partea debitorului a obligației sale care ar fi satisfăcut creditorul sau îmbogăți patrimoniul său. *Res perit domino* pierde astfel teren în fața *res perit debitori*, rămânând un simplu principiu neaplicabil, o regulă fără substanță, izolată în cartea a III-a despre bunuri în Codul civil.

Se poate lesne observa că în Codul civil, s-a păstrat cu titlu de principiu, *res perit domino*, fără a se face însă nicio trimitere la vreo obligație în legătură cu bunul obiect al dreptului de proprietate. Prevederile art. 558 C. civ. rămân astfel o simplă afirmație a evidentului<sup>68</sup>, fiind de nivelul "bunului simț juridic faptul că proprietarul va fi acela care va suporta paguba generată de distrugerea bunului său, dacă la acest rezultat s-a ajuns din cauze care exclud responsabilitatea altei persoane"<sup>69</sup>. Întotdeauna, proprietarul suportă riscul pieririi bunului, având în vedere calitatea sa de "stăpân" absolut asupra bunului, care deține paza asupra acestuia, dar care își și asumă pierderea și deteriorarea sa, indiferent de motivele care au stat la baza acestora. Teza finală a acestei dispoziții legale prevede că *res perit domino* se aplică doar dacă riscul nu a fost asumat de o altă persoană sau dacă prin lege nu se dispune altfel, ceea ce se poate traduce prin faptul că atâta timp cât părțile nu au stabilit printr-o clauză contractuală persoana care va suporta riscul sau cât timp legiuitorul nu modifică printr-o prevedere legală regulile deja instituite în materie, riscul este suportat de proprietar.

Această regulă se justifică prin grija de a-l elibera pe vânzător, fostul proprietar, de sarcina riscului. Pe cale de consecință, am putea afirma că intenția comună a părților a fost aceea de a-l plasa pe cumpărător "în rolul unui asigurător"<sup>70</sup>, el fiind și cel care trebuie să se asigure și să plătească primele de asigurare. Profesorul Philippe Malaurie identifică în această regulă o "repartizare financiară a riscului"<sup>71</sup>.

*Res perit domino* nu poate fi însă aplicată mecanic, ori de câte ori avem în discuție un drept de proprietate asupra unui bun individual determinat. În funcție de tipul contractului și de natura obligației cu privire la bun, norma aplicabilă în materia riscului nu mai este *res perit domino*, ci una din celelalte trei exprimate.

Noile prevederi din dreptul civil cuprind câteva texte legale, în care s-au conexasă ideea de risc cu cea de tradițiune, mai exact predarea bunului. Pornind de la aceste prevederi, și anume articolul 1274 și articolul 1755 C. civ., în doctrină a început să se contureze o nouă regulă privind atribuirea riscului în cadrul unui contract oneros translativ de proprietate, și anume *res perit detinente*. Riscul este astfel legat de predare, riscul bunului fiind transferat cumpărătorului de la momentul predării acestuia, chiar și în situația în care dreptul de proprietate nu a fost dobândit de către proprietar<sup>72</sup>.

Chiar și în legislația și practica internațională s-a disociat transferul dreptului de proprietate de cel al riscului. Convenția de la Viena din 11 aprilie 1980<sup>73</sup> leagă transferul riscului de predarea bunului și stăpânirea fizică asupra lucrului<sup>74</sup>. În contextul dreptului internațional, atribuirea riscului detentorului se justifică prin aceea că acesta este cel care poate lua măsurile pentru protejarea bunului de forța majoră sau alte evenimente fortuite.

#### 2.2.4. *Res perit detinente*

În ceea ce privește riscul în contractul translativ de proprietate, Codul civil inversează regulile din Codul civil 1864<sup>75</sup>, creând o nouă regulă, denumită de doctrină<sup>76</sup> *res perit detinente*. Astfel, în art. 1.274 se prevede că "(1) În lipsa de stipulație contrară, cât timp bunul nu este predat, riscul contractului rămâne în sarcina debitorului obligației de predare, chiar dacă proprietatea a fost transferată dobânditorului". Prin această nouă reglementare, Codul civil "a rupt legătura dintre proprietate și risc, dacă dreptul real nu e transmis odată cu stăpânirea bunului"<sup>77</sup>. Se poate observa faptul că *res perit domino* din Codul civil 1864 a fost înlocuită cu *res perit detinente*, dându-se astfel frâu liber intuiției puțin ilogice din punct de vedere juridic, dar perfect coerente din punct de vedere practic. Afirmăm că există în acest caz o ilogică juridică având în vedere că "o obligație *ad rem* este conectată de o stare de fapt, stăpânirea nemijlocită a lucrului"<sup>78</sup>.

Această nouă regulă se încadrează însă în cea generală a *res perit debitori*, debitorul fiind cel ținut de obligația de predare a bunului. În exemplul deja consacrat al unui contract de vânzare cumpărare, debitorul obligației de predare este vânzătorul. Acesta va suporta riscul pieririi fortuite a bunului până la predarea acestuia cumpărătorului sau până în momentul punerii în întârziere a cumpărătorului cu privire la preluarea bunului. Această regulă comportă o excepție, și anume situația în care creditorul obligației de predare va fi cel care va suporta riscul pieririi fortuite, aplicându-se *res perit creditori* în cazul în care cumpărătorul a fost pus în întârziere cu privire la preluarea bunului.



Așadar, spre deosebire de Codul civil 1864 care prevedea în articolul 1074 al. 2 că "Lucrul este în rizico-pericolul creditorului (în exemplul nostru de mai sus, al cumpărătorului), afară numai când debitorul este în întârziere (adică vânzătorul este cel pus în întârziere să predea bunul); în acest caz rizico-pericolul este al debitorului" și în articolul 1156 "(1) Când obiectul obligației este un corp cert și determinat, de piere, de se scoate din comerț, sau se pierde astfel încât absolut să nu se știe de existența lui, obligația este stinsă, dacă lucrul a pierit sau s-a pierdut, fără greșeala debitorului, și înainte de a fi pus în întârziere. (2) Chiar când debitorul este pus în întârziere, dacă nu a luat asupra-și cazurile fortuite, obligația se stinge, în caz când lucrul ar fi pierit și la creditor, dacă i s-ar fi dat", Codul civil inversează și această rânduială, stipulându-se în articolul 1274 al. 2 astfel : "creditorul pus în întârziere preia riscul pieririi fortuite a bunului (și anume cumpărătorul care a fost pus în întârziere de către vânzător cu privire la obligația de preluare a bunului). El nu se poate libera chiar dacă ar dovedi că bunul ar fi pierit și dacă obligația de predare ar fi fost executată la timp".

Schimbarea intervenită poate avea mai multe explicații. Prima dintre ele ar putea fi corelată cu relația dintre proprietar și bunul său. Atâta timp cât detentorul-debitor al obligației de predare, vânzătorul din exemplul nostru, suportă riscul cu toate că nu mai are dreptul de proprietate asupra bunului, proprietarul-creditor al obligației de predare, cumpărătorul, va suporta acest risc din momentul în care a fost pus în întârziere sau era într-una dintre situațiile în care punerea în întârziere opera de drept, indiferent dacă bunul ar fi pierit și la debitor. Sub imperiul Codului civil 1864, riscul era deja suportat de proprietar, chiar dacă bunul nu îi fusese predat. Subsecvent, coroborând prevederile art. 1074 al. 2 cu cele ale 1156 al. 3, în cazul în care debitorul - vânzătorul din exemplul de mai sus, era pus în întârziere, acesta prelua riscul pieririi fortuite, cu excepția situației în care reușea să probeze că acel bun ar fi pierit și la creditor – cumpărătorul proprietar, chiar dacă i l-ar fi predat la timp.

O altă justificare ar ține de spiritul echității, bunului simț și al eficacității, înscriindu-se astfel pe linia prevederilor din această materie. Efectele unei astfel de situații sancționează lipsa de diligență din partea proprietarului – creditorul. Este discutabil dacă într-o atare situație putem identifica o culpă a proprietarului. Dacă am considera că punerea în întârziere sancționează pasivitatea și atitudinea necorespunzătoare a unui cocontractant, atunci am putea ancora analiza pe tărâmul răspunderii civile obiective. Prevederile Codului civil par a se înscrie în această optică, în art. 1511 statuându-se că, pe de o parte, creditorul pus în întârziere preia riscul imposibilității de executare a obligației, și pe de altă parte, că este ținut la repararea prejudiciilor cauzate prin întârziere și la acoperirea cheltuielilor de conservare a bunului datorat. În doctrină, pornind de la prevederile Codul civil 1864, s-a afirmat<sup>79</sup> că într-o atare situație "faptul de a nu preda lucrul în urma punerii în întârziere constituie deci o culpă din partea debitorului, culpă de care el răspunde ("Qui in mora est culpa non vacat")".

Cu toate acestea, *res perit detinente* nu poate fi încă înscrisă în niște tipare juridice, fiind necesară o contribuție semnificativă a instanțelor de judecată prin practica lor judiciară și o explorare ulterioară efectuată de doctrină. În prezent, această regulă este acoperită cu un vâl incolor, urmând să mai reflectăm asupra naturii și importanței sale.

### 2.2.5. *Res perit creditori*

Pentru contractele unilaterale, regula atributivă de riscuri nu ar mai fi *res perit debitori*, ci *res perit creditori*. Această inversiune se datorează, într-o primă instanță, naturii contractului, doar una dintre părți fiind ținută la executarea obligațiilor contractuale, cealaltă parte având doar drepturi, fiind titulara creanțelor corelative. Din această perspectivă, cu toate că imposibilitatea fortuită de executare afectează debitorul, riscul contractului este suportat de creditor. Cu alte cuvinte, creditorul este cel care suportă riscul, acesta nemaifiind îndreptățit să primească prestația promisă. Considerăm pertinentă opinia exprimată deja în doctrină<sup>80</sup>, conform căreia este discutabilă această regulă având în vedere că nu putem afirma fără echivoc că suportarea riscului îi revine creditorului, ci mai degrabă că obligația debitorului s-a stins ca urmare a intervenirii forței majore.

Ceea ce poate promova *res perit creditori* este doar ideea generală că creditorul a devenit titularul unui interes și va trebui să suporte dispariția acestuia<sup>81</sup>. Mergând pe aceeași linie argumentativă, se susține că afirmarea legislativă a unor cazuri de *res perit creditori*, în care creditorul suportă riscul într-un contract sinalagmatic, este aparentă, întrucât, în realitate, în astfel de cazuri, se afirmă tot *res perit debitori*. Până la executarea obligației esențiale, riscurile sunt la debitorul obligației neexecutate. Riscul nu supraviețuiește procurării avantajului promis, dacă ceea ce a rămas de executat nu a fost considerat de părți sau de legiuitor esențial.

*Res perit creditori* apare astfel că o regulă impropriu denumită, dar care prin conținutul său și mecanismul său de funcționare se delimitează clar de *res perit debitori*. Nu putem afirma că riscul contractului are propriu zis ca obiect tipul obligației creditorului, chiar dacă acest aspect intervine în procedeu. Considerăm că ideea însăși de risc o depășește, afectând contractul în globalitatea sa.

În concluzie, ar fi necesară păstrarea sintagmei *res perit creditori*, deși impropriu utilizată, dar care este deja consacrată în doctrină, cu menținerea nuanței că nu creditorul este cel care suportă riscul, ci este cel care pierde un posibil drept, un interes. Efectele aplicării acestei reguli într-un cadru contractual ar fi următoarele: obligația afectată de risc se stinge, fapt ce determină încetarea contractului, creditorul pierzând astfel dreptul convenit, fără însă a putea cere daune interese.

### **Concluzii**

În mediul contractual, noțiunea de risc merge mână în mână cu obligația, fiind întotdeauna raportat la aceasta, și produce efecte asupra întregului ansamblu de drepturi și obligații, dând astfel naștere regulilor particulare care soluționează dezechilibrul creat. Riscul nu poate fi analizat decât prin prisma obligațiilor pe care le afectează. Putem astfel identifica două coordonate esențiale ale noțiunii de risc, care se manifestă concomitent în sfera contractuală: aleatoriul și prejudiciul.

În plus față de aceste coordonate, teoria riscului apare ca o tehnică de gestionare a efectelor actului în prezența aleatoriului, care a dus la imposibilitatea fortuită de executare a unei obligații sau de realizare a unui drept. Nu este deci vorba despre repararea unui prejudiciu, ci de simpla aranjare a efectelor fortuitului asupra contractului.

Teoria riscului are deci ca scop principal soluționarea impedimentelor apărute în executarea contractului atunci când acesta este lovit de aleatoriu. Datorită aleatoriului care intervine peste voința părților, regulile de atribuire a riscului conțin o specificitate, astfel că riscul în contracte nu poate fi confundat nici cu imposibilitatea fortuită de executare a unei obligații, nici cu elementele structurale ale contractului – cauza și condiția, nici cu alte cauze de stingere a obligației și a efectelor contractului cum este caducitatea.

Cu toate că de cele mai multe ori se ajunge la desființarea convenției atacate de risc, regulile prin care se încearcă o reechilibrare a proiectului inițial convenit sunt specifice teoriei riscului și nu pot fi aplicate unor situații similare. Nota distinctivă a acestei teorii este dată de natura obligațiilor pe care le afectează riscul și de tipul de contract în care intervine.

Expresia *riscul contractului* vizează ideea conform căreia obligațiile convenite în contract sunt expuse la *alea*, în cazul cărora teoria riscului permite reglarea atribuirii acestuia uneia dintre părți. În cazul în care o singură obligație este afectată de risc într-un cadru contractual, obligație esențială sau neesențială, obligație care face parte din jocul sinalagmatismului sau care nu are o alta corelativă, întotdeauna vom analiza un risc al contractului. Riscul afectează contractul privit în globalitatea sa, iar în funcție de specificul și tipul obligației, dar și de tipul contractului, se va putea stabili regimul juridic aplicabil și regula care soluționează efectele riscului.

Pe cale de consecință, definiția riscului din dreptul privat poate fi transpusă și în dreptul contractelor, întrucât riscul își păstrează aceleași coordonate: exterioritatea, imprevizibilitatea, caracterul prejudiciabil și involuntar. Riscul dislocă contractul și îi setează noi coordonate de existență, neprevăzute și neanticipate prin clauzele contractuale. Părțile sunt obligate să accepte modificarea raportului juridic inițial, prin mecanismele de imputare și suportare a riscului contractului.

În fața acestui hazard, legea este cea care stabilește de cele mai multe ori regulile jocului, bazându-se fie pe natura obligației afectate, fie pe tipul de contract afectat, fie pe ambele. Întreaga teorie a riscului se construiește în jurul efectelor produse de risc asupra convenției părților, privită ca un ansamblu.

---

\* Doctorand, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca. [anamaria.coldea@gmail.com](mailto:anamaria.coldea@gmail.com)

<sup>1</sup> Conform A. Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, City College, New York și French University (Ecole Libre des Hautes Etudes), New York, 1953, p. 359 etimologia cuvântului este din limba latină, unde în limbajul curent semnifică *zarul*, iar în limbajul juridic, termenul era folosit pentru indicarea jocurilor de noroc, nu doar a zarului. Acțiunile derivând din astfel de jocuri erau în general inadmisibile (*LEX ALEARIA* a interzis jocul cu zarurile), cu anumite excepții (*Lex Cornelia de aleatoribus* (81 B.c.) a considerat valide pariurile cu privire la jocurile atletice).

<sup>2</sup> < *aléatoire* (fr.), *aleatorio* (it.), *aleatorius* (lat.) < *alea* – zar (conform DEX 2009); De asemenea, conform A. Berger, op. cit., p. 359, în limba latină, termenul *aleator* era folosit pentru desemnarea jucătorului jocurilor de noroc.

<sup>3</sup> Conform DEX 2009, termenul provine din latinescul *attribuere*, existând și în limba franceză sub forma de *attribuer*.

- <sup>4</sup> < *imputare* (lat. ) (conform DEX 2009);
- <sup>5</sup> < *supportare* ( lat.) (conform DEX 2009);
- <sup>6</sup> G.-Al. Ilie, Riscurile în contracte. De la Vechiul la Codul civil, Universul juridic, București, 2012, p. 23;
- <sup>7</sup> M. Pivniceru, Efectele juridice ale contractelor aleatorii, Hamangiu, 2009, p. 40 și urm.
- <sup>8</sup> G. Ilie, op. cit., p 25;
- <sup>9</sup> Expresie introdusă pentru prima dată în doctrina română de către P. Vasilescu, Drept civil. Obligații - în reglementarea noului Cod civil, ed. Hamangiu, București, 2012, p. 514.
- <sup>10</sup> J. M. Mousseron, La gestion des risques par le contrat, în RTDC 1987, p. 481;
- <sup>11</sup> F. Millet, La notion de risque et ses fonctions en droit prive, L.G.D.J., 2001, p. 19;
- <sup>12</sup> Ibidem, p. 20;
- <sup>13</sup> Idem;
- <sup>14</sup> Idem.
- <sup>15</sup> G. Ilie, op. cit., p. 24;
- <sup>16</sup> G. Ilie, op. cit., p. 17 și urm.;
- <sup>17</sup> L. Pop, Tratat de drept civil. Obligațiile. Volumul II. Contractul, Universul juridic, București, 2009, p. 763;
- <sup>18</sup> P. Vasilescu, op. cit., p. 559;
- <sup>19</sup> C. Demolombe, Traite des contrats ou des obligation conventionnelles en général, Tome I, Paris 1870, p. 426;
- <sup>20</sup> Idem;
- <sup>21</sup> G. Ripert, J. Boulanger, Traité de droit civil, LGDJ, Paris, 1957, nr. 504;
- <sup>22</sup> Idem;
- <sup>23</sup> J. Carbonnier, Droit civil. Les biens. Les obligations, PUF, 2004, p. 2239;
- <sup>24</sup> Pe larg, ibidem, p. 2240;
- <sup>25</sup> G. Ilie, op. cit., p. 30 și urm.;
- <sup>26</sup> G. Ilie, op. cit., p. 89;
- <sup>27</sup> Ibidem, p. 82 și urm.;
- <sup>28</sup> L. Pop, op. cit., p. 765;
- <sup>29</sup> R. Motica, D. Negrescu, Lexicon juridic latin-român, Lumina Lex, București, 2001, p. 248.
- <sup>30</sup> V. Hanga, M. D. Radu, Limba latină pentru juriști, Albastră, Cluj-Napoca, 2006, p. 48;
- <sup>31</sup> R. Motica, D. Negrescu, op. cit., p. 248;
- <sup>32</sup> P. Vasilescu, op. cit., p. 514;
- <sup>33</sup> G. Ilie, op. cit, p. 26 și urm.
- <sup>34</sup> Idem;
- <sup>35</sup> Ibidem, p. 149 ;
- <sup>36</sup> G. Ilie, op. cit., p. 29 și urm.;
- <sup>37</sup> P. Vasilescu, op. cit., p. 559.
- <sup>38</sup> G. Ilie, op. cit., p. 28;
- <sup>39</sup> Ibidem, p. 29;
- <sup>40</sup> Idem;
- <sup>41</sup> F. Millet, op. cit., p. 38;
- <sup>42</sup> G. Ilie, op. cit., p 109;
- <sup>43</sup> Vezi pe larg în J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, Les effets du contrat, 3-rd, LGDJ, Paris, 2003, nr. 648, apud G. Ilie, op. cit., p. 110;
- <sup>44</sup> M. Planiol, Traite elementaire du droit civil, Tome II, Paris 1990, nr. 1391.

- <sup>45</sup> Instituții Iustinian III, 23, 3 "Cum autem emptio et venditio contracta sit ..., periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit";
- <sup>46</sup> P. J. Du Plessis, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE-284 CE.*, Boston, Brill, 2012. p. 24 și urm.;
- <sup>47</sup> *Ibidem*, p. 25;
- <sup>48</sup> *Ibidem*, p. 38;
- <sup>49</sup> P. J. du Plessis, *op. cit.*, p. 40;
- <sup>50</sup> G. MacCormack, Further on periculum, în *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja" (BRID)*, 1979, p. 11 apud Plessis, *op. cit.*, p. 41;
- <sup>51</sup> R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, 1996, p. 281;
- <sup>52</sup> *Ibidem*, p. 283;
- <sup>53</sup> Pe larg în P. J. du Plessis, *op. cit.*, p. 40 și urm., unde s-a concluzionat că interpretarea modernă a regimului *riscului* din cadrul contractului de locațiune se bazează pe existența unei stabile și bine definite categorii conceptuale. Se pare că: a) juriștii romani au conceput o categorie conceptuală cunoscută ca *periculum*, a cărei funcții a fost să convină asupra unor reguli în legătură cu suportarea riscului; b) în cadrul acestei largi categorii, două categorii conceptuale mai mici operează – *vis maior* și *casus fortuitus*.
- <sup>54</sup> J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 2243;
- <sup>55</sup> F. Millet, *op. cit.*, p. 23 ;
- <sup>56</sup> P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 513;
- <sup>57</sup> F. Millet, *op. cit.*, p. 25 ;
- <sup>58</sup> O tratare detaliată a problematicii fundamentării regulii *res perit debitori* în Codul civil român din 1865 o găsim în G. Ilie, *op. cit.*, p. 111-129. Analiza autorului reprezintă un inventar al posibilelor fundamente ale regulii, în care se găsesc alinate ideea de condiție rezolutorie tacită, voință prezumată a părților, cauză, echivalența obligațiilor, echitate, risc profit, reciprocitate și interdependență a avantajelor promise în contract.
- <sup>59</sup> L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligatiile*, ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 766;
- <sup>60</sup> G. Ilie, *op. cit.*, p. 105;
- <sup>61</sup> *Ibidem*, p. 107;
- <sup>62</sup> M. Planiol, *op. cit.*, p. 1394;
- <sup>63</sup> G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.*, nr. 504;
- <sup>64</sup> F. Millet, *op. cit.*, p. 20;
- <sup>65</sup> P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 514;
- <sup>66</sup> D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practic a dreptului civil român*, vol. IV, Scripta, 1926, p. 195;
- <sup>67</sup> *Ibidem*, p. 157;
- <sup>68</sup> Art 558 C. civ. - *Proprietarul suportă riscul pieririi bunului, dacă acesta n-a fost asumat de o altă persoană sau dacă prin lege nu se dispune altfel.*
- <sup>69</sup> F.-A. Baias, R. Constantinovici, E. Chelaru , I. Macovei, *Codul civil. Comentariu pe articole*. Editia 1, CH BECK, București, 2012, p. 446.
- <sup>70</sup> Ph. Malaurie, *Contrats speciaux*, 13ed, 1999/2000, Cujas, p. 195, nr. 253;
- <sup>71</sup> Ph. Malaurie, *op. cit.*, p. 195, nr. 253;
- <sup>72</sup> În art. 1755 C. civ., corelația dintre proprietate și risc este exprimată după cum urmează: "Atunci când, într-o vânzare cu plata prețului în rate, obligația de plată este garantată cu rezerva dreptului de proprietate, cumpărătorul dobândește dreptul de proprietate la data achitării ultimei rate din preț; riscul bunului este însă transferat cumpărătorului de la momentul predării acestuia".

<sup>73</sup> Capitolul 4 al convenției tratează problematica transferului riscului în cadrul contractului de vânzare internațională de mărfuri, după cum urmează:

Articolul 66 - Pierderea sau deteriorarea mărfurilor survenită după transferul riscurilor către cumpărător, nu-l eliberează pe acesta de obligația de plată a prețului, exceptând cazul în care aceste evenimente sunt datorate unui fapt al vânzătorului.

Articolul 67 - 1. Când contractul de vânzare implică transportul mărfurilor, iar vânzătorul nu este ținut să le remită într-un loc determinat, riscurile sunt transferate cumpărătorului de la remiterea mărfurilor primului transportator pentru a le transmite cumpărătorului în conformitate cu contractul de vânzare. Când vânzătorul este ținut să remită mărfurile transportatorului într-un loc determinat, riscurile nu sunt transferate cumpărătorului până ce mărfurile nu au fost remise transportatorului în acel loc. Faptul că vânzătorul ar fi autorizat să păstreze documentele reprezentative ale mărfurilor, nu afectează transferul riscurilor.

2. Totuși, riscurile nu sunt transferate cumpărătorului cât timp mărfurile nu au fost identificate, potrivit cu contractul, prin aplicarea unui semn distinctiv pe mărfuri prin documentele de transport, printr-un avis dat cumpărătorului sau prin orice alt mijloc.

Articolul 68 - În ce privește mărfurile vândute în cursul transportului, riscurile sunt transferate cumpărătorului din momentul încheierii contractului. Totuși, dacă circumstanțele o implică, riscurile sunt în sarcina cumpărătorului din momentul din care mărfurile au fost remise transportatorului care a emis documentele constatatoare ale contractului de transport. Cu toate acestea, dacă în momentul încheierii contractului de vânzare, vânzătorul știa sau ar fi trebuit să știe că mărfurile au pierit sau erau deteriorate și nu l-a informat pe cumpărător, pierderea sau deteriorarea este în sarcina vânzătorului.

Articolul 69 - 1. În cazurile neprevăzute la art. 67 și 68, riscurile sunt transferate cumpărătorului când acesta preia mărfurile sau, dacă nu o face în timpul potrivit, din momentul în care mărfurile sunt puse la dispoziția sa, iar el săvârșește o contravenție la contract prin nepreluarea lor.

2. Totuși, în cazul în care cumpărătorul este ținut să preia mărfurile într-un alt loc decât sediul vânzătorului, riscurile sunt transferate când predarea este făcută, iar cumpărătorul știe că mărfurile sunt puse la dispoziția sa în acest loc.

3. Dacă vânzarea se referă la mărfuri neindividualizate încă, mărfurile nu sunt considerate a fi fost puse la dispoziția cumpărătorului decât atunci când s-a făcut identificarea lor în mod clar, potrivit cu contractul.

Articolul 70 - Dacă vânzătorul a săvârșit o contravenție esențială la contract, dispozițiile art. 67, 68 și 69 nu aduc atingere mijloacelor de care dispune cumpărătorul în raport de această contravenție.

<sup>74</sup> Ph. Kahn, *La vente commerciale Internationale*, th. Dijon, Sirey, 1961, pref B. Goldmann, apud. Malaurie

<sup>75</sup> Art. 971 din vechiul Cod civil prevedea că : "În contractele ce au de obiect translația proprietății, sau unui alt drept real, proprietatea sau dreptul se transmite prin efectul consimțământului părților, și lucrul rămâne în rizico-pericolul dobânditorului, chiar când nu i s-a făcut tradițiunea lucrului". Pe aceeași linie, în cazul unui contract încheiat sub condiție suspensivă, art. 1018 statua că "obiectul convenției rămâne în rizico-pericolul debitorului, care s-a obligat a-l da, în caz de îndeplinire a condiției. (2) Dacă obiectul a pierit, în întregul său, fără greșeala debitorului, obligația este stinsă. (3) Dacă obiectul s-a deteriorat, fără greșeala debitorului, creditorul este obligat a-l lua în starea în care se găsește, fără scădere de preț. (4) Dacă obiectul s-a deteriorat, prin greșeala debitorului, creditorul are dreptul său să ceară desființarea obligației, sau să ia lucrul în starea în care se găsește, cu daune interese".

<sup>76</sup> P. Vasilescu, op. cit., p. 514;

<sup>77</sup> Idem;

<sup>78</sup> Idem;

<sup>79</sup> D. Alexandresco, op. cit., p. 362;

<sup>80</sup> G. Ilie, op. cit., p. 95;

<sup>81</sup> Ibidem, p. 96;

Conferința internațională de Criminalistică  
*Clasic și modern în obținerea și valorificarea științifică a probatoriului*  
Cluj-Napoca, 13-15 iunie 2015

**REZULTATE, STANDARDE ȘI REGULI ÎN EXPERTIZA CRIMINALISTICĂ. CE ȘI CUM ?**

**Sorin ALĂMOREANU\***

**Abstract. Results, standards, rules in forensic expertises. What and how?** *The article takes a critical view over the situation of validity criteria of the Forensic expertise under the Romanian Legal System. There is also reference to other legal systems and their specific way of judging upon the validation of Forensic examinations. The author agrees to Karl Popper's opinio non the falsification theories and analysis of the US experience and regulation, concluding with some personal opinions.*

**Keywords:** *forensic expertises, Legal system, ISO CEI Standards, validity criteria*

**Cuvinte cheie:** *expertise criminalistice, sistem de drept, standarde ISO CEI, criteriu de validitate*

În sistemul de expertiză din România, expertizele criminalistice sunt privite uneori ca produse ale unor activități cu conținut și reguli științifice, fie ca simple opinii ale unor specialiști putând fi răsturnate prin noi examinări ale altor specialiști. Constatăm însă că aplecarea către delimitarea unor criterii clare de admisibilitate, ori de respingere a unor expertize date, este lăsată în umbră de majoritatea celor ce se ocupă de domeniu.

În ultimii ani am asistat la o tot mai extinsă discuție asupra necesității de validare a rezultatelor expertizelor criminalistice. De notat de asemenea, tendința adoptării de diverse standarde de laborator (în special ISO CEI) privite ca o premisă de calitate a muncii experților. Dar, în același context, fiecare institut (laborator), public sau privat, își poate adopta propriile sale proceduri menite să asigure o unitate a metodelor de lucru și mai ales trasabilitatea materialelor expertizei și operațiilor expertului. Diversitatea acestora (ca PS „proceduri speciale”) poate (și chiar) conduce în opinia noastră la modalități variate de lucru pentru aceeași specialitate de expertiză la laboratoare diverse. Chiar modul de expunere/prezentare/formulare a obiectivelor, respectiv rezultatelor (concluziilor) poate fi diferit prin „procedurarea” sa particulară, ceea ce le face uneori tributare unor formulări redundante, alteori dificil de asimilat de către „beneficiarii” lucrărilor, mai ales că aceștia sunt „laicii” și nu specialiștii problematicii supuse examinării.

Pe de o parte, toate aceste standarde și procedurile aliniate lor sunt însoțite de existența unor „formulare de satisfacție” destinate „clientului” ori „beneficiarului”.

**Și dacă tot l-am amintit, să vedem cine este beneficiarul /clientul unei expertize:** Oarecum ciudat, termenul de „client” sugerează mai degrabă mercantilitate. Relația dintre expertul/laboratorul care operează lucrarea și organul judiciar este una complexă presupunând dincolo de pașii prevăzuți de procedura civilă ori penală și „pașii procedurați” ai standardelor. Deși formularea obiectivelor și alegerea materialelor este un atribut al organului judiciar, el va face acest lucru în cadrul unei proceduri contradictorie cu consultarea părților procesuale, respectând drepturile acestora. Rezolvarea problemei/ problemelor cu caracter științific ce au condus la dispunerea unei expertize servește în principiu aflării adevărului, iar exemplarul de evaluare a satisfacției va exprima opinia beneficiarului cu privire la raportul de expertiză. Cât de lămuritor este însă acest formular? El are în opinia noastră mai degrabă un rol consultativ asupra duratei în timp a realizării lucrării – care poate adesea impieta asupra celerității soluționării cauzei, poate să se refere la aspectul ilustrativ, de limbaj și redactare al raportului, dar oare privește el tocmai elementul determinant în apariția aceluia raport de expertiză : caracterul științific? Validarea acelei lucrări o va face organul judiciar prin comparare cu restul probatoriului.

Retoric ne întrebăm: *Care sunt deci criteriile ce ar putea garanta validitatea rezultatelor?*

Plecând de la definițiile expertizei<sup>1</sup> și ale expertului<sup>2</sup> din literatura română de specialitate, dar și de la conținutul textelor de lege care guvernează problematica, desprindem aprecierea că expertizele sunt dispuse când problema în discuție are **un caracter științific care depășește cunoștințele organelor judiciare**<sup>3</sup> (subl.ns. S.A.). Astfel, apare evident că atât constatările experților, cât și concluziile ce se formulează în urma realizării expertizei trebuie să fie conforme cu spiritul științific preconizat. Argumentativ, **spiritul științific este cerut de la toate domeniile de expertiză, fie ea criminalistică, medico-legală, contabilă, etc.** Vom restrânge însă sfera de referință la expertizele criminalistice nu atât din zel partizan, cât din interes pentru o discuție purtată pe domeniul specific.

Rămân însă de analizat criteriile după care se poate aprecia capacitatea unei expertize de a răspunde problematicii cu un cât mai ridicat spirit științific. Să nu uităm că prin concluziile experților se presupune că se exprimă atât **un rezultat al examinării, dar și o opinie de specialitate.**

Magistratul, sau alt organ judiciar nu cunoaște în principiu suficient și nu poate stăpâni dincolo de nivelul informativ, amatorial, problematica complexă a identificărilor criminalistice, chimice, biologie, antropologice, etc. De regulă aprecierile organelor judiciare asupra variilor concluzii fiind întemeiate în general pe concepte absolut personale, subiective, pe consonanța acestor concluzii (ori pe disonanța lor) cu restul probelor, determinate nu atât de spiritul științific, cât de nevoia satisfacerii interesului procesual al promovării unei probe „științifice”.

În lipsa unor criterii de validitate determinate distinct în sistemul juridic din România pe baza cărora organul judiciar poate să evalueze independent valoare expertizelor, ajungem în situații în care observăm cum „obiețiunile” posteroare unei anumite expertize sunt de fapt



simple răstălmăciri ale datelor, făcute mai mult din dorință de a estompa validitatea constatărilor expertului și a induce astfel ideea lipsei de consistență a concluziilor –când acestea sunt defavorabile unei anumite părți. Multe din aceste observații/obiecțiuni nu sunt decât simple exerciții verbale fără suport științific, dar vehemența tonului și aparența de consistență, dublată de o anumită teamă a organului judiciar de a nu fi taxat drept „obstrucțiv” duc la „lămuriri suplimentare” inutile, la o aparență detaliere a unor explicații care au fost *ab inițio* clare.

Pe bună dreptate se întreba Manfred Hecker: „Cum se va descurca un „laic” (din punct de vedere științific) în hățișul datelor complexe, fiind în final „chemat sa ia decizii” bazate pe rezultate cu un pronunțat caracter științific?”<sup>4</sup> Se deschid pe această cale posibilitățile adoptării unor poziții diverse.

Anumite opinii<sup>5</sup> consideră că cel puțin în unele domenii ale expertizelor criminalistice (expertiza grafică, unele probleme de traseologie) problematica este rezolvată mai degrabă pe cale empirică, iar ca atare opiniile formulate de experți ar excede caracterului științific, fiind plasabile în categoria pseudo științelor.

În Codul Procesual Penal German există posibilitatea ca, în mod excepțional, instanța de judecată să decidă asupra unei probleme chiar în lipsa unei expertize<sup>6</sup>.

Achiesăm ideii potrivit căreia statutul științific al unei activități, teorii, etc.. este apreciabil în funcție de capacitatea acesteia de „a fi negată (transformată) respinsă, sau probată”<sup>7</sup> și corespondența metodelor utilizate cu rigorile procedurale juridice și științifice. În concepția lui Popper știința apare ca un proces de evoluție a cunoașterii prin respingerea (negarea) succesivă a teoriilor anterioare care sunt înlocuite de teorii noi cu o putere explicativă mai mare, adică ”teorii mai puțin greșite”.<sup>8</sup> Pe fiecare treaptă a cunoașterii observațiile experimentale au dus la înlăturarea unor teorii (i-au dovedit „falsitatea”), iar noua teorie care putea explica unele aspecte neclare anterior a deschis calea propriei ei negări.

Spre exemplu **mecanica lui Aristoteles** explica intuitiv observațiile unor fenomene obișnuite. Ea a fost negată de **experimentele lui Galileo**, care au fost înlocuite de **mecanica Newtoniană**, iar parte din observațiile lui Newton au fost completate de **Teoria relativității** lui Einstein. Principiile newtoniene aplicate la nivel atomic au fost înlocuite de **mecanica cuantica**. Aceasta din urmă a trebuit să recurgă la concepte intuitive cum ar fi **nivelele energetice, cuantica, principiul lui Heisenberg**, etc.

În literatura română de specialitate nu sunt precizate criteriile pe temeiul cărora se poate aprecia caracterul științific sau pseudo științific al unei expertize. Sunt numeroase lucrări care propun criterii general-acceptate ca științifice pentru problemele supuse examinării. Sunt sugerate metode și metodologii de lucru, există în prezent chiar introducerea a unor standarde de lucru<sup>9</sup>. Există și o lucrare relativ recentă care analizează problemele al care trebuie reflectat propunând chiar și o varietate de concepte cu care trebuie operat spre o mai bună gestionare a problematicii expertizelor grafice.<sup>10</sup> Dar atât...

S-a spus repetat de unele voci relativ recente că libertatea numirii experților ar fi sursa corectitudinii expertizelor și că existența institutelor de criminalistica ale Justiției și Poliției în România ar general monopol și incorectitudine<sup>11</sup>.

Dacă privim problema din perspectiva strict declarativă observația de mai sus ar părea întemeiată. Conceptul însă păcătuiește în opinia noastră pentru că pune semnul de egalitate între expert oficial și tendința de părtinire înțelesă ca „o servire a statului” în calitate de angajator al instituției oficiale pentru cauzele penale.

Atunci cum rămâne cu corectitudinea profesională și respectarea criteriilor științifice?

Credem că faptul că unii experți oficiali ar putea fi suspectați de „servilism” este doar o suspiciune, iar până la proba contrară independența generată de lipsa unei relații mercantile de dependență față de un client sau altul poate fi temei al obiectivității.

Pe de altă parte ne întrebăm: Caracterul comercial al relației *expert privat* – *parte(client)* nu este el însuși generator de suspiciuni, în lipsa unor standarde ce conferă probitate și repetabilitate, a unor norme deontologice clare, aplicabile atât experților din institute cât și celor privați? În literatura străină este acceptată și recunoscută pe de o parte ideea că „nimeni nu se așteaptă ca un consultant (expert privat n.n.) să fie imparțial<sup>12</sup>, iar în principiu sunt necesare reguli de acuratețe cărora să le fie circumscrise opiniile experților indiferent de partea care îi angajează<sup>13</sup>.

Pe de altă parte, *ce facem însă când lipsa unor criterii de apreciere a validității expertizelor, dublată de incapacitatea științifică a celor chemați să le evalueze rezultatele și să le încastreze la locul cuvenit în „puzzle-ul judiciar”, se întâlnește cu expertul privat (sau oficial) ne-onest?*

Credem că răspunsul la această întrebare retorică ar fi unul legat de calitatea, acuitatea interpretativă și rolul pe care ar trebui să îl aibă organele judiciare în evaluare și valorificarea finală a concluziilor expertizei. Vom da câteva exemple:

În cadrul așa numitului „Standard Frye” sau „standard de acceptare generală” determinarea privind admisibilitatea unor probe științifice în cadrul Instanțelor Federale din SUA, aprecierea unei opinii științifice a unui expert bazată pe criterii științifice doar în măsura în care tehnicile (metodele) utilizate sunt general acceptate ca fiind corespunzătoare de către comunitatea științifică a domeniului în care se realizează expertiza<sup>14</sup>. Aplicarea acestui standard impune ca partea ce promovează o anumită problemă să poată prezenta experți capabili a susține validitatea științifică a problemei în discuție. Tehnicile noi, au obligat instanțele prin acest standard să studieze lucrări de specialitate și precedente judiciare asupra anumitor probleme spre a determina temeinicia și „acceptabilitatea lor generală”.

Tot în practica judiciară din SUA a fost introdus standardul Daubert născut și el dintr-o speță (Daubert c/a MerrelDow Pharms.) prin intermediul căreia au fost formulate criterii juridico-epistemologice, care permit instanței să aprecieze caracterul (conținutul) științific (sau ne-științific) al unei explicații oferite de experți.

Departa de a prezuma că toate datele oferite de specialiști sunt corecte, standardul Daubert indică patru criterii ce trebuie avute în vedere:

1. *Teoria sau tehnica utilizate trebuie să poată fi controlabile* citând în acest sens chiar fraza lui Popper : „ Criteriul statutului științific al unei teorii este chiar capacitatea ei de a fi dovedită ca falsă, refutabilitatea sau capacitatea ei de a fi demonstrată”.<sup>15</sup>

2. *Să existe o rată de eroare cunoscută/recunoscută a metodei folosite.*

3. Teoria să fi fost publicată (deci supusă discuțiilor pro-contra n.n.)

4. Să existe un anumit grad de consens al comunității științifice asupra ei.

Practic se impun astfel ca reguli a căror validitate o apreciem ca peremptorie:

- Instanța este cea care stabilește dacă elementele furnizate de un expert au caracter științific;
- Judecătorul este cel care va trebui să asigure faptul că datele furnizate de expert sunt relevante cauzei și sunt fundamentate suficient;
- Concluzia va putea fi apreciată ca având un fundament științific dacă partea poate demonstra caracterul metodologic științific corect al acesteia.

Rezultă deci că întreaga sarcină a aprecierii caracterului științific al unei expertize (opinii profesionale) rezidă în priceperea cu care organul judiciar (Curtea) va putea desluși “cărările științei”.

*Cum va putea însă aprecia un organ judiciar calitatea științifică a unui expert?*

Reglementările din România nu cuprind prevederi specifice asupra nivelului ori pregătirii de specialitate, ci doar condiția studiilor superioare de lungă durată dovedite cu diploma de studii<sup>16</sup>, presupunându-se că o persoană angajată ca expert are la îndemână și stăpânește un aparat științific teoretic, aplicativ și cognitiv corespunzător corectei soluționări a problemelor cu care este sesizat.

*Evaluarea calificării experților* este realizată în Polonia prin diferite moduri în funcție de instituția de ei provin. Legea polonă mai prevede că realizarea unei expertize criminalistice în cadrul unei cauze supuse justiției este precedată de o etapă pregătitoare în care organul judiciar cheamă expertul și îl consultă asupra utilității expertizei, obiectivelor, disponibilității metodelor și tehnicii necesare. Ordinul ministerului de Justiție nr. 18/1987 prevede pentru experți vârsta minimă 25 de ani și cunoștințe tehnice și practice speciale într-un anumit domeniu, ce vor fi probate prin documente corespunzătoare : diplome universitare, certificate de parcursarea anumitor cursuri, documente care confirmă experiența practică în anumite domenii.<sup>17</sup>

Mult criticat de unele voci, sistemul expertizelor criminalistice din România a suferit în decursul ultimilor ani transformări semnificative sub aspectul implementării procedurilor și standardizării. După admiterea în Rețeaua Europeană a Institutelor de Criminalistica ENFSI <sup>18</sup> a celor două institute de expertize criminalistice din România, acestea au trecut la implementarea standardelor de laborator ISO CEI 17025 pentru diferite domenii de expertiză. Cerințele de calitate și trasabilitate a obiectelor și documentelor impuse de aplicarea standardului amintit fac mult mai riguroase traseele pe care acestea trebuie să le urmeze, permit evaluarea calificării experților participanți, a aparatului folosit, a pașilor metodologici necesari<sup>19</sup> și a celor adoptați de expertul care a realizat lucrarea. Credem însă că, cel puțin sub aspect formal, legislația a rămas în urmă, cât timp experților angajați de parte nu le sunt cerute egale dovezi ale aplicării aceluiași standarde de calitate, dar li se permite să realizeze un anume gen de “supraveghere *sui generis*” a muncii experților oficiali.

Cu toate acestea, credem că deși constituie un pas spre progres sub aspectul asigurării unor standarde de calitate, atât timp cât ele nu sunt de aplicare generală obligatorie, ci sunt doar asumate de unele entități de specialitate, iar pe de altă parte ele nu sunt însoțite și de soluții echitabile ce ar permite referirea la un Consiliu capabil să judece problemele

(încălcări, dispute, erori) și sub aspect științific, problematica rămâne oarecum nefinalizată, iar validitatea rezultatelor va putea fi contestată la nesfârșit.

1. *Revizuirea prevederilor din anumite standarde cu adaptarea lor la specificul criminalistic al acestora și la specificul domeniului pentru activitatea căruia servesc expertizele este una din direcțiile necesare de acțiune pe care le considerăm adecvate și necesare.*

2. *Formarea unei școli naționale de experți criminaliști – sub egida Ministerului Justiției, dar cu sprijinul științific și profesional al celor două Institute de Criminalistică active la acest moment.*

3. *Finalizarea implementării legislației din domeniul expertizelor criminalistice.*

4. *Asigurarea unei formării și informării continue în domeniul pregătirii, dispunerii, realizării și valorificării expertizelor criminalistice a “actorilor” principali ai procesului judiciar: magistrați, experți, polițiști.*

---

\* Conf.univ.dr., UBB Cluj-Napoca, expert criminalist. sorinalamoreanu@yahoo.com.

<sup>1</sup> A se vedea în acest sens: Colectiv *Dictionar de Criminalistică*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1974, pag. 67; E. Stancu, *op. cit.*, 1997, pag. 54, INEC, *op.cit.*, pag. 6.

<sup>2</sup> Idem, pag. 17.

<sup>3</sup> Art. 116 C.Pr.Pren.

<sup>4</sup> M. Hecker, *Handwriting and Science* in Contemporary proof of a Document, UWB, Wroclaw 2000, pag. 113,114

<sup>5</sup> R. Huber, *Galileo's revenge, Junk Science in The Court Room*, Basic Books, New York, 1991 pag. 177

<sup>6</sup> R. Keller, *Applying Scientific Methods Against Rationalism Admitting of Evidences in Penal Process?* Archiv fur Strafrecht, Vol. 146, 1999, pag. 255-271

<sup>7</sup> K. Popper, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*. Routledge, London, 1963, p. 67.

<sup>8</sup> Pentru Popper falsificarea (modificarea) metodologică a cunoștințelor înseamnă transformarea succesivă a grupurilor de de concepte care formează o teorie, Astfel, savanții sunt obligați la un moment dat să accepte sau să respingă un anume grup de idei. Ei trebuie să decidă prin adăgarea de ipoteze *ad hoc*, a căror acumulare la rândul său va impune decizia de respingere a conceptelor anterioare devenite inacceptabile pe temeiul noilor nivele de cunoaștere științifică.

<sup>9</sup> Standardul ISO CEI 17025 este implementat la nivelul INEC și IC al IGPR pentru mai multe domenii de activitate.

<sup>10</sup> A. Frățilă, *Etiologia bolilor expertizei grafice*, Ed. TIBO, 2008, pag.26.

<sup>11</sup> Timpolis 20 - 23 noiembrie 2008, citându-l pe C. Grigoras- la acea dată director adjunct al INEC. <http://www.sojust.ro/>

<sup>12</sup> P. Taruffo, *La prova scientifica nella recente esperienza statunitense* Rivista Trimestriale di Diritto e Procedura Civile, Milano, 1996.

<sup>13</sup> În cadrul Regulilor federale a probelor din SUA, art. 706 prevede că: *Instanța poate decide din proprie inițiativă, ori la propunerea părților să explice motivul pentru care un expert nu poate fi acceptat, putând cere părților în litigiu să propună numele altora. Curtea poate numi orice expert acceptat de părți, sau îl poate alege ea însăși.*

- <sup>14</sup> Acest standard s-a născut prin soluție dată în procesul Frye c/a SUA (D.C. Cir.1923) care discuta admisibilitatea testării cu poligraful ca probă în instanța. Curtea a apreciat că Regulile federale privind probele stabilesc limite corespunzătoare de admisibilitate asupra probelor științifice cerând judecătorului să se asigure că opinia expertului are o motivare temeinică.
- <sup>15</sup> Popper K. *op. cit.* pag. 67.
- <sup>16</sup> Pentru experții oficiali ai INEC conform prev. Ordinului M.J. 441/c? 1998 art. 27 al.1 lit. B , iar pentru experții privați OG nr. 75/ 2000 art. 4 lit. c.
- <sup>17</sup> R. Ciesla, *op. cit.*, pag. 77.
- <sup>18</sup> Institutul National de Expertize Criminalistice a fost admis în anul 2000, apoi Institutul de Criminalistica al IGPR în 2005.
- <sup>19</sup> Sunt realizate la nivel de institut și apoi implementate de către laboratoarele din teritoriu pentru fiecare gen de expertiză în parte așa numitele „Manuale de bune practici” care indică metodologia utilizabilă în diferitele examinări, cerințele de calitate pentru aparatură, criteriile de evaluare a pregătirii personalului în funcție de treptele profesionale și domeniile de competență.

Conferința internațională de Criminalistică  
*Clasic și modern în obținerea și valorificarea științifică a probatoriului*  
Cluj-Napoca, 13-15 iunie 2015

**TESTING PROCEDURE OF THE POLYGRAPH EXAMINATION**

**Dr. Árpád BUDAHÁZI\***

**Abstract:** *There are several methods to examine the testimony, and the same applies to the instrumental methods establishing the truth. The legislator shall only allow the use of the appropriate methods and instruments seeking the truth. In Hungary the most common method for the instrumental examination of the testimony is the polygraph, which provides relevant information for a criminal case. It is conducted with the involvement of an advisor and allows the advisor to conclude, from the physiological changes, generated by the denials of the person being tested, whether the denial was trustworthy, i.e., whether the answer to the question asked by the advisor was deceiving. The polygraph is used by the Hungarian law enforcement authorities since the end of the 70s, after the technical and methodological foundations were created. During the first few years of the use of the polygraph most of the concerns were raised regarding the scientific nature of the examination. The main reason for that was that in the 60s it was regarded as a "capitalist pseudoscience", it was believed that the application of the polygraph prejudices the fundamental principles of the criminal procedure. These days there have been doubts about the validity of the polygraph, and this makes the biggest dispute on this instrument. The goal of this study is to review the operation of the polygraph. The study presents the course of the examination and reviews the questioning techniques (the concealed information tests and the control questions technique) and presents these through a concrete case.*

**Keywords:** *polygraph, polygraph examination, testee, adviser, Control Questions Test, Concealed Information Test*

## **1. The course of the polygraph examinations**

Polygraph examination methods are not the same in every country, even in Hungary there are differences between advisors. In the following I will demonstrate what happens in the examination room with the help of a widespread examination methodology in Hungary.

### **1.1. The Consultation**

During the preparations the polygraph examiner discusses the testee and the given criminal case with the official in charge of the case. The adviser generally asks the following questions:

- What is the case?
- Who is the testee? How is he connected to the case?
- What does he know about the case (from the media, from the police etc.) and what doesn't?
- Does he agree with the examination? (Kerekes 2015)

After being answered the examiner studies the documents of the investigation, establishes the aims and directions of the examination and defines the data needed to be clarified by the examination. Then he elaborates the sequence of questions and defines the course of the examination. According to the practice the advisor compiles 4-6 sequences of questions in advance, expecting that the testee will say at a critical question that he has already heard the right answer from somebody. In this case that sequence of questions can not be used, so some more sequences of questions come handy. Before the polygraph examination he again discusses the case with the person in charge if needed.

### ***1.2. The interview before the examination and the discussion of the test questions***

After the preparations the examination starts with a preliminary interview, during which the examiner decides if the examination can be performed on the testee. The polygraph examiner must have a clear picture of the state of health of the testee as well as his intellectual qualities and self-awareness. The examiner asks questions from the testee, like: Do you smoke? Did you take drugs in the few days before the examination? How many hours did you sleep before the examination? Etc.

Although the examiner prepared control questions on the basis of the documents of the investigation this short talk is a good means to find out some more control questions if needed. A good control question is the basis of the examination and must be followed by a negative answer.

It is important that it must not be a routine question (for example. "Have you stolen anything in your life?" "Have you ever hurt somebody?") otherwise it will not fulfil its task, and might lead the examination astray if the non-guilty testee is more afraid of the critical (or relevant) questions than the control questions. A way to find good control questions is to ask the testee whether he has taken drugs, then inquire if he has tried hard drugs and if the examiner gets a positive answer he asks if he has ever tried to sell drugs. According to practice the answer to this question is negative because the testee knows that it is more serious crime. This way the examiner can have a good control question, supposing that a person taking hard drugs usually sells them. If he does not, the examiner asked a bad control question, which might result in inaccurate result. Questions about the profession may be useful in finding a good control question, because there are some jobs which might go with different, irrelevant crime (if somebody is a driver he might have stolen some petrol from a car). It is also a good idea for an ideal control question if the examiner knows about an earlier robbery case of the testee, in which he denied the crime and was cleared in default of sufficient evidence. The question concerning the robbery might be a good control question provided that he did commit it, but it is not sufficient if the actual case is in connection with a lesser crime than robbery, if it is more serious (for example manslaughter) then the question is suitable. During

the interview the examiner keeps an eye on the behaviour of the testee and decides if he is suitable for the examination and alters the prepared sequences of questions if necessary. He must also make sure about the consent of the subject and ask him if he maintains his decision to participate. If he maintains his consent and there are no other factors prohibiting the examination the examiner informs the testee about the essence and course of the examination and discusses the questions with him in the same order as they will be asked. At the end of this procedure the testee gives his consent again and the examiner places the sensors of the polygraph on him.

In the USA a good polygraph examiner is considered to be friendly and reassuring. He can behave so by starting conversation with the testee about topics like fresh news, weather, TV programmes or sport. According to Janniro the conversation must never be started with questions because it implies that the examiner is an accuser as well. He must be interested in the case and sympathetic. The examiner must not behave in a disparaging and sarcastic way as a rule, and he must not shout or be hostile with the testee. Janniro believes the testee must not perceive what the examiner thinks of him and his role in the case. (Janniro 1991. pp. 32-33)

### **1.3. Applying question techniques**

Questions are asked by the examiner in sequences organized by pre-defined rules. A sequence contains 7-14 questions, so allowing 20-25 seconds for each question the examination takes 5 minutes approximately. During this time the testee must sit still. The examination is successful if the testee believes that he is revealed if he lies. The examiner tries to make the testee be afraid of being revealed. During the examination the examiner does not tell the testee how he reacted to the questions only implies it. He does it to get more unambiguous answers and make the testee react stronger to the critical questions.

Hungarian examiners examines usually in the following way:

- 1) Control Question Test - CQT
- 2) Card test
- 3) Control Questions Test - CQT
- 4) Oral stimulation
- 5) Control questions test ( with shuffled questions)
- 6) Concealed Information Test - CIT
- 7) A silent or a Yes test in some cases (Horvath-Reid 1972. p. 285)
- 8) In some cases a Control Question Test
- 9) Terminating polygraph examinations

#### **1.3.1. Control Question Test**

In the CQT critical questions (“Are you sure, that you know who killed Pista?” “Did you give any help intentionally with killing Pista?” “Did you kill Pista?”) and control questions (“Have you ever stolen petrol?”) are mixed with neutral questions (“Is it Tuesday today?”). The control question “refers to an unpleasant and hidden action of the testee, which can not be in connection with the given crime.” (Kertész 1990. p. 107) If the control reaction is strong, i.e. the reaction of the testee to the control question is stronger than his reaction to the critical



question, then he is supposedly did not commit the crime and does not know who committed it either. If the control reaction is strong the testee is probably sincere, but to be on the safe side CIT is also performed to exclude the possibility that the testee knows some relevant information, for example in our case he knows who killed the victim or maybe he is the offender. According to past experience the physiological changes are stronger with non-guilty testees at the control questions, while in the case of guilty testees it is just the opposite, the reaction indicating deceit is weaker with this questions and stronger with critical questions.

The so called "card test" is an accompanying procedure of the CQT. The testee pulls a card from the pack then the examiner asks one by one which card he is holding in his hand. The testee must give a negative answer to each question and the examiner finds out the card with the help of polygraph. The card test is reassuring to the non guilty testee, because he knows that finding out the right card proves the dependability of the polygraph and it will show that he did not commit the crime.

In the USA card test is not usually used, a so called demonstration test is performed (Krapohl 2010. pp. 1-8) and the other difference is that it is not performed after the first sequence of questions but at the beginning of the examination. The testee is asked for example to think of a number and the examiner tries to find it out.

Another stimulation test consists of the following steps:

- 1) The testee is informed about the questions in advance.
- 2) The testee is told that the polygraph will be set by a special test.
- 3) He is assured that the test will not be difficult and he will be told the questions before the test.
- 4) The testee is told that a neutral question will be asked first. His name will be asked for example.
- 5) It will be followed by another neutral question, for example about his place of birth.
- 6) In connection with the third question he will be told a simple math problem, which he will have to solve. For example:  $6 \times 6 - 11$  (It is used because the examiner wants the testee to think before he answers.)
- 7) Then he is told that he will be asked if he had taken drugs or medicine on the day of the examination.
- 8) The fifth question: "Do you intend to give sincere answers to the questions of the test?"
- 9) After they finished with discussing the test questions the testee gets some time to prepare for the examination.
- 10) They start the examination, there are 20-25- second-long brakes between the questions.
- 11) The examiner keeps an eye on the changes of reactions at each question and draws conclusions about the testee. (Krapohl 2010. pp. 2-3)

In Hungary the demonstration test, the card test, is followed by another sequence of control questions and the examiner checks if there were any physiological changes at the critical questions of the second sequence compared to the critical questions of the first sequence. If there were he might come to the conclusion that the testee committed the crime but he can not be absolutely sure about it.

The sequence of questions after the card test has great significance because the non guilty testee starts to feel uneasy at the control questions and the perpetrator at the critical questions. Both are aware after the card test that the instrument will reveal their insincerity. After the first sequence of questions far-reaching consequences can not be drawn, because the testee is usually afraid, has angst from the examination, thus the results are not valid in most cases.

The second sequence of questions is usually followed by oral stimulation. The examiner draws the attention of the testee that he is not sure in the sincerity of his answers. He does it in order to make the testee react even stronger to the critical questions of the third sequence of questions if the card test was not stimulating enough. The examiner changes the order of the questions of this sequence.

### *1.3.2. Concealed Information Test*

In the second part of the examination sequences of CIT are used by the examiner to check the knowledge of the offender of the testee and find out if he knows any information that probably is known only by the perpetrator of the crime but non guilty testees are unaware of, unless they received relevant information. CIT is usually applied with witnesses because they typically have little information about the case (If they are not perpetrators). CIT is based on the principle that the physiological changes of the perpetrator are the strongest when he hears the critical questions (“Do you know it for sure that Pista was shot down?”) and in case of non guilty testees – as he does not know the circumstances of the crime – the physiological changes are not stronger at critical questions than at neutral, irrelevant questions (“Do you know it for sure that Pista was strangled?” or “Do you know it for sure that Pista was hanged?”). During the examination blood pressure is found to be rising until the critical question and then it starts to fall.

Two types of CIT are used. In the first case “the examiner does not know the answer either, the aim of the test is not to check the sincerity but to reveal relevant information” – sums up Imre Kertész the essence of the method. (Kertész 1990. p. 110) In this case the number of perpetrators is asked for example (“Do you know that ... people killed ...?” In the real case the testee’s reactions were the strongest with one perpetrator.) (Heves County Police Headquarters 10000-116/2006.) or the time of the criminal offence. It is usually known when the victim was last seen and when his corpse was found, the period of time between the two dates is divided into equal parts. A similar sequence of questions is compiled in connection with money stolen from a safe. It is known when it was seen in it last time and when its disappearance was discovered. In a case HUF 8.100.000 disappeared from a furniture safe. The question of CIT was “Do you know that the money was stolen between ... and ...?” From the reactions of one of the testees it could be concluded that it had been stolen on Saturday between 0 and 6 o’clock. It was interesting that his reaction were the same to “between 0 and 3” and “between 3 and 6 o’clock”. (Bács-Kiskun County Police Headquarters 22/2007) In cases of disappearance the questions are aimed at the way the victim was killed and the place of the corpse.

In the second type of CIT particular details of the case are unknown by the public but the investigative authority and the examiner know them. The question in connection with the detail of the case is the critical question, and it is put among the neutral questions by the examiner. In this way he can make sure if the testee has any information about the details of the case. At first those questions are asked to which the examiner expects strong reactions when he examines the perpetrator. A sequence of questions of this type can refer to the way of the murder or the sum of the stolen money. In the latter case the examiner must be careful as the victim may exaggerate even if it was a burglary and he would like to get more money from the insurance company. Because of the exaggerations of the victims the examiners ask about the TV set and not the jewellery as the chance that the TV was stolen is bigger.

In both types of concealed information tests the compilation of the questions is more difficult if the testee has relevant information in connection with the case. It generally happens when the suspect has already been interrogated because the investigating authority usually told him some information. It is easier to compile the questions with witnesses as they usually do not know the details of the case.

If the testee reacts (i.e. physiological changes can be detected) to the critical questions of two or three sequences of questions the examiner finishes the examination. If it can not be decided whether he has the knowledge of the offenders more sequences of questions are asked (even the same sequence repeatedly), which does not mean that a longer examination is capable of revealing that the testee has the information unknown to other people besides the perpetrator.

According to the practice in the USA if the examiner is convinced that the testee is insincere he does not ask any further questions but tries to get a confession of guilt from him. (Janniro 1991.p.67) Contrary to the USA the minutes of the examiner is presented to the court thus Hungarian examiners try to illustrate the reactions of the testee at as many critical questions as possible.

### *1.3.3. Technique of questioning illustrated by a particular case*

Nógrád County Police investigated on the bases of well-founded suspicion in a murder case violating the Subsection 1 of Section 166 of the Hungarian Criminal Code (Btk). It accused Géza Cs. that he had murdered Mónika O. in January 2002. (Nógrád County Police Headquarters 130/81-25/2004.)

The suspect denied committing the crime so the investigating authority asked his polygraph examination two years later.

The examiner asked the following critical questions in the CQT:

1. Did you kill Mónika?
2. Do you know it for sure where Mónika is now?
3. Do you know if Mónika has been killed by somebody?

The testee gave a negative answer to all three questions. The examiner established that on the basis of physiological changes the testee had given insincere answers to the critical questions.

Then ensued the CIT to help the authorities get to the information they did not possess earlier. The testee gave negative answers to all of the questions. The aim of the first sequence of questions was to reveal how the victim had been murdered:

Do you know it for sure that Mónika was

1. electrocuted?
2. poisoned?
3. strangled?
4. shot down?
5. struck dead?
6. hanged?
7. stabbed to death?
8. hit by a car deliberately?
9. killed in an unintentional accident?

The polygraph examiner measured the strongest changes after the fifth question (struck dead).

The aim of the next sequence of questions was to reveal the instrument of the crime:

Do you know it for sure that Mónika was killed by

1. a revolver?
2. a screwdriver ?
3. bare hands ?
4. a brick ?
5. a baseball bat ?
6. an axe ?
7. a piece of wood ?
8. an iron tube ?
9. a tool ?
10. a pocket knife ?

The testee gave the strongest physiological reactions after the ninth (with a tool) question.

The aim of the third CIT was to find out how many people took part in the crime according to the knowledge of the testee. The number of people from 1 to 7 was asked in a mixed order in the following way: "Do you know it for sure that ... people killed Mónika? The testee gave a negative answer to all the questions but his reactions were the strongest with the question about two perpetrators.

Then the examiner tried to find out the place of the corpse.

Do you know it for sure that Mónika was

1. put into slaked lime?
2. burnt?
3. thrown into a lake?
4. dug?
5. thrown into a river?
6. put into a sewage canal?

7. thrown into a well?
8. hidden in a building?
9. hidden in a forest?
10. hidden on a building site?
11. hidden in a cellar?
12. hidden by a road?
13. thrown into an animal corpse disposal well?
14. hidden in an industrial estate?

The testee gave negative answers again. His reactions were the strongest after questions number 4, 9 and 12. On the basis of the test it was revealed that the corpse had been dug near a forest road.

The aim of the fifth sequence of questions was to find the exact place where the corpse was dug:

Do you know it for sure that the corpse of Mónika is hidden

1. at Salgó-kapu?
2. at Szállásbérc?
3. at Salakhegy?
4. at Órhegy?
5. at Ponyi-puszta?
6. at Kútház-valley?
7. at Művésztelep?
8. at Pécskő-puszta?

At this sequence the strongest reactions were measured after the fifth (Ponyi-puszta) question. After defining the exact place of the corpse the examiner asked about the identity of the other perpetrator:

Do you know it for sure that the other person contributing in the crime was

1. P. Arnold?
2. L. József?
3. G. Mihály?
4. H. Attila?
5. Cs. Sándor?
6. O. Géza?
7. O. Ferenc?

In this last sequence the strongest physiological changes were measured after hearing the name of Cs. Sándor.

After the examination the suspect having been confronted with the result confessed committing the crime (murdering his cousin) and showed the place where he had dug the corpse.

#### 1.4. Terminating polygraph examinations

CIT can be followed by a silent test (the testee has to answer the questions only in thought) or a YES test in certain cases. In YES tests the advisor calls the attention of the testee to the fact that denying committing a crime is a lie such as admitting a crime that he has not committed. Then he asks him to give a positive answer to all of the questions in the CQT, even to those ones he earlier gave a negative answer to. The polygraph examiner watches the behaviour and physiological reactions of the testee so he can come to new conclusions in connection with the examined person. In the end if the advisor thinks it useful he can repeat the CQT.

At the end of the examination the testee is asked in an interview why he reacted so to certain critical questions. According to Janniro if the testee confessed the crime the examiner must encourage him to continue, but his reaction must never be judgemental after the encouragement and the confession. (Janniro 1991. p.67) An encouraging sentence could be useful, such as. "Good, Mike, that is what I thought all along." According to past experiences the examined person will continue the confession. Then the most important aim is to make him reveal his role in the perpetration of the crime. Questions focus on the elements of proof must be asked then and they must be formulated in a way that they require short answers from the suspect. After the suspect confessed the crime and told the whole story another set of questions are asked regarding the details of the case. Before asking the suspect to write down his confession the examiner has to make the suspect confess orally. He can ask such questions as:

- Who else knew about this?
- What happened next?
- Where is the money now?
- When did it happen?
- How many times has this happened before?
- Why did you do it?

When the polygraph examiner thinks that the suspect made a full confession he has to ask him to put it into a written format. "Don't wait - as soon as the suspect regains his problem solving capabilities, he is going to start questioning himself, and the fact that he has admitted to the crime." (Janniro 1991. pp. 67-68) Contrary to the USA, where the polygraph examiner is a member of the investigative authority, thus he is entitled to interrogate and the polygraph examination itself is a special, instrumental interrogation, in Hungary the polygraph examiner can not get a full confession as it must be obtained by the investigative authority. There are some examples in Hungarian practice that at the end of the minutes the advisor records what the suspect said in connection with the crime - actually his full confession - after he was confronted with the result of the polygraph examination. It is controversial whether these statements can be used as evidence, especially when the suspect signs this part of the minutes - as it sometime happens – thus verifying that he had made them. In my view it can not be used as evidence as the examiner is not entitled to interrogate and he can not call the attention of the suspect to tell the truth. He can only encourage the suspect to tell the investigative authorities the same things that he told him. According to the American practice

interrogation done by a member of the authorities can result in evidence without any reservation. If a member of the interrogative authority and not an independent expert were entitled to perform the examination in Hungary, the polygraph examination would not result in evidence since the member of the interrogative authority is not entitled to produce evidence in an interrogation performed by him.

#### *1.4.1. Procedural acts following the polygraph examination*

In an ideal case the polygraph examination is followed by an interrogation as soon as possible so the investigator in charge of the case stays in the neighbourhood of the examination room to be able to consult about the results with the examiner after the end of the instrumental lie-detection.

If the reactions of the testee were not unambiguous the examiner tell the investigator that it was not the suspect who committed the crime, but later when he compiles the minutes containing the results of the examination he can come to other conclusions after reviewing and evaluating the collected data. Without unambiguous changes in the reactions of the suspect the opinion of the expert is quite elusive. The authorities are also aware of the doubts and supposedly not only the phrases “deceptive”, “non-deceptive”, “can not be decided” are used in the minutes referring to the answers to the questions asked by the examiner but also the number of the questions to which the answers were unambiguous and the reactions strong. The uncertainty of the examiner may cause that the suspect considered falsely not guilty is not interrogated right after the examination thus the chance to get a full confession from him diminishes, because it can be expected with high probability only if he is confronted with the result of the examination right after the test.

If the suspect is interrogated by the investigator, he may give a full confession or keep silent. If he does not make a confession and does not say anything to the examiner in connection with the criminal offence the polygraph examination was not necessarily in vain because its aim might have been to reveal his knowledge of the offender or the exact place of material evidence, which can be found by the authority in an ideal case. If there is no material evidence and confession, the examination may be an argument for or against the investigation against the suspect, or in the case of witnesses whether to be accused with committing crime or regarding them as witnesses in the future, too.

## **2. Practical experiences of using polygraph**

### ***2.1. Polygraph examination in case of unidentified perpetrator***

If the identity of the perpetrator of a criminal offence is unknown the aim of the polygraph examination is to help in identifying the offender. In this case the CQT aims to reveal whether the testee committed the offence, and whether he knows who did it. CIT is used to find out if he has knowledge of the offender or may help the authorities to find hidden material evidence or evidence in unknown places.

### 2.1.1. Polygraph examination in cases of manslaughter

In cases of manslaughter – similar to other criminal offences - the authorities try to get an answer to the most basic question with the help of polygraph, that is whether the examined person is the perpetrator. A witness was examined by polygraph in a case when - according to an investigation - the victim was pushed out of a train from Miskolc between Galgahévíz and Hévízgyörk and suffered lethal injuries. The CQT aimed to reveal if the examined person was involved in the criminal offence. The testee gave negative answers to the critical questions (1, Did you push the young woman out of the train? 2, Did you collaborate in the commission of the crime? 3, Do you know who pushed the young woman out of the train? ) and the examiner could not find signs of deceit in any of his answers. (Pest County Police Headquarters 272/2008.)

If authorities believes that the examined person is the perpetrator than they suppose that according to the circumstances his involvement can also be revealed (offender, abettor, coactor ). In another case the examined person was accused of manslaughter with exceptional brutality to the injury of an individual under 14. The investigative authority wanted to clarify if the testimony of the suspect was truthful or he tried to deceive the authority in connection with the course of the offence and the coactors. According to the findings of the investigation in 2010 H. Gábor abused his child by hands, with a belt, a wooden spoon for 20-30 minutes. Following the abuse the victim felt ill and died in a hospital on the same day. The following critical questions were asked in the CQT:

1. Did you kick Gábor or stamp on him?
2. When beating him did you use any other instrument beside the belt and the wooden spoon?
3. Did you ever tie Gábor with anything?
4. Did you punish Gábor by denying him food or drink?

The suspect gave negative answers to all four questions, the truthfulness of his answer to the first question could not be decided by the polygraph examination, he gave deceptive answers to the second and third questions, and he gave a true answer to the fourth one. The questions of the CIT aimed to reveal the number of perpetrators. He gave a positive answer to the question containing a sole perpetrator, and negative ones to the others, but the examiner recorded in his opinion that “Definite indication can not be experienced at any items.” Thus the result of the polygraph examination suggests that he probably committed the offence on his own. (Pest County Police Headquarters 291/2010)

Polygraph examinations can also reveal if the examined person has any information concerning the identity of the offender. The testee accused with manslaughter was asked the following critical questions in the CQT:

1. Did you abuse your mother on January 28th?
2. Did you cooperate in the criminal offence against your mother?
3. Are you sure that you abused your mother on January 28th?

The suspect gave negative answers to all three questions, but according to the examiner the answers were deceptive. (Budapest Police Headquarters 01000/735/2010)



The authority can also get an answer to the question whether the examined person has knowledge of the offender. According to the data of the investigation an elderly woman was stabbed to death and the CIT aimed to reveal if the testee knew what was on the table at the time of the manslaughter:

Do you know that at the time of the manslaughter there was ..... on the table?

1. bottled apple
2. apricot jam
3. sour cabbage
4. cucumber prickles
5. mixed prickles
6. bottled plum
7. bottled pear
8. peach

(Hajdú-Bihar County Police Headquarters 340-2/2009)

If the testee is guilty the methodology of the examination helps the investigative authority to find unknown data in connection with the offence, those that can have evidentiary relevance. Polygraph is most successfully used in manslaughter cases because this offence leaves such a strong stamp on the mind of an average offender that he is unable to behave indifferently in connection with this type of crime and the possible future punishment is severe. But it is the case only with average offenders because with psychopaths no physiological changes can be detected at the questions referring to the crime.

It is typical with a manslaughter case that the procedure is started as a case of disappearance. Following the polygraph examination – after collecting the evidence – the case can be qualified as a manslaughter one.

#### *2.1.2. Polygraph examination in cases of disappearance*

If the disappearance of a person is absolutely baffling and circumstances indicate that criminal offence might have been committed the police examines that person with polygraph in whose interest the supposed manslaughter might have been. In cases of disappearance the possibility of suicide also must be considered.

In a case of disappearance a well-balanced man of over 60 lived in a family house with his sister, her husband and their child. A few days before Christmas when only he and the child stayed at home, he had lunch and left the house. According to the testimony of the child he did not go by bike as he routinely had done. The administrative procedure revealed that he had taken loans although his pension was rather high, and no one knew what he had spent the money on. The police found that he had regularly supported the child of his sister. As the police could not explain the disappearance it performed a polygraph examination, which indicated that no criminal offence had been committed. A week later the corpse of the man was found, he hanged himself. This case illustrates that excluding criminal offence can also be a successful result of a polygraph examination.

In another case of disappearance crime could be suspected due to the circumstances, but even the polygraph examination could not help. Based on the facts of the investigative

authority, the husband, his wife and their child lived in the same house, but the parents quarrelled frequently, and later the wife had a new common-law spouse who also moved into the house. The woman and her spouse had a baby and the man sold his house and used the money on refurbishing his new home. Later – according to the suspicion of the investigative authority - the first husband and the woman strangled the spouse while he was asleep. The polygraph examination was performed five years later and it could not only reveal that based on the physiological reactions of the testees manslaughter could have happened but also that the corpse might have been carried out of the town and dug near a bridge over the river Tisza. The ex-husband and the wife denied committing the offence so in the absence of a full confession the questions of the polygraph examination were aimed to reveal the exact place of the corpse. The investigation was difficult as the corpse had probably been carried away by car, so it was great help that the examiner defined the possible place of the corpse in the neighbourhood of one of the bridges over the river Tisza. If it had been dug in a garden or in the yard of a summer house there would have been a good chance finding it. Since the corpse was not found and there were no full confessions and evidence the criminal procedure was not started.

The next case illustrates how successful polygraph examinations can be in spite of shortages in the investigation procedure, but it needs a cooperative suspect, who makes a full confession after being confronted with the result of the examination. The offender spent more than 10 years in a penitentiary institution because of manslaughter and after being released started working in a plant. One day he lured a girl into the plant promising a turkey to her father. Then he started to be violent with her, started to strangle her and wanted to rape her when he was disturbed by some people arriving at the plant, so he let the girl go. The investigation started and he confessed that he would have killed the girl if he had not been disturbed because he had not wanted to get into trouble because of the girl. A case of disappearance was also attached to this case: a friend of the almost raped girl disappeared and the man was the main suspect. He denied the criminal offence, but the polygraph examination indicated that he might have dug the corpse in a garden, but failed to reveal the exact location. When he was confronted with the result of the examination he did not make a confession but three weeks later he confessed committing the criminal offence and showed the place where he had dug the corpse.

In cases of disappearance the main aim of the polygraph examination is not to establish the truthfulness of the testee but to find material evidence, in this case the corpse, since without it the procedure is usually not started. The sequence of CIT questions had the same aim, when it focussed on the place of a new-born baby. The examiner found the negative answer to the question “Did you throw it into the river?” deceitful but also noticed weak reactions at the questions: “Did you put it into slaked lime?” and “Did you throw it into a well?”. (Jász-Nagykun County Police Headquarter 29/2009.)

The result of a polygraph examination alone is not enough to start the investigation procedure, it needs a corpse or a confession or some material proofs, for example a bloodstain or a piece of hair of the victim in the boot of a car if the corpse was transported by car.

According to criminological practice the majority of disappearance manslaughter cases are committed by offenders of clear criminal record (usually a family member, a friend or a neighbour), who have not been involved in criminal procedures even as a witness, and they rarely refuse the polygraph examination. Those who have been involved in criminal procedures usually refuse the examination either because they know the method or they are afraid that other offences will be revealed if they are tested as they generally have committed other offences earlier.

### *2.1.3. Defining the exact number of offenders*

After the authorities mapped the network of personal relations of the testee before the polygraph examination, the instrumental test can reveal the identity of the coactor – if the presence of coactors is supported by the physiological changes. Polygraph examination was used in the fraud case committed to the injury of a Budapest citizen when the police tried to find out if the testee played any role – and if he had, what exactly – in it. The following questions were asked in the CQT:

1. Do you know it for sure who withdrew the money from M.K.’s account?
2. Did you get any of the money fraudulently withdrawn?
3. Did you help anyone purposefully in committing the fraud?

According to the examiner all three negative answers were deceitful. The CIT aimed to reveal the exact number of the perpetrators. The strongest reactions were observed at the answer to the question containing two perpetrators and weaker reactions to the question containing three perpetrators. (BRFK XIV District Police Headquarter 154-264/2004.)

It is not enough to accuse somebody if the presence of a coactor is supported only by the polygraph examination or only one or two witnesses recognised him. Further evidence is needed. The Nógrád County Court stated” on the basis of the findings of the evidentiary procedure the culpability of the defendant in the second degree is supported only by the expert’s opinion on the polygraph examination contrary to the consistent denial of the defendant. But according to the opinion of the County Court this sole evidence is not enough to establish the culpability of the defendant in the second degree without any doubt, thus referring to the Paragraph b) of Subsection (3) of Section 6 of Be. (Act on Criminal Procedure) the Court clears the defendant of second degree of the charges for lack of evidence according to the Subsection (1) of Section 331 Be. (Nógrád County Court, 6.B. 17/2008/117)

If the investigative authority possesses a confession or traces from the perpetrator or the alibi of the coactor is contradictory, the suspicion can be substantiated and the suspect can be informed. In the lack of the above mentioned evidence accusation can not be made, but polygraph examination may orientate the investigation towards successful results. In a robbery case the aim of the polygraph examination was to clarify the testimony of the witness, in which he said that he had been forced by arms to give the income and tokens of his workplace to the offender. The investigative authority argued for the necessity of the examination claiming the testimony contained contradictions and was not realistic. The CQT included the following critical questions:

1. Do you know the name of the person who stole the 35 thousand Forints?
2. Did you cooperate in stealing the 35 thousand Forints?
3. Did you steal the 35 thousand Forints?

According to the examiner the negative answers to questions 1 and 3 were deceitful, and he could not form an opinion on the trustfulness of the negative answer to the second question. (Vas County Police Headquarter 48/2006.)

Polygraph is not only used to reveal the possible coactors but also to clear somebody of the charges, but it must be kept in mind that polygraph alone is not capable of screening. The following critical questions were included in the CQT:

1. Did you put the drug found at the border into the car?
2. Was the drug found at the border in your possession?
3. Do you know it for sure who put the drug into the car?

The negative answers to the first two questions were not deceitful according to the examiner, and the truthfulness of the negative answer to the third question could not be decided. (BRFK XIV District Police Headquarter 154-264/ 2004.)

Polygraph has proved in many cases that it is capable of defining the exact number of offenders, but the investigative authority can not make a mistake by making decisions based on only the polygraph examination and use it instead of investigation. It must be avoided to close the investigation referring to the result of the polygraph examination and the large number of unfinished cases if there is a possibility to interrogate, search for witnesses or conduct further procedure. It is beneficial if polygraph examination is performed to tighten the circle of possible offenders, but there are other causes of closing the investigation or a new direction can be defined by polygraph. The investigative authority must be careful to avoid the model called "false clearing" when as a result of the polygraph examination the testee is unjustly cleared.

#### *2.1.4. A witness or a suspect*

When a testee is confronted with his failure at the polygraph examination he usually loses his hope and makes a full confession. Others do not admit committing an offence and try to explain that the unfavourable result is due to another criminal offence committed by them. According to Lykken several polygraph examiners consider the received full confession more important than the precision of the examination and reckon the examination successful if the testee makes a confession or a full confession after the test. (Lykken 1987. p.270)

A full confession is enough to make a witness a suspect. In a case the police was reported by a man that his car, which had been bought by his mother on hire purchase had been stolen outside a pub by an unidentified person. The CQT was used in the polygraph examination to reveal whether criminal offence had been committed. To the first critical question: "Was it a lie when you said that your car had been stolen in ... ? the answer of the testee was negative and his reactions indicated deceit. To the second critical question: "Did you deliberately contribute in stealing the Skoda?" his answer was also negative and his reactions indicated deceit again. To the third critical question: "Do you know it for sure where your car is now?" the question was negative but his reactions did not indicate deceit. When he was confronted with the result of the examination he made a full confession.

It was also a full confession following a polygraph examination that solved the murder case of a lone 81-year-old pensioner in 1982, in the early days of polygraph tests in Hungary. It was clear at the beginning of the site inspection that the offence was occasional as the offender was searching for money. After lengthy investigation the circle of possible offenders was limited to two individuals, so both of them and the wife of one of them were examined by polygraph. The result of the examination revealed that one of them had been at the site of the crime on the day of the murder, had seen the person in the neighbouring farm and he had also been seen. It was also established that he had known the exact sum of the stolen money and the instrument of commission and his clothes, which he washed later had been stained with blood. It could also be deducted from the polygraph examination that the wife knew that her husband had committed the offence and it was she who washed the blood stained clothes. The examination of the other possible offender did not give any assessable changes of physiological reactions. After the examination the wife made a full confession and later her husband also confessed having committed the crime. The culpability of the husband was proved in this way and he was sentenced to 12 – year imprisonment. (Olasz 1988. p. 62)

In another case a German couple disappeared. At first two people were accused of fraud, but they were not supposed to have committed manslaughter to the injury of the couple. On the following day the car of the couple was found by the police in a parking lot. The suspects were tested by polygraph and it revealed that they might have been involved in the manslaughter case as well. The polygraph examiner also defined the instrument used by them for the criminal offence, that their offence is in connection with the farm of the couple, and it was them who left the car of the couple in the car park. Confronted with the result of the examination one of the suspects cracked under the questioning and demonstrated on the site how they had killed the victims and how they had transported them later for 40 kilometres to a well out of use, where their corpse had been found by the police.

In the USA polygraph examination is followed by a full confession in several cases. The next case is not about a criminal procedure but it well illustrates that as the result of a polygraph examination the revealed untruthful testee makes a confession. At Salinas police in California an ideal policeman with good reputation would have liked to apply for a position. Prior to the polygraph examination he did not mention his past criminal record. Following the polygraph examination that revealed that he was deceitful, he confessed that he had committed more than a dozen burglaries while on duty. He transported the stolen goods in the police car, smuggled drugs into the pockets of innocent suspects and arrested them and used the car to have sex with women victims. (Ekman 2009. p. 196)

## **2.2. Polygraph examination in cases with a suspect**

In cases with more suspects the CQT is usually used to reveal which suspect could commit the offence. When the suspect is informed about the accusation he gets some information that makes the concealed information tests examining the knowledge of the offender meaningless, besides CIT is usually used in cases with more possible perpetrators.

Typical cases with a suspect are those against sexual morality when the application of polygraph is justified as both the suspect and the victim are suspected of providing the authorities with false information. Victims questioned as witnesses sometimes deliberately do not reveal all the details of the crime even the private motion could be fictitious. The accused if he makes a confession at all usually denies the crime and admits only the sexual intercourse denying violence or direct threat against life or physical integrity. The investigative authority possesses several means to clear the case: it can order forensic examinations, site inspection, confrontation of the victim with the suspect, search or body search and questions witnesses. Besides the above mentioned, polygraph can also support or question the truthfulness of the testimony.

The victim can be checked as a witness whether his private motion is factitious, if the crime was really committed and if it really was, was it committed in the way as it was said by the victim in her testimony. During the polygraph examination she is asked for example if she was engaged in the sexual relationship on her own consent, voluntarily.

According to Imre Kertész the widespread practice of the examination of the victims of rape in the USA can not be accepted since as a result fewer and fewer victims report the police. "Although there were cases when they tried to deceit the police, made fictitious testimonies or falsely accuse somebody with committing crime against sexual morality it can not cause that everyone who reports an offence of this type is treated with doubt, questioning her sincerity. Polygraph can be used in clarifying the case if the truthfulness of the witness or the victim is dubious." (Kertész 1991. p. 11)

### **3. Summary**

The usefulness of polygraph examination as an instrumental lie detection method lies in its ability to help the investigation, orientate the investigative authority and provides the authorities with direct or indirect evidence. In spite of its usefulness polygraph is not a silver bullet; the examiner can err just like other, ordinary people. The consequence of his error might be a false conclusion during the investigation, which can be dangerous if the authority in charge of a given case is not sceptical enough with the result of the examination and the method itself. That is why present judicial practice does not regard polygraph examination as an infallible method, just as one piece of evidence out of many. It is unquestionable though that the result of the examination can be one of the arguments for or against the culpability of the testee.

The accurately performed polygraph examination can be a blessing, because it contributes in law enforcement, but on the other hand it could be a curse as it can mislead the investigation and innocent people may be sentenced or guilty ones may be cleared by the court as a consequence. The possible errors can be avoided if the limits of polygraph examination are considered carefully by the authorities.

## BIBLIOGRAPHY

- EKMAN, Paul: Beszédés hazugságok. Kelly Kft. Budapest, 2009.
- HORVATH, Frank S.– REID, John E.: The Polygraph Silent Answer Test. The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, 63. évfolyam, 1972/2. szám. Northwestern University, School of Law, USA, 1972.
- JANNIRO, Michael J.: Interview and interrogation. Department of Defense Polygraph Institute. Columbia, USA, 1991.
- KEREKES Tamás: Poligráfós vizsgálat – ahogy a vizsgáló látja.  
[http://prezi.com/mlzeosplrmm/eloadas/?utm\\_source=website&utm\\_medium=prezi\\_landing\\_related\\_sol&utm\\_campaign=prezi\\_landing\\_related\\_author](http://prezi.com/mlzeosplrmm/eloadas/?utm_source=website&utm_medium=prezi_landing_related_sol&utm_campaign=prezi_landing_related_author) (Date of download: 06.01.2015)
- Kertész Imre: A poligráfós vizsgálat helye a büntetőeljárásban I. rész. Főiskolai Figyelő, II. évfolyam, 1990/2. szám. Rendőrtisztvi Főiskola, Budapest, 1990.
- KERTÉSZ Imre: A poligráfós vizsgálat helye a büntetőeljárásban II. rész. Főiskolai Figyelő, III. évfolyam, 1991/1. Szám.
- KRAPOHL, Donald J.: Demonstration Tests. The American Polygraph Association. Chattanooga, Tennessee, USA, 2010. 1-8. o. (manuscript).
- LYKKEN, David T.: Reply to Raskin&Kircher. Jurimetrics Journal 1987/3. Volume 27. American Bar Association, USA, 1987.
- OLASZ József: Poligráfról – a nyomozó szemével. Belügyi Szemle, 36. évfolyam, 1988/1. szám

---

\* Dr. Árpád Budaházi, PhD, police captain, senior lecturer at the National University of Public Service, Faculty of Law Enforcement (Hungary); budahazi.arpad@uni-nke.hu.

Conferința internațională de Criminalistică  
*Clasic și modern în obținerea și valorificarea științifică a probatoriului*  
Cluj-Napoca, 13-15 iunie 2015

**CLASSIC AND MODERN TENDENCIES IN THE MEANING AND SYSTEM OF CRIMINALISTICS**

**dr. habil. Csaba FENYVESI Ph.D.\***

**Abstract.** *The meaning (notion) of criminalistics as a branch of the science is different in our world. Specially different in the Continental and in the Anglo-Saxon (common-law) system. The study shows and analyses the classic and the modern interpretation of criminalistics and forensic sciences. In the second part you can find a conceptual-theoretical modell of the system of criminalistics and its contacts with other (criminal, “cross-section” and social) disciplines.*

**Keywords:** *common-law, criminalistics, criminology, cross-section, detection, disciplines, forensic sciences, identification, methodology, prevention*

### **1. The notion and purpose of criminalistics**

Academic literature seems to be uniform in its summary, formulated also below, that criminalistics is, in essence, mainly a practical and – to a smaller extent – theoretical science of criminal investigation, in other words, it is a branch of criminal sciences that explores, creates, systemizes and applies – within normative legal frames - means and methods for the detection (prevention) and proving of crime (BELKIN, BÍRÓ, BÓCZ, FILIPPOV, FINSZTER, GEERDS, KATONA, KERTÉSZ, KIRK, LAKATOS, MOLNÁR J., TREMMEL, VISKI<sup>1</sup>). Apart from the supplementary role of the effective – indirect and direct – prevention of crime (DICZIG, IRK<sup>2</sup>), its basic functions comprise detection, obtaining as much and as reliable evidence as possible, providing a basis for and ensuring the ultimate establishment of criminal responsibility by the court. In summary, criminalistics is the science of the effective and professional investigation of crime, which has no subfield, either on the European continent having given birth to it or beyond the borders of Europe, that does not serve the fight against crime, the detection of offenders and their being brought to trial.

Even the expression “criminalistics” is of European origin, since it was first used by GROSS<sup>3</sup> in his basic work of 1893, which was translated in the English language publication as the headword “criminal investigation” and it was used in that form right until the 1950s-1960s, and it is still used today, albeit with a changed content.



In the common-law jurisdictions (Great-Britain, USA, Canada, Australia etc) “criminalistics” as a scientific term relating to the whole branch of science has not become widespread, or it is not to be interpreted in its European meaning. Following the initial “criminal investigation” – through the designations “scientific investigation” (BEVERIDGE, OSTERBURG<sup>4</sup>) and “police science” (PERKINS<sup>5</sup>) – especially from the 1960s (LUDQUIST-CURRY<sup>6</sup>) the terminology of “forensic science” - translated into Hungarian as bűnügyi tudomány=criminal science (or törvényszéki tudomány= court science, or maybe igazságügyi tudomány= judicial science) - has been used. In my view, there is no need to find a Hungarian translation for this term, since the attribute “forensic= forenzikus” can serve as a solution that may be accepted internationally as well. (KÁRMÁN<sup>7</sup>) Therefore, in my opinion, the term “forenzikus tudomány” as the Hungarian expression for the common law terminology (forensic science) is simply a Hungarianized equivalent, its attributive form is adequately expressive and it is becoming more and more accepted.

On the other hand, today, in my view, forensic science as a technical term of American origin based on the common law conception (“forensic science”-NICKOLLS<sup>8</sup>), as a matter of fact, exhibits the content of continental crime-solving techniques, while the elements of crime-solving tactics can mainly be detected in criminal psychology (or forensic psychology) and “criminal investigation”. Consequently, by scientific investigation of crime (“forensic scientific investigation”) or detection of crime (“detection” – CUTHBERT<sup>9</sup>), Anglo-Saxon academic literature means the application of natural scientific methods (WELLS, O'BRIEN-SULLIVAN, FRASER-ROBIN, KIRK, O'HARA, C.-O'HARA, G., SWANSON-CHAMELITO-TERRITO, SAFERSTEIN, RICHARD-WARD, CAMPBELL, HOUCK-SIEGEL, OSTERBURG-WARD<sup>10</sup>). Based on the traditional approach, behind “criminalistics” as a technical term there is only one “branch of forensic science”, namely the one that deals specifically with the scientific collection and analysis of physical evidence, especially of traces and material remains found during the inspection of the crime scene.

In recent decades, however, a tendency of some kind of approximation, interplay, unification of content and convergence (even if not with identical forms of expression) has been observable concerning the two conceptions: the continental and common law approaches. Since the 1960s there have been and still are an increasing number of volumes published under the title “criminalistics”, drawing nearer to the continental designation. (KEVIN-SULLIVAN, MELOAN-JAMES-SAFERSTEIN, O'BRIEN-SULLIVAN, O'HARA-OSTERBURG, SAFERSTEIN<sup>11</sup>)

One example for this is the Lab Manual volume published in the United States in 2001. Its sub-title (“An introduction to forensic science”) refers to forensic science, at the same time the main title is “Criminalistics”. (MELOAN-JAMES-SAFERSTEIN, and KEVIN-SULLIVAN, SAFERSTEIN, O'BRIEN-SULLIVAN) As for its content, it provides a detailed analysis of the meticulous methodology relating to the examination of physical evidence based on natural scientific knowledge. A similar conception may be found in the works of several authors, let us mention as an example the case of O'HARA. In two of his basic works, he deals with “Criminalistics” having the nature of criminal techniques and “Criminal investigation” having

the nature of crime-solving tactics (O'HARA, C.-OSTERBURG, O'HARA, C.-O'HARA, G.). In the 2000s, especially in American summary works one may – repeatedly – increasingly encounter the expression “criminal investigation” (SWANSON-CHAMELIN-TERRITÓ, WESTON-LUSHBAUGH<sup>12</sup>), which is also drawing nearer to the continental use of terminology. As for its content, nowadays it covers mainly continental crime-solving tactics and crime-solving methodology. More specifically, it comprises methods of crime scene investigation, line-up or one on one confrontation (USA), or identity parade (England), the interrogation (USA) or questioning (England) of suspects and witness interviews. This category may also include data collection from informants, analyses and other sources (e.g. records, surveillance), the planning, organization, logistics and “management” of investigation (BLOCH-WEIDMAN<sup>13</sup>), modes of search, body-search, seizure, the tactics of arrest, custody, detention, pre-charge detention, preliminary detention, the interpretation of rules of evidence, as well as tactical recommendations, professional “tricks of the trade” applicable to the individual crimes and groups of crime.

Thus, on the whole, the review of content elements leads one to the conclusion that, basically, both approaches divide the field of science designated as criminalistics by us and on the Continent into identical areas. In other words, criminalistics is divided into crime-solving techniques, constituting the forensic part – “forensic science” or “sciences” in the plural with reference to the underlying natural sciences -, and crime-solving tactics based mainly on social scientific knowledge, which is embedded in “criminal investigation” and “criminal psychology” in common law academic literature. Crime-solving methodology focussing on individual crimes is also included in “criminal investigation”.

In addition to the above it must be noted that out of the continental countries in France (in Belgium GODDEFROY, LOUWAGE, LECHAT, in Italy OTTOLENGHI, ALTAVILLA<sup>14</sup>) apart from “la criminalistique” (CECCALDI, CHEVET-MARAND, BUQUET<sup>15</sup>), or criminalistics, the knowledge termed as “police scientifique” (ROBINSON, SANNIE<sup>16</sup>) or scientific police, “police judiciaire” (HREBLAY<sup>17</sup>) or judicial police science, or pursuant to LOCARD's “Manuel de technique policière” (LE CLERE<sup>18</sup>), police technique has also been linked to the cultivation of some areas of criminal investigation. Today one encounters the term “criminalistics” again. (CECCALDI, CHEVET-MARAND, FOMBONNE, LOCARD<sup>19</sup>) The university textbook published in Paris in 2001 already bore the main title “Manuel de criminalistique moderne” (Manual of modern criminalistics) and the sub-title “La science et la recherche de la preuve” (The science and research of evidence). (BUQUET<sup>20</sup>)

In Europe in German-speaking countries (e.g. SCHNEICKERT, GROSS-SEELIG, KLEINSCHMIDT, GEERDS, KUBE-STÖRZER-TIMM, BRODAG, CLAGES<sup>21</sup>) and to the east of them, the term “criminalistics” was customary almost everywhere in the past and this is the accepted terminology today as well. (E.g. ALAMOREANU, BELKIN-WINBERG, BÍRÓ, BÓCZ, FILIPPOV, GARAMVÖLGYI, KERTÉSZ, KOBOVAC, KRAJNIK, KRIVOKAPIC, LATIFI, HOLYST, HOROSZOWSKI, MALEVSKI, MAVER, METENKO, MIRCEA, MUSIL, PAPES, PAVISIC-MODLY, POPA, PORADA, SIMONOVIC, STANCU, TREMMEL-FENYVESI-HERKE, VODINELIC-ALEKSIC, ZAMFIRESCU-POPESCU<sup>22</sup>)

At the same time, one may also observe changes in the continental conception, more specifically, phenomena, the adoption and application of terms pointing in the direction of forensics. It is being infiltrated through the cultivation and terminology of the subfields applied in the common law system. As an example of approximation and convergence between the two systems one may mention that the interpretation of evidence, the “show up” model plays an increasing role in the continental approach as well.

It may also be perceived concerning both schools of thought that the underlying basic scientific knowledge is derived from (forensic) biology, chemistry, physics, anthropology, pathology, serology, toxicology, but there are also close links with knowledge in the fields of applied ballistics and photographic technology. In recent decades this circle has been extended to cover, as new fields, molecular genetics, information technology (computer forensic technology, cyber forensics, digital forensics, digital investigation, web-analysis), including for example the computerized analysis of human voice and voice carriers (computer-voice analysis), identification of computer writing and computer printers (printer-identification), forensic archeology, forensic dentistry, modern forensic entomology dealing with insects, modern forensic geology, DNA profiling (DNA analysis), forensic botany and zoology.

As a special technical method one may also mention the analysis of evidence (crime analysis) – operating with the help of crime mapping and geographic profiling (ROSSMO<sup>23</sup>), the application of the mathematics-based Bayes’ Theorem in the context of identification analyses, the theory of document analysis (hand- and machine-written documents), images analysis, and analyses for the identification of ridges and edges in skin patterns (“ridgeology”-“edgeology”).

Within the range of tactics, one may highlight the knowledge areas of forensic administration-management and logistics, forensic nursing, security management and personality profiling (profile-analysis-TURVEY<sup>24</sup>). As new – a few decades old or even younger – fields in the methodology of individual crimes one may regard, for example, the investigation of accidents caused by design or construction (engineering failures), cases of fire (fire science) and explosions (bombs, explosives and residues).

In summary, it may be concluded that although there are notional differences between the continental and common law conceptions of the science of criminal investigation, their subject-matter and objectives are identical, and their contents are in accordance with each other. As a tendency it may be established that one may witness the gradual demolition of the rigid boundaries between these conceptions, and the present is already characterized by their mutual interaction.

## **2. The system of criminalistics**

In accordance with the continental conception, criminalistics may be divided into three parts also in Hungary: a general part consisting of crime-solving techniques and tactics, and crime-solving methodology, which may be regarded as a special part. Apart from the above, the history and theory of criminalistics and crime-solving strategy are also classified under the general part by academic literature, and in my view, crime-solving logistics also belongs here now. (DÉRI, KATONA<sup>25</sup>)

Out of crime-solving techniques and tactics, playing a significant role in the dissertation, crime-solving techniques serve the purpose of the expedient and professional utilization of natural scientific and technical-technological means and methods in the field of the detection and prevention of crime. These means and methods may include any results achieved in other fields and subfields of science that may be used effectively by crime-solving techniques without any change, e.g. physical, chemical instruments, measuring procedures, optical and computer devices, or that may be utilized in criminal investigation following their further development precisely by crime-solving techniques, for example, forensic photography, voice identification, serological analyses. Finally, there are special subfields and disciplines of significance that have been established, elaborated and provided with firm foundations by crime-solving techniques. Such are, for example, criminal traceology, the keeping of records and personal identification based on a system of fingerprints, dactiloscropy, forensic computer analysis of writing and documents, criminal ballistics (HAUTZINGER<sup>26</sup>) or (special) scent identification (by sniffer dogs). (HORVÁTH<sup>27</sup>)

In comparison, criminal tactics concentrates not on information carriers of a physical nature, but rather on the main characteristics and interconnections of the phases of obtaining evidence of a personal nature, connected with defendants, victims and witnesses. It contributes to the effective and efficient execution of investigatory acts also by pointing out sources of danger concerning the origin and obtaining of individual types of evidence and potential shortcomings in the conduct of the body or person carrying out the investigation. On the other hand, with the assistance of forensic computer technology and behavioural science, crime-solving tactics endeavours to harmonize, as required, the requirements relating to the planning, organization, integration and logistics of overt and covert investigation and operations connected with data acquisition and processing.

Crime-solving methodology is traditionally regarded as the third part of criminalistics. In the Anglo-Saxon model, both in England, her environment and the United States, analyses and guides relating to individual offences appear under the headword "criminal investigation". Crime-solving methodology does not deal with the efficient investigation of crime in general, but instead – linking and adapting, as far as possible, basic knowledge derived from crime-solving techniques and tactics – it concentrates directly and specifically on the exploration and proof of individual categories of crime and tactical recommendations relating to them (for example, relating to the investigation of homicide, arson, explosions, burglary.) Basically, crime-solving methodology may also be considered a specialized area of criminalistics which focuses on the typical ways of perpetration of a given type of criminal offence, the potential physical and personal sources of information relating to it and the characteristics of the criminal case in general; it specifies, supplements and modifies general criminal technical and tactical information and tasks as required and links them with different points of emphasis and criteria.

With respect to all of the above, it seems right to divide criminalistics into a general and a special part. The first one includes - apart from crime-solving techniques and tactics, theory and logistics - also crime-solving strategy, which focuses mainly on objectives defined by crime-solving politics, being of a criminological nature. It endeavours to outline a series of comprehensive national, regional or municipal-local measures, which serve both the purpose of crime detection (reactive measures) and that of crime prevention (proactive measures).

As opposed to all this, methodology as the special part – both in Continental Europe and in the Anglo-Saxon territories – comprises the most important and most peculiar technical and tactical potentials, problems, difficulties, troubles and erring factors relating to detection essentially only with regard to individual types of crime.

### **3. Contacts of criminalistics with other disciplines**

Criminalistics, as an empirical science of fact, has a wide-ranging system of contacts. (KATONA<sup>28</sup>) Based on my classification, three main groups may be distinguished.

A) The first group is that of sciences having the closest contacts with criminalistics, which comprises criminal sciences dealing primarily with criminal activity, criminal offences and perpetrators of crime. They include:

- a) criminal law (normative),
- b) criminal procedural law (normative),
- c) criminology (as a factual science),
- d) victimology (becoming more and more independent, also as a factual science),
- e) law of penal enforcement (penalogy as a normative science),
- f) forensic psychology (as a special branch of psychology),
- g) forensic medicine (including anthropology).

B) The second significant group of contacts of criminalistics is made up of technical and natural sciences as “cross-section” sciences (KATONA), including - in my view – in particular:

- a) biology,
- b) chemistry,
- c) physics,
- d) technical (engineering) sciences,
- e) mathematics (mathematical logics),
- f) information science (information theory),
- g) cybernetics,
- (h) “bridge or ferry sciences”. (KATONA)

C) The third large group of sciences having contacts with criminalistics is made up of the following branches of “intellectual scientific” (GEERDS<sup>29</sup>) social sciences in particular:

- a) philosophy,
- b) psychology,
- c) logics,
- d) sociology,
- e) pedagogy,
- f) statistics,
- g) archaeology,
- h) science of policing.

From the examination of the contacts of criminalistics one may draw the conclusion that from the beginning, the fast development of modern criminalistics was due to the fact that it was increasingly able to adapt to the challenges posed by large-scale criminal activity in major cities caused by urbanization, and it did so within the frames of an interdisciplinary (and at the same time, mutual) transfer of knowledge. This development was assisted by the transplantation of knowledge relating to discoveries and inventions unearthed by medicine (toxicology) at first, then by various other social and natural sciences, as well as through the utilization and sensible adoption of the research results. Meanwhile, criminalistics itself, with its theoretical and practical experts and organizations working professionally and competently as a single group – relying on the results of information science – established and elaborated autonomous branches of knowledge and methodologies, having special regard to the increased demands as well as technical, scientific possibilities. (As an example for this, see traceology, dactiloscropy, ballistics, writing analysis, profiling, polygraph testing or covert means.)

It may be added in summary of the above contacts that criminalistics can be characterized not only as a continuously expanding treasury of indirect evidence obtained and analysed based mainly on natural scientific knowledge, but also as the involvement, integration and transplantation of the most diverse professional knowledge and, in general, of branches of science into the detection of crime. Making use of this diverse special expert knowledge requires above all the employment of experts and consultants. Having regard to this interconnection, it may also be stated that the more knowledge one has of interdisciplinary criminalistics, the more special fields and experts he can make use of in order to detect crime and so he will have a more effective, or more diversified and thorough information base, and he will collect data and obtain evidence more effectively. In my view, all this, in turn, is always focussed on identification.

---

\* Associate professor, Faculty of Law University of Pécs, Criminal Procedure and Forensic Science Department.

- <sup>1</sup> Belkin, R. S. was mentioned by Filippov, A. G.: The Russian Criminalistics – a Science and a Discipline. In: Fenyvesi Csaba-Herke Csongor-Mészáros Bence (szerk.): Bizonyítékok. PTE ÁJK, 2006.; Bócz Endre (szerk.): Kriminálisztika I-II. BM Duna Kiadó, Budapest, 2004.; Filippov, A. G.: The Russian Criminalistics – a Science and a Discipline. In: Fenyvesi Csaba-Herke Csongor-Mészáros Bence (szerk.): Bizonyítékok. PTE ÁJK, Pécs, 2006.; <sup>1</sup> Finszter Géza: A rendészet elmélete. KJK Kerszöv, Budapest, 2003. and A büntetés igénye – hatalom, tudás nélkül? In: Holé Katalin-Kabódi Csaba-Mohácsi Barbara: Dolgozatok Erdei Tanár Úrnak. ELTE ÁJK, Budapest, 2009.; Bócz Endre-Finszter Géza: Kriminálisztika joghallgatóknak. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, Budapest, 2008.; Geerds, F.: A kriminálisztika helye a tudományok rendszerében. In: Katona Géza (szerk.): A kriminálisztika aktuális kérdései. BM Kiadó, Budapest, 2001.; Kirk, P.: Crime Investigation. Interscience Publications, New York-London-Sydney, 1953.; Katona Géza (szerk.): A kriminálisztika aktuális kérdései. BM Kiadó, Budapest, 2001.; Kertész Imre: A tárgyi bizonyítékok elmélete a büntető eljárásjog és a kriminálisztika tudományában. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1972.; Lakatos János: Bevezetés a kriminálisztikába. Rejtjel Kiadó, Budapest, 1999.; Molnár József: A kriminálisztika tudománya I-V. Kriminológiai és Kriminálisztikai Tanulmányok, OKRI, Budapest, 1995-1999.; Tremmel Flórián-Fenyvesi Csaba-Herke Csongor: Kriminálisztika. Tankönyv és Atlasz. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2005., valamint Kriminálisztika. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2009.; Viski László (szerk.) Kriminálisztika. BM, Budapest, 1961.
- <sup>2</sup> Diczig István: A bűnözés megelőzésének stratégiája és taktikája. BM Könyvkiadó, Budapest, 1988.; Irk Ferenc: Globalizáció, bűnözés, bűnözéskontroll. In: Gellér Balázs (szerk.): Békés Imre ünnepi kötet. ELTE ÁJK, Budapest, 2000.
- <sup>3</sup> Hans Gross: Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik 1-2., Leuscher u. Lebensky's Buchhandlung, Graz, 1893., illetve Graz-Wien, 1914.
- <sup>4</sup> Beveridge, W. I. B.: The Art of Scientific Investigation. Random House, New York, 1957.; Osterburg, J. W.: The Crime Laboratory. Case Studies of Scientific Investigation. Indiana University Press, Bloomington, 1968.
- <sup>5</sup> Perkins, R. M.: Elements of Police Science. The Foundation Press, Inc., Chicago, 1942.
- <sup>6</sup> Ludquist, F.-Curry, A. S. (eds.): Methods of Forensic Science. Interscience Publishers, New York, 1962-1965.
- <sup>7</sup> Kármán Gabriella: A krimináltechnika és az igazságügyi szakértői diszciplínák fejlődéstörténetének legújabb kori eseményei. Kriminológiai tanulmányok. 49. Országos Kriminológiai Intézet, Budapest, 2012.
- <sup>8</sup> Nickolls, L. C.: The Scientific Investigation of Crime. Butterworth, London, 1956.
- <sup>9</sup> Cuthbert, C. R. M.: Science and the detection of crime. Hutchinson Scientific and Technical, London, 1938.
- <sup>10</sup> Wells, H. J.: Forensic science. Sweet and Maxwell Ltd., London, 1968.; O'Brien, K. P.-Sullivan R. C.: Criminalistics. Theory and practice. Holbrook Press, London, 1976.; Fraser, J.-Robin, W. (eds): Handbook of Forensic Science. William Publishing, Cullompton, Devon, UK 2009. Kirk, P.: Crime Investigation. Interscience Publications. New York-London-Sydney, 1953.; O'Hara, C.-Osterburg, J. W.: An Introduction to Criminalistics. New York, 1960.; O'Brien, K. P.-Sullivan R. C.: Criminalistics. Theory and practice. Holbrook Press, London, 1976.; Saferstein, R.: Forensic Science Handbook, Englewood, Princehall, 1982.; Saferstein, R: Criminalistics: an introduction to Forensic science. Englewood Cliffs, N.Y. Prentice Hall, 1995.; O'Hara, C.-O'Hara G.: Fundamentals of Criminal Investigation. 6th edition, Springfield, 1994.; Swanson, Ch. R.-Chamelin, N. C.-Territo, L.: Criminal Investigation. (2nd) Random House, New York, 1981. Osterburg, W. J.-Ward, H. R.: Criminal Investigation. Anderson Publishing,

- Cincinatti, 1997.; Richard, J. W.-Ward, H.: Criminal Investigation. A method for reconstructing the past. Anderson Publishing, Cincinnati, 2000.; Campbell, A.: Forensic Science: Evidence, Clues, and Investigation. Chelsea House Publishers, Philadelphia, 2000.; Houck, M. M.-Siegel, J. A.: Fundamentals of Forensic Science. Elsevier, Amsterdam-Boston-Heidelberg-London-New York-Oxford-Paris-San Diego-San Francisco-Singapore-Sydney-Tokyo, 2006.; Osterburg,, W. J.-Ward, H. R.: Criminal Investigation: A method for Reconstructing the Past. (6th ed.) LexisNexis, Anderson Publishing, New Providence, NJ, 2010.
- <sup>11</sup> Kevin, P. O.-Sullivan, R. C.: Criminalistics. Theory and practice. Holdbruce science Publishers Inc., New York, 1976.; O'Hara, C.-Osterburg, J. W.: An Introduction to Criminalistics. New York, 1960.; O'Brien, K. P.-Sullivan R. C.: Criminalistics. Theory and practice. Holbrook Press, London, 1976.; <sup>11</sup> Meloan, C. E.-James, R. E.-Saferstein, R.: Criminalistics. An Introduction to Forensic Science. (Lab Manual), Prentice Hall, Upper Saddle River, New Jersey, 2001.
- <sup>12</sup> Weston, P. B.-Lushbaugh, C.: Criminal investigation-basic perspectives. Prentice Hall, Upper Saddle River, 2003.
- <sup>13</sup> Bloch, P. B.-Weidman, D. R.: Managing Criminal Investigations. U.S. Government Printing Office, Washington DC, 1975.
- <sup>14</sup> Goddefroy, E.: Manuel élémentaire de police technique. Ferdinand Larquier, Bruxelles, 1922., illethve Manuel de police technique, Ferdinand Larquier, Bruxelles, 1931.; Louwage, F. E.: Technique et tactique de la police criminelle. Ninove, Belgique, 1948.; Lechat, R.: La technique de L'enquete criminelle. Moderna, Bruxelles, 1959.; Ottolenghi, S.: Polizia scientifica. Societa Editrice Libreria, Roma, 1910.; Altavilla, E.: Psicologia giudiziaria. Utet, Napoli, 1932., Torino, 1955.
- <sup>15</sup> Ceccaldi, P. F.: La criminalistique. Presses Universitaires de France, Paris, 1962.; Chevet, G.-Marand, Ph.: Cours de criminalistique. Préfecture de police, Paris, 1981.; Buquet, A.: Manuel de criminalistique moderne. Presses Universitaires de France, Paris, 2001.
- <sup>16</sup> Robinson, H. M.: La science contre la crime. Payot, Paris, 1941.; Sannie, Ch.: La recherche scientifique du criminel. Armand Colin, Paris, 1954.
- <sup>17</sup> Hreblay, V.: La police judiciaire. Presses Universitaires de France, Paris, 1997.
- <sup>18</sup> Le Clere, M.: Manuel de police technique. Police Revue, Paris, 1974.
- <sup>19</sup> Lásd Locard, E.: Traité de criminalistique. I-VI. Desvigne, Lyon, 1931-1940.; Ceccaldi P. F.: La criminalistique. „Que sais-je?” Presses Universitaires de France, Paris, 1962.; Chevet G.-Marand, Ph.: Cours de criminalistique. Préfecture de police, Paris, 1981.; Fombonne, J.: La criminalistique. Presses Universitaires de France, Paris, 1996.; Ceccaldi, P. F.: La criminalistique. Presses Universitaires de France, Paris, 1962.; Chevet, G.-Marand, Ph.: Cours de criminalistique. Préfecture de police, Paris, 1981.
- <sup>20</sup> Buquet, A.: Manuel de criminalistique moderne. Presses Universitaires de France, Paris, 2001.
- <sup>21</sup> Schneickert, H.: Kriminalistik und Kriminaltechnik. Deutscher Polizei Verlag, Lübeck, 1933.; Gross, H.-Seelig, E.: Kriminalistik. I-II. Schweitzer Verlag, Berlin, 1942.; Geerds, F.: Kriminalistik. Schmidt-Rhömhild, Lübeck, 1980. (1987); Kube, E.-Störzer, H. U.-Timm, K. J. (Hrsg): Kriminalistik 1-2. Boorberg Verlag, Stuttgart, München-Hannover-Berlin-Weimar, 1992.; Brodtag, W. D.: Kriminalistik. Richard Boorberg Verlag, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 1995.; Clages, H.: Kriminalistik: Lehrbuch für Ausbildung und Praxis: Methodik der Fallbearbeitung-der Tatort, der Erste Angriff. Boorberg, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 1997.
- <sup>22</sup> Mircea, I.: Criminalistica. Editura Didactica si Pedagogica, Bucuresti, 1978., and Criminalistica. Editura Lumina Lex, Bucuresti, 1999.; Stancu, E.: Criminalistica I-II. Univ. din. Bucuresti, 1981.; Zamfirescu, N.-Popescu, M.: Psichocriminalistica. Centrul de Psihocriminalistica. “D. Ceacănica”. Rm. Sarat, 1999.;



Alamoreanu, S.: Elemente de criminalistica. Alma-Mater, Cluj-Napoca, 2000.; Popa, Gh. : Criminalitica, note de curs. Era, Bucuresti, 2005. ; Stancu, E.: Tratat de Criminalistica. Universul Juridic, Bucuresti, 2007. Akcimovic, M.: Kriminalistika. Privredna stampa, Beograd, 1979. ; Krivokapic, V.: Kriminalisticka taktika. VSUP, Beograd, 1982. ; Vodinelic, V.: Kriminalistika. Savremena administracija. Beograd, 1984.; Mitrovic, V.: Kriminalisticka tehnika. Beograd, 1986.; Makszimovics, R.: Kriminalistika-Technika. Policijska Akademija, Beograd, 2000.; Krajnik, V. a kolektiv: Kriminalistika. Akadémia Policajného zboru v Bratislave. Bratislava, 2002,; Metenko, J.: Kriminalisticka taktika. Akadémia Policajného Zboru V Bratislave, Bratislava, 2012. Maver, D.: Kriminalistika. Uradni list, Ljubljana, 1997., 2004.; Malevski, H.-Kurapka, E.-Palskys, E.-Kuklianskis, S.: Kriminalistikos technikos pagrindai. Eugrimas, Vilnius, 1998.; Horoszowski, P.: Kryminalistyka, Panstwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1955.; Holyst, B.: Kryminalistyka. Warszawa, 1993., 1996.; Simonovic, B.: Kriminalistika. Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2004.

<sup>23</sup> Rossmo, D. K.: Geographic Profiling. CRC Press, Boca Raton, 2000.

<sup>24</sup> Turvey, B. E. (ed): Criminal profiling. An Introduction to Behavioral Evidence Analysis. (Fourth edition) Elsevier, Amsterdam-Boston- Heidelberg-London-New York-Oxford-Paris-San Diego-San Francisco-Singapore-Sydney-Tokyo, 2012

<sup>25</sup> Déri Pál: Korszerű nyomozás – integrált bűnüldözés. BM Tanulmányi és Propaganda Csoportfőnökség, Budapest, 1976.

<sup>26</sup> Hautzinger Zoltán: A kriminalisztika ballisztika. In: Fenyvesi Csaba-Herke Csongor (szerk.): Minúciák. Tanulmányok Tremmel Flórián professzor 60. születésnapjának tiszteletére. PTE ÁJK, Pécs, 2001. pp. 161-171.

<sup>27</sup> Horváth Orsolya: A kriminalisztikai szagazonosítás jelene és jövője. Belügyi Szemle, 2013/2. pp. 88-101.

<sup>28</sup> Katona Géza: A kriminalisztika és a bűnügyi tudományok. BM Kiadó, Budapest, 2002.

<sup>29</sup> Geerds, F.: A kriminalisztika helye a tudományok rendszerében. In: Katona Géza (szerk.): A kriminalisztika aktuális kérdései. BM Kiadó, Budapest, 2001.

Conferința internațională de Criminalistică  
Clasic și modern în obținerea și valorificarea științifică a probatoriului  
Cluj-Napoca, 13-15 iunie 2015

**THE PROBLEM OF THE INVESTIGATION OF COMPUTER CRIMINALITY**

**Kornél GIRHINY\***

**Abstract.** *As world changes, law enforcement forces have to face new challenges. One of these new challenges is obviously the scope of crimes, committed in digital space. We frequently come across with crimes, which neither have a scene, nor a witness, moreover, the personification of the delinquent is most likely an IP address.*

*It is very hard, almost impossible to proceed an investigation with the devices of the classical criminalistics, regarding the deficiencies of the above mentioned criteria, therefore, criminalistics has to be refreshed, and the paradigm change is inevitable. Although, the process of such paradigm change started in the 90-ies, its improvement is rather slow, and criminalistics, in its present state, is unable to react properly for the emerging problems.*

*Being aware of such axioms, I reckon, that time has come to encounter such crimes on the basis of the same principles, even worldwide.*

*The objective of the present study is to introduce the problems, and to launch such a common sequence of ideas, which might contribute to the unified effort against the delinquents and the criminal organizations as well.*

**Keywords:** *law enforcement, computer criminality, internet related crimes, cyber-space.*

## **1. Computer system, cure or blessing**

Cybercrimes, parallel with increasing spread of computer usage, the penetration of large networks, the start of e-businesses and the growth of network information, are also equally developed. It has become worrisome not only for law enforcement but also for companies and individuals<sup>1</sup>.

In the recent year in Hungary, these types of crimes are affecting a wider circle of people. Through computer networks not only the information needed for work, administration or entertainment find its way to the end user but also cyber criminals. The moral and material damage is significant for the internet service providers, however the internet user has also something to lose. By connecting to the internet they become potential victims. Thus, there's a strong need to find the solution to curb cybercrime as soon as possible.<sup>2</sup>

The goal of this study is primarily not to give an in depth and detailed explanation about this field and the connected investigations. My goal is to outline and present the issues and to get this over to a lot of potential victims and to propose a solution to solve the issues.

## **2. The expansion of the internet**

The expansion of the internet created a new way for the offenders. By the 1990's, due to developments of computer networks the internet became available for the majority of people. Affected by this development more and more people had become a victim of the increasing number and kind of cybercrimes. The internet knows no boundaries, this is a well known fact for everybody by now. Thanks to this feature of the internet, the growing number of crimes needed immediate international cooperation.<sup>3</sup>

However the investigation of internet related crimes are not only differentiated only by its international feature. The loads of information make it impenetrable for the average people. Since cybercrimes do not require any personal contact, this makes it harder to find the perpetrator. The investigation of internet related crimes require special skills, in Hungary there isn't enough energy put into acquisition of this knowledge. The future goal is to train investigators so they can effectively solve these internet related crimes.<sup>4</sup>

One of the difficulties of preventing and effectively solving cybercrimes is, that they change rapidly. It is difficult for the legislation to keep up with its development.

Computers were not affordable for the average person until the 1960's. However due to technical development and mass production computer prices dropped to its fraction to make it available for every household to have computers.<sup>5</sup>

Nowadays it's a known fact that there isn't only one computer in one household but everybody, even school children own their own device to get onto the internet. Since the internet is available for everybody, among its users appeared those, who, with their nativity and lack of knowledge can be a potential victims for internet related crimes.

To determine what exactly we mean by internet related crime is not simple.

The literature differentiate between the crimes and legal subjects, so differentiate between if the crime was committed with a computer (for example posting pornographic pictures of youth or children) or computer related crimes that are directed against computer systems or programs.<sup>6</sup>

## **3. Virtual space- cyber space**

The so called information community is a heterogeneous group within the information society, its structure, operation is hard to understand. Practically this community shows the typical features of a society or group; however some scenes merge the same

minded people regardless geographic boundaries. The interior space of this phenomenon is called virtual space or cyber space. The usage of the cyber or virtual indicator is still not clear exactly, they're used interchangeable frequently, however some specialists are reason for one or the other concept. If we approach the concept from a linguistic point of view, we can see that the Greek cyber word means boating or navigating, that implies moving and leading on the other hand the word virtual means apparent, imaginary<sup>7</sup>, implying a sort of incomprehensibility.

A lot of people tried the concept of cyber or virtual space into words some of them I will introduce as an example.

The cyber space is a very complex phenomenon, which can be described as the 'conception space of the flow of information and communication which was created as the combination of the hardware of the digital world, computer software, telecommunication network and the human mind.'<sup>8</sup>

According to another interpretation ' the cyber space is a globally networked, computer maintained and computer generated, multi-dimensional, artificial, virtual reality. In this reality, where the computers are connected as windows, the seen and heard things are not physical, and not representing things, they are rather pure information appearing the form of character and action.'<sup>9</sup>

The exact definition is still not born, however there are elements of the concept, which are familiar terms, like:

- a. Constantly changing and multi-meaning not physical, but still existing information and electronic space,
- b. Location of the interaction between people and computers

The virtual space is considered a unique interior space of the information society; it's still hard to tell where to find this interior space. According to Matthew McNabb the cyber space 'is the place where the phone calls are being placed, or the faxed messages are between the fax machine and the destination.'<sup>10</sup>

#### **4. Thoughts on computer related crimes**

The possibilities given by computers and computer systems gave new opportunities to criminals or for even individuals with criminal intentions. This part of our society used these tools, systems to reach their goals and soon we became familiar with a new concept which is still hard to put our fingers on and has no clear boundaries, this is called cybercrimes.

One of these kinds of area is the criminal law. Within criminal law there are more known wording, as an example I will introduce some of them. The concept of computer related crimes is very wide, the computer is used as a tool to commit a very special crime according to the facts of traditional criminal law, and in a narrower sense these crimes are committed against computer system, programs and hurt the integrity of the computer system<sup>11</sup>.

According to Imre Kunos: 'Computer related crimes, is the group of crimes in which the information technology tools are used to commit the crimes'<sup>12</sup>

The suggested concept of CDIP of Brussels (Centre de Droit International Pénal):

'Information technology crime is every activity or failure in which in any computer system there's either material or intellectual harm is caused'.

As we can see from the above that there's not a solid concept for this field yet so like before I can only highlight the main characteristics, which are dominant in most concepts.

The main components of the concepts re the following:

- a. committed by using or intruding computer systems or caused by computers,
- b. the scene and the perpetrator is separated,
- c. With the help of the Internet the perpetration can be international.

### 5. The basic problems of computer related crimes, the perpetrators and victims

The crimes committed in the IT space and the rest of the crimes are compared to each other from criminalistics point of view.

	Basic criminalistics questions	Computer related crimes	Every kind of crimes, except for computer related crimes
1.	What?	known	known
2.	Where?	not known, (not even country or continent) not always concludable	known, can be concluded
3.	When?	not known, can be manipulated	not known or known, can be concluded
4.	How?	not known, not always concludable	known or not known, can be concluded
5.	Who?	not known, usually only the tool known, and not always concludable	known, or not known, but can be concluded
6.	With whom?	not known, usually only the tool known, and not always concludable	known, or not known, but can be concluded
7.	Why?	known, or can be known after capture	known, or can be known after capture

The investigations of IT crimes are harder because of lacking the authorities still lacking the appropriate legal, knowledge or technology background.

The circumstances are for example there are no tangible traces present in the classical sense, communicating on computer networks provide some kind of anonymity to the perpetrator, the often take place in several states, the place of the crime is hard to establish, and the legal procedure is slower because of the cooperation procedure. It can be hard to even notice the crime and the victims might be against finding out certain facts if he or she keeps data on their computer that would cause economical damage to them if it gets found out.<sup>13</sup>

If we would like to describe this phenomenon systematically, these three marks we have to write about:

a. The latency. It can be states about crimes overall that there's a high rate of latency, it has more important points, frequently the victim themselves do not even notice that they become the victim of a crime or even when they notice very rarely they report this crime to the authorities.

b. The fastness. These types of crimes are prepared to be committed for a long time-although there are different modes also- the perpetration only takes a moment, the real time of the perpetration can be hardly timed.

c. The intellectual nature. The perpetrators are usually well prepared experts, and often are able to use computers and computer systems on an expert level.

I believe the solution could be to get computer user educated even within school education to get them to notice and prevent these kinds of expected emergencies.

With constant development it is inevitable that the investigating officers, judges, prosecutors are lacking knowledge, or they are only superficial since the technical development is moving at a rate that is very hard for them to follow properly. According to the law today that is not a requirement for police officers, prosecution or judges to get up to date information about the latest development of the computer world, but with that the question is surfacing if they are capable to make the right decision with lacking this kind of knowledge. To solve this issue they are now required to get an expert of the field, in my opinion is not the satisfactory solution since most of the times it is not even noticed that these experts might not have the right knowledge in the field of investigation. In my opinion the only solution for this matter could be the same that has been working in other countries so far, to educate some police officers, judges or prosecutors to get above the average IT knowledge.

The number of computer related crimes and their victims are showing a growing tendency. It is estimated that one million people become a victim of cybercrimes every day. The cost of computer related crimes can reach up to 388 billion dollars worldwide.<sup>14</sup>

It is also not an insignificant issue that there might be a conflict of interest between the criminal intent of the state and the people's individual freedom during the investigation. The other obstacles of investigation of these new kind of crimes are that there's a significant delay in the legislation, since the earlier proceeding rules were matched to the norms of the physical world, and some of the rules are impossible to use in the virtual world.<sup>15</sup>

Due to the above mentioned difficulties the number and kind of obtainable evidences needed for the criminal liabilities is scarce and most of the time there are no other evidence than the digital ones for the reasonable suspicion.<sup>16</sup>

## **6. Relevance of being prepared**

During the investigation of computer related crimes it can be concluded after investigating various situations that Hungarian Criminal Code doesn't require to punish preparatory criminal conduct, although this preparation behavior is very important during the investigation of the crime.

In the majority of the cases the preparation goes slowly, it is done systematically, it can take up to months or even years and that can connect the perpetrator to the crime. Creating a computer program or virus leaves a trace on the internet or any equipment they used. If during the investigation we can get the program that was used to commit the crime it can be traced down where it started. It's even worth to look for similar programs, the usually leave their typical sign on their inventions.

We also should never forget that basic fact that a computer is not only the typical device for cybercrimes, There are only a very few criminal offenses in the Hungarian Criminal Code which an IT tool couldn't be a tool and more often it is. Among them there are crimes that only the preparation is a crime by itself. The preparation of a murder or a terrorist act or not even mention a forging of public document, or preparing counterfeiting happens on a computer most of the time. These preparation act made only by using a computer device can become even finished. During the course of this investigation it is important to use the technical, tactical and methodical tools created for this type of investigation. The same is valid for the investigations are in progress for any other crimes, but for the preparation and execution of the crime a computer device or program was used or even if just an email was sent.

Computer science is actually a theoretical and applied technology science that uses the tools of automated data processing and their various fields (such as building computers and their programming)

This includes the study of hardware and software and the operation assisting system of organizational, service and application features.<sup>17</sup>

IT tools by only using the internet can reach every other computer connected to the internet at the same time. This knowledge guides the perpetrators towards this field. Just by using their computers they can block, overload systems, data fishing, committing credit card fraud and the can almost accomplish anything on it. IT tools now include mobile phones, tablets, e-books and the development has just started. Nowadays our TVs or even our washing machines, refrigerator have their built in computer system. They can be programmed, can be accessed remotely, because of their built in memories they can also hold data.

Sometimes it can be hard to recognize an IT tool. For example pen drives and come in different shapes and sizes. They can be built into lighters, stuffed animals, little toys, jewelries, keys. During the house search an unknowledgeable officer can overlook this important evidence.

## **7. Planning and organizing the investigation**

About the planning and organizing an investigation some officers often talk about them as they were each other's synonym that's why it's important to clear up the difference between them.

The planning of an investigation is based on the available data, taking the specific conditions and practical experience into consideration the determination of the investigation tasks and creating a program and notion for the fulfilment of them.<sup>18</sup>

Organizing the investigation is ensuring the conditions necessary for the planned tasks, the harmonization of the needs and possibilities.<sup>19</sup>

Investigation of computer related crimes are in many ways the same but also in many ways are completely different from other crimes. The average investigation tactics and methods can be used in this case, but because of the legal subject of the crime and the method of the perpetration, digital signs and digital evidences have to be handled differently, this requires a special knowledge. There aren't any uniformed textbooks or teaching aids for the recommendation of method of investigating cybercrimes. We have seen some descriptions and some case studies but more concrete, larger studies were not made in this subject yet. This has two reasons, one is that with a normal investigation we only give advice on a case by case basis there's no uniformed rule for every investigation, the other reason is that with computer related crimes this is especially true.

There's only a very few people deals with modern criminalistics in Hungary. One of these few people is Csaba Fenyvesi's work is outstanding who sets a milestone in the field of modern criminalistics and the last piece of these milestones is the digital data itself.

The fact also makes it difficult with this investigation that the computer related crimes are only partially centralized, and practically according to the regulations the crime is under the control of the police authority where the crime occurred and until that his fact is not clear the crime is under the authority of the police station where the complaint was originally made.

As you can see from the above the investigating is not centralized, and even the professional leader activity isn't sufficient and it's even made further difficult by the domestic expert system, law.<sup>20</sup>



When a cybercrime happens usually there's only one complaint made for the investigating authorities, although we get to know the details of the crime, the attacked system, the aim and the result, the damage itself, but the collect the marks and collecting any other data is very rarely possible. Usually a previously occurred crime gets reported to the authorities, in which the marks and traces are usually gone or changed. Since the crime is committed in the cyber space, we can rely on virtual tracks. Hot pursuit on track is possible in theory, but in practice it's rare or not at all possible.

An immediate measure can be maybe the examinations and preservations of the computer data. This usually means the confiscation of the computer or its drive and the examination, interrogation by the expert investigator.<sup>21</sup>

There are like with every other statement of facts there are exceptions. There's a certain kind of cybercrime type, where there's a possibility of getting the direct data even if they part of an activity that can't be done right at the initial report of the crime. For example at a breach of copyright criminal offense where a hosting server is the part of the offense and that is where the documents are shared from. If after reporting a crime the server can be identified, it makes it possible to monitor the server's data for a while with an expert. In this case the expert puts a special tool into the servers communication system that can record every IP address the server get into connection with. This kind of method can only be used for a short period of time, since the speed of the server gets significantly reduced so the operator notices the problem pretty soon. The offenders of these kind of crimes are usually very qualified IT experts, the usually have some ideas about the investigating tools that the police officers use, so they can get suspicious easily. And if they suspect something as a defense they can destroy every valuable evidence that could've been used for the investigation. The data get deleted or make them unreachable.<sup>22</sup>

## **8. What is digital data?**

Digital traces are created of the people in every moment of the everyday life. This only becomes digital evidence if the authorities start an investigation.

In the practical world the original digital evidence becomes a real, touchable object that is seized by the investigator, or with other restrictive measure keeps it in the original state. On the other hand these objects are geographically scattered- the cloud for example- when they can't be identified as the original meaning. This phenomenon is based on the property of the digital data, that the information content can be put together by the technology.<sup>23</sup>

The classification of the digital evidence has been already addressed by several authors. The most valuable is the theory of Tibor Peszleg for the practical point of view. The data he means by digital evidence are 'information in connection with a crime that have been stored, processed in some form on an IT device'.<sup>24</sup>

In his study Peszleg divides the evidences into three groups:

- Digital documents, 'that are simple documents, accounting data, pictures, videos, program or any other data that can be recorded by an IT device.'<sup>29</sup>.
- In case of digital traces 'we are looking for temporarily recorded data that were created during the operation of an IT device, and average user doesn't know about it, but they are important for the operation of the system'.<sup>29</sup>
- Log data 'they are created during the operation and communication of whole systems. The part of them is logs that are created by law or economic rationality or they're created because of security requirements. This includes up and downloads of various log data, incoming and outgoing mails of mail server, registration data for emails, some network security programs, firewalls, log data intrusion signaling devices'<sup>29</sup>.

By registration data Tibor Peszleg means the data that are created at a service provider if someone uses their services.

## 9. The 'choreography' of the investigation.

After examination of the report/ notification we try to find the possible existence of the crime, and if so, what kind of crime occurred. Unfortunately it happens a lot that the not fully prepared investigators get scared of the crimes committed over the internet and they try to direct the person reporting such crime to divert towards a different legal way or reject the report with some reason.

In an investigation against an unknown perpetrator it is hard to determine the direction of the investigation as the primary steps to be taken. There's a very few specific 'trace' above the report information. In this situation we can start from the data known by the usage of the internet. These kinds of 'traces' can be the IP address – later in details- the domain name and the email address. By the domain name we can check if the site contains illegal contents, date in connection with a crime (prohibited pornographic pictures for example). There are certain site in which by searching the domain name- centralops.net for example- we can find out who registered the given domain name, who operates it and with what service provider, who has the server that contains the website. With knowing that we can contact the organization.

If we know the email address, with the help of the above mentioned websites we can find out what organization we can look for. This way we can get the information given at registration, although those might not be valid. With web based email (freemail.hu for example) we can provide any information nobody will check on them. The service provider can give more information in this case, like what IP address was used at registration, from what IP address was used to log on last time or the time questioned, if there was a password change, what IP address that happened from and when that was. They can even provide the email list for authorities. It's important to mention that the content of the emails can be seen, for that and authorization is required from a judge.<sup>25</sup>

During the course of the investigation first we examine the information given with the initial report, check all the data, then we try to get by IP address, domain name or emails to identify individuals that we will interview. Among the means of proof the testimony has a major role. The injured person's testimony has the major role. The injured person has the most information regarding the object of the crime, they know the passwords, codes, the people with authorized access, the feature of the given computer system and the software used. It can be important the injured can provide information on the damage, that knowledge is important for the circumstances. The injured can provide the subject of the offense, the support of the existence of the criminal offense, mostly digital data. With the injured the individuals can be named as witnesses who also use or have access to it. The copyright infringing victims can also be used as witnesses and they can be the owner of the copyright (like performers, music producers, recorders, and radio and TV stations, filmmakers, and data base creators, publishers.)

The early part of the investigation of a crime we interview the suspects as a witness after finding the reasonable suspicion. The personal evidence has significance if the perpetrator planned to cover him and the computer used to commit the crime by using fake IP address and different kinds of computer defense systems so the computer couldn't be identified. In the case of computer related crimes, personal evidence is hard to collect and usually nobody else knows about the details of the crime.

It can happen that we confiscate the injured computer so we can examine the changes happened during the crime. Later during the investigation the suspected and other computers might be confiscated. It is very important that we get prepared for the house searches and the confiscation of the computers. If there aren't any computer experts on our team, we need to hire an expert of the field for the investigation to make sure to collect all of the data correctly. If it's not possible we have to confiscate the IT tool closed so it can be examined correctly later on.

It's typical that cybercrimes do not produce typical criminal clues. The digital clues that can be found sometimes carry very little data that it can pause the investigation. Most of the times only an IP address provided for the investigators, they can connect a person to the crime or if there's a person of interest there isn't any further data or personal evidence. Because of this with the majority of these crimes the perpetrator can't be identified, because of this the investigation gets suspended.

It is important of mention that the cybercrimes the place of the crime and the scene is where the perpetrator was located at the time of committing the crime and from where the command for the unauthorized access, change of data was given or where the profile was created or the breach of privacy right were committed.

It's an incorrect position that place of the crime is the physical location of the misuse of the data or computer in question. That was. This misconception might come for the presumption that on the computer misused contains the data that the crime was committed against and this is where the change in the data is taking place.

It's the characteristics of the IT management that a computer can be accessed from the other side of the world. The offenses controlled According to the Criminal Code are not punishing the *creation* of and *alteration* of the information but the act of making this happen, it punishes the behavior. The data manipulation, unauthorized access, obstruction of the function of the system can only happen by personal exposure. The punishable human behavior is unauthorized access, change or deletion of date, release of offensive data, and it is taken place where the perpetrator is physically located, where he is by the computer.

The investigation contains establishing the jurisdiction, the authority that is entitled to prosecute, the prosecution and the court.

## 10. Summary

Above – though job specifically still in general – mostly ideas for thought provoking characteristics and a little bit classical investigation features and the fusion of new type of cybercrimes showed up in this essay.

Based on the above written facts I believe that the computer related crimes will not stop, moreover with the further development and expansion of Information Technology these crimes will also expand further into the cyber space. In the mid and higher education the most desired major is computer technology and among our youth there is lot of highly educated information experts. Unfortunately it's my general experience that surely some of these well-educated young computer experts will use their knowledge illegal ways.

The system has to keep up the challenges. Although we do all we can do against crimes committed in the world of information technology, but we also see and have to admit that we are sometimes a step behind. We are not properly prepared to investigate complicated, international and to work together with international authorities.

It is necessary to improve the Hungarian law enforcement in this direction. We have to see that with other highly important crime interests we can't give any further advantage to the criminals committing cybercrimes.

We have to improve the professional and IT efficiency of the personnel, at least at every law enforcement territory has to have a team specialized in computer sciences, special IT tools have to be purchased and the special IT team has to be trained to be able to properly use them.

The economic aspects can't be an obstacle since there are more statements proving that hiring experts of the filed costs a lot more than this investment would altogether.

Right now the situating is not promising but because of that our everyday work is more dominant also in this field. There are more and more studies, international trainings and publications regarding cybercrimes, also the guidelines of international organization in the field so it is expected that soon the chief of the authorities will recognize the importance of this subject and they will make the much needed and inevitable changes and improvements.

## Bibliography, internet sources

[http://www.eurodetection.hu/szamitogepes\\_bcs.php](http://www.eurodetection.hu/szamitogepes_bcs.php)

Dr. Pergel Józsefné: A számítógépes csalás és egyéb számítógépes bűncselekmények, Statisztikai Szemle, 79. évfolyam, 2001. 9. szám

Szentkúti Dániel - Szűts Márton: Az Internet és a büntetőjogi felelősség egyes kérdései  
<http://jesz.ajk.elte.hu/szentkuti15.html>

Bűncselekmények számítógépes környezetben: [http://www.eurodetection.hu/szamitogepes\\_bcs.php](http://www.eurodetection.hu/szamitogepes_bcs.php)

Számítógépes bűncselekmények - Cégvezetők Kiskönyvtára 2000/01. szám  
<http://cegvezetokklubja.hu/2000/01/szamitogepes-buncselekmenyek/>

Számítógépes bűncselekmények - Cégvezetők Kiskönyvtára 2000/01. szám  
<http://cegvezetokklubja.hu/2000/01/szamitogepes-buncselekmenyek/>

Bakos Ferenc: Idegen szavak és kifejezések szótára, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1986;

Jakobi Ákos - [http://geogr.elte.hu/ref/REF\\_Cikkek/JakobiAkos/04\\_RTT13\\_fejezet3.pdf](http://geogr.elte.hu/ref/REF_Cikkek/JakobiAkos/04_RTT13_fejezet3.pdf)

Benedikt, M. (1991). Benedikt, M. (1991) Cyberspace: Some proposals. In: Benedikt, M (ed.) Cyberspace: first steps. MIT Press, Cambridge, Mass., USA, pp. 119-124.

McNabb, M. (1998) „Personal communication” In: Carazo-Chandler, C.: Cyberspace— Another geography. Territories, Boundaries and Space. University of Canterbury, New Zealand.

Belovics Ervin - Molnár Gábor - Sinku Pál: Büntetőjog Különös Rész HVG-ORAC Budapest 2012.; p. 854.

Dr. Kunos Imre: A számítógépes bűnözés, Belügyi szemle 1999/11, p. 28.

Laczi B., A számítógépes környezetben elkövetett bűncselekmények nyomozásának és nyomozás felügyeletének speciális kérdései. Magyar Jog, 12/2001. p. 727.

Európai Bizottság – Sajtóközlemény: A számítástechnikai bűnözés elleni küzdelem európai uniós központja az internetes bűnözők elleni küzdelem és az e-fogyasztók védelme érdekében. Brüsszel, 2012. március 28. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-317\\_hu.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-317_hu.htm)

Parti K., Az internetes bűncselekmények nyomozásának egyes kérdései. Kriminológiai tanulmányok, 41. szám. 2004. p. 249

Szathmáry Zoltán: Bűnözés az információs társadalomban Budapest 2012: [http://doktori-iskola.ajk.pte.hu/files/tiny\\_mce/File/Vedes/Szathmary/Szathmary\\_nyilv\\_ertekezes.pdf](http://doktori-iskola.ajk.pte.hu/files/tiny_mce/File/Vedes/Szathmary/Szathmary_nyilv_ertekezes.pdf)

2012. évi C. törvény a Büntető Törvénykönyvről <http://hu.wikipedia.org/wiki/Számítástechnika>

Lakatos János (szerk.): Krimináltaktika I. Rejtjel, Budapest, 2004; 35. o.

ORFK Készenléti Rendőrség Nemzeti Nyomozó Iroda Korruptációs és Gazdasági Bűnözés Elleni Főosztály Csúcstechnológiai Bűnözés Elleni Osztály, illetve BRFK Korruptációs és Gazdasági Bűnözés Elleni Főosztály Gazdaságvédelmi Osztály I. Számítógépes Bűnözés Elleni Alosztály is készített

BRFK Korruptációs és Gazdasági Bűnözés Elleni Főosztály Gazdaságvédelmi Osztály I. Számítógépes Bűnözés Elleni Alosztály vezetőjének nyilatkozata alapján, saját kutatás keretein belül.

Máté István Zsolt: A digitális bizonyíték,

[http://www.academia.edu/5105387/A\\_digitalis\\_bizonyek\\_The\\_Digital\\_Evidence](http://www.academia.edu/5105387/A_digitalis_bizonyek_The_Digital_Evidence) (2014. 11.13.)

Fenyvesi Csaba: A kriminalisztika tendenciái. Budapest-Pécs, Dialóg Campus. 2014. 62 o. 3/2008. (I. 16.) IRM rendelet a Rendőrség nyomozó hatóságainak hatásköréről és illetékességéről 4. §a 2005. évi XLVII. tv. az igazságügyi szakértői tevékenységről.

BRFK Korruptációs és Gazdasági Bűnözés Elleni Főosztály Gazdaságvédelmi Osztály I. Számítógépes Bűnözés Elleni Alosztály vezetőjének nyilatkozata alapján, saját kutatás keretein belül.

Peszleg Tibor: Interneten, számítógépen történő nyomrögzítés, Ügyészek Lapja 12.évf. 1.sz., Ügyészek Országos Egyesülete, 2005.

1998 évi. XIX törvény a büntetőeljárásról

1994. évi XXXIV. törvény a Rendőrségről 69. § (1) d)

\* *Police first lieutenant, instructor at the National University of Public Service, Faculty of Law Enforcement (Hungary); girhiny.kornel@uni-nke.hu.*

<sup>1</sup> [http://www.eurodetection.hu/szamitogepes\\_bcs.php](http://www.eurodetection.hu/szamitogepes_bcs.php)

<sup>2</sup> Dr. Pergel Józsefné: A számítógépes csalás és egyéb számítógépes bűncselekmények, Statisztikai Szemle, 79. évfolyam, 2001. 9. Szám.

<sup>3</sup> Szentkúti Dániel - Szűts Márton: Az Internet és a büntetőjogi felelősség egyes kérdései <http://jesz.ajk.elte.hu/szentkuti15.html>

<sup>4</sup> Bűncselekmények számítógépes környezetben: [http://www.eurodetection.hu/szamitogepes\\_bcs.php](http://www.eurodetection.hu/szamitogepes_bcs.php)

<sup>5</sup> Számítógépes bűncselekmények - Cégvezetők Kiskönyvtára 2000/01. szám <http://cegvezetokklubja.hu/2000/01/szamitogepes-buncselekmenyek/>

<sup>6</sup> Számítógépes bűncselekmények - Cégvezetők Kiskönyvtára 2000/01. szám <http://cegvezetokklubja.hu/2000/01/szamitogepes-buncselekmenyek/>

<sup>7</sup> Bakos Ferenc: Idegen szavak és kifejezések szótára, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1986;

<sup>8</sup> Jakobi Ákos - [http://geogr.elte.hu/ref/REF\\_Cikkek/JakobiAkos/04\\_RTT13\\_fejezet3.pdf](http://geogr.elte.hu/ref/REF_Cikkek/JakobiAkos/04_RTT13_fejezet3.pdf)

<sup>9</sup> Benedikt, M. (1991). Benedikt, M.(1991) Cyberspace: Some proposals. In:Benedikt, M (ed.) Cyberspace: first steps. MIT Press, Cambridge, Mass., USA, pp. 119-124.

<sup>10</sup> McNabb, M.(1998) „Personal communication” In:Carazo-Chandler, C.:Cyberspace– Another geography. Territories, Boundaries and Space. University of Canterbury,New Zealand.

<sup>11</sup> Belovics Ervin - Molnár Gábor - Sinku Pál: Büntetőjog Különös Rész HVG-ORAC Budapest 2012.; p. 854.

<sup>12</sup> Dr. Kunos Imre: A számítógépes bűnözés, Belügyi szemle 1999/11, p. 28.

<sup>13</sup> Laczi B., A számítógépes környezetben elkövetett bűncselekmények nyomozásának és nyomozás felügyeletének speciális kérdései. Magyar Jog,12/2001. p. 727.

<sup>14</sup> Európai Bizottság – Sajtóközlemény: A számítástechnikai bűnözés elleni küzdelem európai uniós központja az internetes bűnözők elleni küzdelem és az e-fogyasztók védelme érdekében. Brüsszel, 2012. március 28. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-317\\_hu.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-317_hu.htm)

<sup>15</sup> Parti K., Az internetes bűncselekmények nyomozásának egyes kérdései. Kriminológiai tanulmányok, 41. szám. 2004. p. 249.

<sup>16</sup> Szathmáry Zoltán: Bűnözés az információs társadalomban Budapest 2012: [http://doktori-iskola.ajk.pte.hu/files/tiny\\_mce/File/Vedes/Szathmary/Szathmary\\_nyilv\\_ertekezes.pdf](http://doktori-iskola.ajk.pte.hu/files/tiny_mce/File/Vedes/Szathmary/Szathmary_nyilv_ertekezes.pdf)

<sup>17</sup> <http://hu.wikipedia.org/wiki/Számítástechnika>

<sup>18</sup> Lakatos János (szerk.) : Krimináltaktika I. Rejtjel, Budapest, 2004; 35. o.

<sup>19</sup> Lakatos János (szerk.) : Krimináltaktika I. Rejtjel, Budapest, 2004; 35. o.

<sup>20</sup> 2005. évi XLVII. tv. az igazságügyi szakértői tevékenységről.

<sup>21</sup> BRFK Korrupciós és Gazdasági Bűnözés Elleni Főosztály Gazdaságvédelmi Osztály I. Számítógépes Bűnözés Elleni Alosztály vezetőjének nyilatkozata alapján, saját kutatás keretein belül.

<sup>22</sup> BRFK Korrupciós és Gazdasági Bűnözés Elleni Főosztály Gazdaságvédelmi Osztály I. Számítógépes Bűnözés Elleni Alosztály vezetőjének nyilatkozata alapján, saját kutatás keretein belül.

<sup>23</sup> Máté István Zsolt: A digitális bizonyíték,

[http://www.academia.edu/5105387/A\\_digitális\\_bizonyék\\_The\\_Digital\\_Evidence](http://www.academia.edu/5105387/A_digitális_bizonyék_The_Digital_Evidence) (2014. 11.13.)

<sup>24</sup> Peszleg Tibor: Interneten, számítógépen történő nyomrögzítés, Ügyészek Lapja 12.évf. 1.sz., Ügyészek Országos Egyesülete, 2005.

<sup>25</sup> 1994. évi XXXIV. törvény a Rendőrségről 69. § (1) d)