

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 4 / 2014
Octombrie – Decembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: conf.dr. Mircea Dan BOB

MEMBRI:

conf.dr. Sergiu BOGDAN

prof.dr. Dan CHIRICĂ

asist.dr. Cosmin COSTAȘ

prof.dr. Mircea Ștefan MINEA

prof.dr. Paul VASILESCU

REFERENȚI:

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

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

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

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

SECRETAR DE REDACȚIE: asist.dr. Sergiu GOLUB

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Studii: Gheorghiuță MATEUT, <i>ARESTUL LA DOMICILIU – ALTERNATIVĂ LA ARESTAREA PREVENTIVĂ ÎN LUMINA NOULUI COD DE PROCEDURĂ PENALĂ / HOUSE ARREST – AN ALTERNATIVE TO REMAND ON CUSTODY IN VIEW OF THE NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURE</i>	5
» Studii: Mircea Ștefan MINEA, Anca Mihaela GEOROCEANU, <i>L'IMPACTE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DE LA ROUMANIE SUR LE DROIT PRIVÉ - SÉLECTION DE CERTAINES DÉCISIONS PERTINENTES –</i>	25
» Articole: Ana-Maria COLDEA, <i>NOȚIUNEA DE RISC ÎN DREPTUL PRIVAT / LA NOTION DE RISQUE DANS LE DROIT PRIVÉ</i>	41
» Articole: Șerban DIACONESCU, <i>CONSIDERAȚII ASUPRA NATURII JURIDICE A CONTRACTULUI DE AGENȚIE / CONSIDÉRATIONS SUR LA NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT D'AGENCE</i>	69
» Articole: Juanita GOICOVICI, <i>CLAUZE ABUZIVE VERSUS CLAUZE LEZIONARE ÎN CONTRACTELE CONSUMATORILOR / UNFAIR TERMS VERSUS UNREASONABLE DISADVANTAGE IN CONTRACTS CONCLUDED BY CONSUMERS</i>	83
» Articole: Dorin JOREA, <i>ACCES LA JUSTIȚIE ȘI DREPTURI POLITICE ÎN CONTEXTUL DIZABILITĂȚII / ACCESS TO JUSTICE AND POLITICAL PARTICIPATION IN THE CONTEXT OF DISABILITY</i>	99
» Articole: Hunor KÁDÁR, <i>REGIMUL JURIDIC AL PROBELOR DIN AUZITE ÎN LEGISLAȚIA STATELOR UNITE ALE AMERICII. PROPUNERI DE LEGE FERENDA PRIVIND REGULAMENTAREA PROBELOR DIN AUZITE ÎN DREPTUL PROCESUAL PENAL ROMÂN / THE LEGAL SYSTEM OF HEARSAY EVIDENCE IN THE LEGISLATION OF THE UNITED STATES OF AMERICA. LEGAL PROPOSALS FOR THE REGULATION OF HEARSAY EVIDENCE IN THE ROMANIAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE</i>	141
» Articole: Dan NEMETI, <i>NATURA JURIDICĂ A PUBLICITĂȚII LEGALE ȘI A CĂRȚILOR FUNCiare / DIE RECHTSNATUR DER RECHTLICHENPUBLIZITÄT UND DES GRUNDBUCHES</i> ...	177
» Articole: Ioana NICOLAE, Diana IONAȘ, <i>TESTAMENTUL – ACT JURIDIC COMPLEX / THE TESTAMENT – A COMPLEX JURIDICAL ACT</i>	196
» Articole: Olesea PLOTNIC, <i>LES FACTEURS QUI ONT FAVORISE LE DEVELOPPEMENT DES CONTRATS D.ADHESION / FACTORS THAT INFLUENCE THE DEVELOPMENT OF ADHESION CONTRACTS</i>	213
» Articole: Veaceslav PÎNZARI, <i>INSTITUIREA CONTRACTUALĂ – MIT SAU REALITATE ÎN LEGISLAȚIA REPUBLICII MOLDOVA? / L'INSTITUTION CONTRACTUELLE - MYTHE OU RÉALITÉ DANS LA LÉGISLATION DE LA MOLDAVIE?</i>	230

ARESTUL LA DOMICILIU – ALTERNATIVĂ LA ARESTAREA PREVENTIVĂ ÎN LUMINA NOULUI COD DE PROCEDURĂ PENALĂ

Gheorghiu MATEUT*

Abstract: *House arrest – an alternative to remand on custody in view of the new code of criminal procedure. The new Romanian code of criminal procedure has introduced house arrest as an alternative to custody on remand, based primarily on the model of the Italian code of criminal procedure. As comprised in art. 218-222 of the code of criminal procedure, house arrest is considered a deprivation of liberty and it is placed in an intermediate position between legal supervision and remand in custody, highlighting the gradualness of the measures that deprive a person of his/her liberty. The current study deals with the nature of the measure, the legal prerequisites, the procedure which must be followed and the content of the measure of house arrest.*

Keywords: *home confinement, house arrest, arrest, remand in custody, liberty and security of a person, reasonable suspicion, necessity of the measure, duration of home confinement.*

Cuvinte cheie: *arest la domiciliu, arestare preventivă, libertatea și siguranța persoanei, suspiciune rezonabilă, necesitatea măsurii, durata arestului la domiciliu.*

1. Natura juridică

Noul Cod de procedură penală, adoptat prin Legea nr. 135/2010¹, cu modificările aduse prin Legea nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010², a introdus în art. 218-222 o nouă măsură preventivă, intermediară, între controlul judiciar pe cauțiune și arestarea preventivă, denumită „arestul la domiciliu”. Ea nu reprezintă o inovație a legiuitorului nostru, fiind o măsură cunoscută astăzi în numeroase legislații. Măsura arestului la domiciliu este specifică legislațiilor anglo-saxone și a căpătat o mare dezvoltare în Statele Unite ale Americii, în Canada și în Australia. De aici s-a extins și în alte legislații, fiind reglementată astăzi în mai multe state ale Uniunii Europene, printre care Franța, Spania, Portugalia și Italia³. Sursa de inspirație pentru introducerea acestei măsuri în Noul Cod de procedură penală o reprezintă Codul de procedură penală italian (*arresti domiciliari* - art. 284 C.pr.pen.it.).

În lumina noului cod, această măsură constă în *obligația impusă inculpatului, pe perioadă determinată, de a nu părăsi imobilul unde locuiește fără permisiunea organului judiciar care a dispus măsura sau în fața căruia se afla cauza și de a se supune unor restricții stabilite de acesta* (art. 221 alin. 1 C.pr.pen.). Ea face parte din cadrul măsurilor preventive în noua reglementare, fiind menționată expres în art. 202 alin. (4) lit. d C.pr.pen.⁴.

Plasarea acestei măsuri într-o secțiune distinctă (secțiunea a 5-a) în cadrul capitolului privind măsurile preventive, între controlul judiciar pe cauțiune și arestarea preventivă, scoate în evidență gradualitatea măsurilor preventive, aflându-ne în mod evident în prezența unei măsuri preventive care constituie o atingere gravă adusă libertății și vieții private a persoanei, respectiv mai gravă decât cea care poate rezulta dintr-un control judiciar pe cauțiune și mai ușoară decât arestarea preventivă. Plecând de la această premisă, se pune problema de a ști care este categoria de măsuri preventive în care poate fi inclusă. Este ea oare o măsură preventivă restrictivă de libertate sau privativă de libertate? În ceea ce ne privește, considerăm că este mai convenabil să o considerăm o *măsură restrictivă*, decât una *privativă de libertate* deoarece, astfel cum se va vedea, ea este completată într-un fel cu un control judiciar⁵ și reprezintă o alternativă la arestarea preventivă⁶.

Astfel, potrivit art. 221 alin. 2 C.pr.pen., persoana supusă unei asemenea măsuri are și *obligații* care trebuie îndeplinite pe durata măsurii. De asemenea, ea a fost concepută de legiuitor ca o *alternativă* la măsura arestării preventive, alături de controlul judiciar simplu sau pe cauțiune, astfel cum se observă din dispozițiile legale care reglementează măsurile privative, din care se întvede o ordine de prioritate în aplicarea acestora. Multiplicitatea măsurilor preventive este tipică sistemului acuzatorial, deoarece permite configurarea măsurii arestării preventive (*custodia in carcere*) ca ultim remediu (*extrema ratio*)⁷.

Cu toate acestea, deși este o măsură mai puțin severă decât arestarea preventivă, arestul la domiciliu trebuie considerat tot *ca o măsură privativă de libertate*, în sensul art. 5 din Convenția europeană a drepturilor omului, neputând fi asimilată cu măsurile preventive restrictive de libertate⁸. În consecință, arestul la domiciliu trebuie privit ca o a treia *măsură privativă de libertate*, alături de reținere și arestare, aplicabilă inculpatului care, în esență, poate fi urmărit în acest regim preventiv („*regim deschis*”), dacă nu reprezintă un pericol major pentru actul de justiție, pericol pe care îl presupune măsura excepțională a arestării preventive, executabilă într-o unitate specializată, aflată în subordinea Ministerului Afacerilor Interne (Centrul de reținere și de arestare preventivă) sau a Administrației Naționale a Penitenciarelor (Centrul de arestare preventivă).

Subliniem faptul că art. 5 par. 1 din Convenție reglementează *dreptul la libertatea și siguranța persoanei*, stabilind că nimeni nu poate fi lipsit de libertatea sa, cu excepția cazurilor limitativ prevăzute la lit. a-f. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că domeniul de aplicare a acestui drept include dreptul la libertatea fizică a persoanei, ce constă în posibilitatea acesteia de a se deplasa în mod liber. Totodată, art. 5 din Convenție utilizează atât conceptul de „*arestare*”, cât și cel de „*deținere*”, concepte care au un *caracter autonom*, putând dobândi un înțeles compatibil cu scopurile Convenției față de sensurile lor din drepturile interne ale statelor contractante⁹. Plecând de la aceste prevederi, privarea de libertate este o limitare, exprimată pe calea deciziei organului judiciar prevăzut de lege, a dreptului de a se deplasa al unei

persoane prin raportare la *spațiul restrâns* ce nu poate fi părăsit, la *lipsa consimțământului persoanei pe toată durata măsurii* și la *durata de timp* în care aceasta nu poate părăsi un spațiu determinat, cu condiția însă ca o asemenea lipsire de libertate să nu fie arbitrară¹⁰. În acest context, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a decis cu titlu de principiu că pentru a determina dacă o persoană este „privată de libertate” în sensul art. 5 din Convenție, trebuie să se pornească de la situația ei concretă și să se ia în considerare un ansamblu de criterii, cum sunt natura, durata, efectele și modul de executare a măsurii în discuție¹¹.

Or, toate aceste trăsături se întâlnesc și în cazul luării măsurii preventive a arestului la domiciliu, care are în conținutul său *trei elemente* care trebuie întrunite cumulativ și care îi conferă caracter privativ de libertate, și anume *imobilul unde locuiește inculpatul*, care nu poate fi părăsit, *durata determinată* pentru care măsura poate fi dispusă și *constrângerea* constând în obligația impusă inculpatului de nepărăsire a spațiului de locuit, precum și aceea de a se supune altor restricții stabilite de organul judiciar.

Cu toate acestea, în noul Cod de procedură penală nu există vreo prevedere expresă care să califice arestul la domiciliu ca fiind o măsură privativă de libertate. Singura prevedere din care se poate deduce în mod implicit intenția legiuitorului nostru de a include această măsură în categoria măsurilor privative de libertate, alături de arestarea preventivă, este cea referitoare la condițiile generale de luare a măsurii arestului la domiciliu din cuprinsul art. 218 N.C.pr.pen., în care se arată că arestul la domiciliu se dispune dacă sunt îndeplinite condițiile de luare a măsurii arestării preventive. Codul de procedură penală italian, care a constituit sursa de inspirație pentru introducerea acestei noi măsuri preventive, conține însă o prevedere clară în acest sens, stabilind fără echivoc în art. 284 alin. 5 că „*inculpatul aflat în arest la domiciliu se consideră în stare de arestare preventivă*”.

O interpretare similară se întâlnește și în doctrina franceză, unde se arată că arestul la domiciliu cu supraveghere electronică, introdus în dreptul francez prin Legea penitenciară nr. 2009-1436 din 24 noiembrie 2009¹² este asimilat unei detenții provizorii datorită computării integrale a duratei sale din durata pedepsei privative de libertate pronunțate ulterior, conform art. 142-11 C. pr. pen. francez¹³. Această calificare este și consecința faptului că măsura apare ca excesiv de coercitivă în cadrul unui control judiciar, legiuitorul urmărind să facă din această măsură una autonomă, sperând că în acest fel să fie mai atractivă pentru a deveni o veritabilă alternativă la detenția provizorie¹⁴.

În ceea ce ne privește, considerăm că introducerea acestei măsuri în noul cod, între controlul judiciar pe cauțiune și arestarea preventivă, are ca efect, și la noi, la fel ca și în celelalte legislații, scoaterea în evidență a caracterului gradual al măsurilor preventive. În acest fel, ierarhia măsurilor preventive referitoare la libertatea persoanei este de aici înainte similară cu cea existentă în legislațiile europene, și anume mai întâi libertatea care este *principiul* care face ca orice persoană să se prezinte liber la proces, controlul judiciar simplu, dacă este necesar, și apoi, dacă acesta se dovedește *insuficient*, cel pe cauțiune, sau dacă nici acesta nu apare ca suficient, arestul la domiciliu, urmând ca arestarea preventivă să reprezinte doar o măsură care nu poate fi luată decât *cu titlu excepțional* și dacă obligațiile ce formează controlul judiciar simplu sau pe cauțiune, ori arestul la domiciliu, inclusiv sub supraveghere electronică, nu permit atingerea scopurilor măsurilor preventive¹⁵.

Doctrina italiană¹⁶ a subliniat că măsura arestului la domiciliu comportă pentru imputat, la fel ca și arestarea preventivă (în închisoare), o situație de custodie din care derivă două consecințe: una negativă, care constă în excluderea posibilității comiterii infracțiunii de evadare atunci când imputatul părăsește locul custodiei și alta pozitivă, care constă în aceea că măsura arestului la domiciliu se deduce întotdeauna din pedeapsa aplicată în eventualitatea condamnării ulterioare a inculpatului la pedeapsa închisorii cu executare în regim de detenție.

Credem că prin introducerea arestului la domiciliu în Codul de procedură penală, ca măsură preventivă autonomă printre măsurile preventive privative de libertate, legiuitorul a urmărit două obiective: crearea unei alternative mai ușoare la măsura extremă, cea mai gravă, a arestării preventive, în scopul securizării societății în fața unor indivizi suspectați de încălcarea ordinii de drept, precum și al protejării justiției în fața unor eventuale imixțiuni ale persoanei interesate, constând în influențarea unor martori, distrugerea de probe sau chiar sustragerea de la exercițiul autorității statale; obținerea avantajelor materiale aduse de această măsură, care determină diminuarea unor costuri reprezentate de contravaloarea asigurării condițiilor materiale necesare persoanelor arestate preventiv, care sunt supuse regimului detenției preventive în unități specializate.

În ansamblul său, se poate spune că reglementarea arestului la domiciliu, alături de cea a controlului judiciar simplu și pe cauțiune, contribuie la corelarea legislației interne cu prevederile Convenției europene și cu jurisprudența CEDO, evitându-se condamnarea României la Strasbourg pe motiv că legea internă nu permite măsuri preventive alternative la arestare.

2. Condiții

Există două categorii de condiții de luare a măsurii arestului la domiciliu, și anume: *condiții pozitive* (2.1.) și *condiții negative* (2.2.).

2.1. Condiții pozitive:

Pentru a se putea dispune măsura arestului la domiciliu este necesar să fie îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții pozitive:

A) Să fie pusă în mișcare acțiunea penală. Această condiție rezultă din art. 203 alin. 2 N.C.pr.pen. care prevede că măsura poate fi dispusă doar față de inculpat, în oricare dintre fazele procesului penal, respectiv atât în cursul urmăririi penale, cât și în procedura de cameră preliminară și în cursul judecății, după caz, de către judecătorul de drepturi și libertăți, de către judecătorul de cameră preliminară sau de către instanța de judecată;

B) Să fie îndeplinite toate condițiile prevăzute de lege pentru luarea măsurii arestării preventive. Aceste condiții sunt prevăzute în art. 223 N.C.pr.pen. la care se face trimitere expresă în cuprinsul art. 218 alin. 1 N.C.pr.pen., text care reglementează condițiile generale de luare a măsurii arestului la domiciliu. Aici se pune problema de a ști dacă trebuie îndeplinite doar condițiile sau să existe și vreunul din cazurile de aplicare a măsurii arestării preventive, deoarece prevederea din conținutul art. 218 alin. 1 nu este suficient de clară, făcând trimitere expresă la condițiile prevăzute de art. 223, ce ar putea genera interpretarea că *prevede doar condițiile, nu și cazurile* de luare a măsurii arestării preventive care diferențiază cele două măsuri.

În ceea ce ne privește, credem că textul legal trebuie interpretat în sensul că are în vedere toate condițiile de luare a măsurii, care sunt aceleași în cazul ambelor măsuri, respectiv în cazul arestului la domiciliu și a arestării preventive¹⁷. Identitatea condițiilor legale de luare a celor două categorii de măsuri preventive decurge din conținutul lor comun privativ de libertate, care presupune să existe *condiții stricte, mai restrictive decât în cazul luării celorlalte măsuri preventive restrictive de libertate*¹⁸.

Or, din simpla lecturare a textului art. 223 N. c. pr. pen. se observă că nu este suficient să fie îndeplinită condiția prealabilă necesară luării oricărei măsuri preventive, cu excepția reținerii¹⁹, ci este necesar să existe și vreuna din situațiile care justifică luarea măsurii arestării preventive.

În acest fel, trebuie să existe:

a) probe din care rezultă suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârșit o infracțiune (condiție generală prealabilă)

Prin urmare, simplele indicii, chiar dacă ele ar fi temeinice, nu sunt suficiente pentru luarea măsurii arestului la domiciliu, *spre deosebire de reținere*, pentru care se prevede o condiție alternativă, ca în reglementarea anterioară, respectiv să existe probe sau indicii temeinice (condiție generală prealabilă).

Noua formulă folosită de legiuitor are în vedere *două elemente de noutate* care diferențiază noua reglementare de cea anterioară privind condiția prealabilă luării unei măsuri preventive și anume: prevederea art. 15 din N. C. pr. pen. care stabilește că acțiunea penală se pune în mișcare și se exercită doar atunci când există *probe* din care rezultă presupunerea rezonabilă că o persoană a săvârșit o infracțiune și nu există cazuri care împiedică punerea în mișcare sau exercițiul acesteia²⁰; noua definiție a infracțiunii din art. 15 din N. C. pen., din care este exclus pericolul social ca trăsătură esențială a infracțiunii în locul unei alte trăsături, și anume aceea ca fapta să fie prevăzută de legea penală, acordându-se prioritate acestei trăsături esențiale, pe care vechiul Cod penal a trecut-o ca ultimă trăsătură²¹.

b) Una din următoarele situații, care constituie cazuri de arestare preventivă, și anume:

b1) *inculpatul a fugit ori s-a ascuns cu scopul de a se sustrage de la urmărirea penală sau de la judecată, ori a făcut pregătiri de orice natură pentru astfel de acte;*

b2) *inculpatul încearcă să influențeze un alt participant la comiterea infracțiunilor, un martor ori un expert sau să distrugă, să altereze, să ascundă ori să sustragă mijloacele materiale de probă sau să determine o altă persoană să aibă un astfel de comportament;*

b3) *inculpatul exercită presiuni asupra persoanei vătămate sau încearcă să realizeze o înțelegere frauduloasă cu aceasta;*

b4) *există suspiciunea rezonabilă că, după punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva sa, inculpatul a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune sau pregătește săvârșirea unei noi infracțiuni.*

Cele două condiții trebuie îndeplinite în mod cumulativ, legiuitorul păstrând concepția anterioară consacrată în Codul de procedură penală din 1968, fiind unanim acceptată ca o reglementare mai favorabilă inculpatului față de care se ia o măsură preventivă privativă de libertate în raport cu prevederile Convenției europene în această materie²².

În plus, măsura arestului la domiciliu mai poate fi luată și dacă există *probe din care rezultă suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârșit o infracțiune considerată gravă potrivit noii reglementări, conform listei de infracțiuni întocmite de legiuitor* (o infracțiune intenționată contra vieții, o infracțiune prin care s-a cauzat vătămarea corporală sau moartea unei persoane, o infracțiune contra securității naționale prevăzută de Codul penal și alte legi speciale, o infracțiune de trafic de stupefiante, trafic de arme, trafic de persoane, acte de terorism, spălare a banilor, falsificarea de monede ori alte valori, șantaj, viol, lipsire de libertate, evaziune fiscală, ultraj, ultraj judiciar, o infracțiune de corupție, o infracțiune săvârșită prin mijloace de comunicare electronice sau o altă infracțiune pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de 5 ani sau mai mare) și se constată că *privarea de libertate este necesară pentru înlăturarea unei stări de pericol pentru ordinea publică.*

În termenii noii legi, această din urmă constatare trebuie să se realizeze pe baza evaluării *gravității faptei, a modului și a circumstanțelor de comitere a acesteia, a anturajului și a mediului din care provine inculpatul, a antecedentelor penale și a altor împrejurări privitoare la persoana acestuia.*

Nu vom intra într-o analiză a acestor condiții care aparțin domeniului de aplicare a măsurii arestării preventive, fiind împrumutate în această materie din cuprinsul reglementării condițiilor și cazurilor de luare a măsurii arestării preventive, găsindu-ne în ceea ce privește arestul la domiciliu în prezența unei *norme de trimitere.*

Cu toate acestea, se impun a fi făcute și aici unele *observații:*

Astfel, mai întâi, dacă este lesne de înțeles de ce este necesar ca pentru luarea măsurii arestului la domiciliu să fie întrunite condițiile prevăzute de art. 223, inclusiv să existe vreuna din situațiile de arestare preventivă, nu există nici o explicație pentru aplicarea acestor prevederi și în privința luării măsurii controlului judiciar pe cauțiune, care este o *măsură preventivă restrictivă de libertate*²³. Într-adevăr, art. 216 alin. 1 din N.C.pr.pen. prevede că măsura controlului judiciar pe cauțiune față de inculpat poate fi dispusă, printre altele, dacă sunt întrunite condițiile prevăzute în art. 223 alin. 1 și 2. După părerea noastră, o asemenea reglementare crează confuzii între cele două măsuri și nu ține seama de diferențele de grad care trebuie să existe între o măsură restrictivă de libertate și una privativă de libertate. De asemenea, ea ar putea împiedica aplicarea efectivă și reală a măsurilor preventive alternative la arestarea preventivă.

În al doilea rând, remarcăm *timpul prezent* utilizat de legiuitor pentru redactarea cazurilor de luare a măsurii, cu excepția celui de la lit. a a art. 223 alin. 1²⁴, ceea ce accentuează necesitatea că *temeiurile care stau la baza măsurii să fie actuale*, permițând verificarea măsurii atât în cursul urmăririi penale, cât și în cursul procedurii de cameră preliminară sau a judecății. În plus, subliniem faptul că ele nu reprezintă elemente de noutate în raport cu reglementarea din Codul de procedură penală anterior ci, dimpotrivă, sunt preluate din conținutul acestuia, fiind identice cu cele prevăzute în art. 148 lit. a, b, c, d și e din Codul de procedură penală anterior.

Referitor la *criteriul pericolului pentru ordinea publică*, acesta a fost restrâns considerabil ca o consecință a numeroaselor controverse existente în doctrină și în practica

judiciară anterioară privind vulnerabilitatea acestuia, fiind un temei de arestare utilizat anterior aproape în toate cazurile, în mod obișnuit. Astfel, potrivit noilor modificări, acest criteriu *nu se mai aplică decât pentru infracțiunile grave* enumerate în art. 223 alin. 2 N.C.pr.pen. Aceasta face ca măsura să nu poată fi justificată pe criteriul pericolului pentru ordinea publică decât în mod excepțional și numai pentru fapte grave care fac necesară apărarea ordinii publice.

Deși noul cod stabilește pentru prima dată elementele obiective pe care se bazează constatarea existenței pericolului pentru ordinea publică, acestea nu sunt suficient de clare pentru conturarea noțiunii de „pericol pentru ordinea publică”, neținându-se seama de împrejurarea că acesta nu poate fi prezumat, ci trebuie dovedit în fiecare caz în parte, în conformitate cu jurisprudența CEDO²⁵. Totodată, nu s-a făcut o distincție clară între pericolul pentru ordinea publică pe care îl reprezintă un anumit inculpat și pericolul social generic al unei anumite fapte, cele două noțiuni neputând fi confundate. Astfel, se vorbește de evaluarea gravității faptei, a modului și circumstanțelor de comitere a faptei, a mediului și a anturajului din care provine inculpatul, dar nu se explică ce înseamnă „gravitatea faptei” în sensul legii penale, iar în situația în care modul de comitere a faptei și circumstanțele concrete sunt criteriile menționate separat, ar fi interesant de știut dacă legiuitorul a avut în vedere gradul de pericol social concret al faptei ori numai pericolul social generic al unei anumite fapte, evident, dintre cele enumerate.

În ceea ce ne privește, prima ipoteză ni se pare mai plauzibilă deoarece în partea finală a art. 223 alin. 2 N.C.pr.pen. se arată că privarea de libertate *trebuie să fie necesară* pentru înlăturarea unei stări de pericol pentru ordinea publică. Or, necesitatea luării unei măsuri nu poate fi apreciată *in abstracto*, cu referire la pericolul social generic, reflectat în felul și în limitele legale ale pedepsei, ci *in concreto*, raportat la elemente de fapt concrete care conturează fapta și persoana inculpatului, chiar dacă nu este necesar să se realizeze un examen de fapt complet al cauzei la acest moment procesual.

După părerea noastră, modul de redactare a cazurilor de arestare în noul cod reprezintă un regres în raport cu vechea reglementare deoarece, astfel cum se observă, **nu mai conține condiția privind existența unor date ori a unor probe** din care trebuie să rezulte situația prevăzută de lege. De asemenea, reprezintă un regres și referirea generică la *suspiciunea rezonabilă*, în cazul temeiului constând în săvârșirea unei noi infracțiuni, fiind evidentă inferioritatea noii reglementări în raport cu reglementarea anterioară care nu se limita la o simplă suspiciune rezonabilă (element subiectiv, bazat pe o simplă apreciere sau evaluare), ci pretindea să existe date, adică elemente de fapt concrete.

c) Luarea măsurii să fie necesară și suficientă pentru realizarea unuia dintre scopurile prevăzute de art. 202 alin. 1. Formula folosită de legiuitor nu este suficient de clară. Credem că necesitatea și suficiența unei măsuri preventive nu trebuie puse pe același plan. Ele se subordonează scopurilor măsurilor preventive (asigurarea bunei desfășurări a procesului penal, împiedicarea sustragerii inculpatului de la urmărirea penală sau de la judecată, ori prevenirea săvârșirii unei alte infracțiuni), se apreciază în mod diferit în raport de elementele de fapt concrete și reflectă rezultatul alegerii măsurii preventive pe care judecătorul o consideră cea mai potrivită pentru realizarea scopului urmărit. În acest fel, *necesitatea*

măsurii se apreciază în raport de criteriile legale de apreciere, indispensabile luării măsurii preventive privative de libertate, fiind necesar să aibă la bază și o motivație specială susceptibilă să excludă posibilitatea luării unei măsuri preventive mai ușoare, pe când *suficiența* presupune o operațiune de analiză în raport de oportunitatea luării unei alte măsuri preventive, mai grave, cum este arestarea preventivă pentru a stabili dacă arestul la domiciliu este în concret o măsură suficientă pentru realizarea vreunui din scopurile arătate în art. 202 alin. 1.

În orice caz, alineatul 2 al art. 218 N.C.pr.pen. prevede că aprecierea îndeplinirii condițiilor prevăzute în alin. 1 se face ținându-se seama de *gradul de pericol al infracțiunii, de scopul măsurii, de sănătatea, vârsta, situația familială și alte împrejurări privind persoana față de care se ia măsura*²⁶. Aceste criterii nu reprezintă o noutate, ele fiind preluate din vechiul art. 136 alin.ultim C.pr.pen. anterior, unde sunt reglementate ca și criteriile de alegere a măsurii preventive. Deși din modul de formulare a textului se poate înțelege că aprecierea în raport de criteriile enumerate privește îndeplinirea tuturor condițiilor, în realitate, credem că ele nu se pot referi decât la condițiile *necesității și suficienței* măsurii. Criteriul *suficienței*, care este un element de noutate în raport de reglementarea anterioară, face parte, alături de *necesitatea* măsurii, din jocul alegerii măsurii preventive prin recurgerea la criteriile de apreciere prevăzute de lege.

2.2. Condițiile negative

Potrivit art. 218 alin. 3 N.C.pr.pen., există două situații de excepție când măsura arestului preventiv nu poate fi dispusă, situații care corespund unor condiții negative. Ele se adaugă condițiilor pozitive și privesc, astfel cum le definește art. 218 N.C.pr.pen., condițiile generale de luare a măsurii arestului la domiciliu. Astfel cum se observă din conținutul lor, ambele au ca element comun conduita anterioară a inculpatului, deoarece măsura arestului la domiciliu, deși privativă, presupune totuși un nivel mai redus de privare de libertate în raport cu arestarea preventivă, care are ca premisă încrederea acordată inculpatului de judecător²⁷. Aceste condiții sunt:

a) să nu existe suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârșit o infracțiune asupra unui membru de familie;

Prin membru de familie se înțelege, conform art. 177 alin. 1 din N.C.pen.: ascendenții și descendenții, frații și surorile, copiii acestora, precum și persoanele devenite prin adopție, potrivit legii, astfel de rude; soțul; persoanele care au stabilit relații asemănătoare aceloră dinte soți sau dintre părinți și copii, în cazul în care conviețuiesc. Rațiunea pentru care este reglementată o asemenea situație de excepție este aceea că ar fi lipsit de eficiență și realmente periculos ca inculpatul să fie silit să coabiteze cu cel pe care l-a vătămat, chiar dacă aceasta se constată doar pe baza unei suspiciuni rezonabile²⁸.

Credem, însă, că acest caz este reglementat defectuos, ținând seama de rațiunea care a justificat existența lui. Considerăm că ar fi fost necesar să se prevadă și condiția ca inculpatul să locuiască împreună cu membrul de familie, pentru că altfel interdicția luării măsurii în această situație nu are nicio justificare. Inserarea unei asemenea condiții se impunea, știut fiind faptul că există situații în care inculpatul locuiește separat de familia sa.

b) inculpatul să nu fi fost anterior condamnat definitiv pentru infracțiunea de evadare.

Prin instituirea acestei măsuri, legiuitorul a urmărit să elimine riscul părăsirii imobilului și a încălcării obligației impuse, considerând că o persoană care a fost condamnată anterior pentru infracțiunea de evadare, nu va respecta nici măsura arestului la domiciliu, lucru care nu este neapărat adevărat, deoarece o persoană care nu a putut suporta condițiile mediului de detenție ar putea să se simtă mai confortabil în mediul de acasă²⁹.

Această condiție este prevăzută și de art. 284 alin. 5 bis din C.pr.pen.it., introdus prin Legea nr. 128 din 28 martie 2001, în care se arată că nu se poate dispune arestul la domiciliu împotriva celui care a fost condamnat pentru infracțiunea de evadare în timpul celor cinci ani de dinaintea faptei pentru care se ia măsura.

După modelul italian, credem că și la noi se impune o atenuare a acestei derogări, nefiind echitabilă excluderea de la beneficiul acestei măsuri în toate cazurile în care se constată că inculpatul a suferit anterior o condamnare pentru infracțiunea de evadare, indiferent de timpul scurs de la condamnarea definitivă până la momentul când se ia această măsură.

Ce se întâmplă în situația în care anterior a mai fost luată măsura arestului la domiciliu față de inculpat? Ea mai poate fi luată în aceeași cauză penală pentru aceeași faptă? Dar dacă au intervenit elemente noi? Nu s-ar impune prevederea unei asemenea situații în N.C.pr.pen.? Credem că ar putea fi justificată instituirea condiției ca inculpatul să nu fi fost arestat la domiciliu anterior, însă sub rezerva intervenirii unor elemente noi, făcându-se trimitere similară la instituția rearestării preventive.

3. Procedura luării măsurii

3.1. Luarea măsurii arestului la domiciliu de către judecătorul de drepturi și libertăți

Articolul 219 N.C.pr.pen. reglementează procedura luării măsurii arestului la domiciliu în faza de urmărire penală. În centrul procedurii se află judecătorul de drepturi și libertăți care are competența de a dispune față de inculpat măsura arestului la domiciliu la propunerea motivată a procurorului care efectuează sau care supraveghează urmărirea penală. Legea prevede o *competență alternativă* a judecătorului de drepturi și libertăți din cadrul instanței, preluând, sub acest aspect, vechile prevederi referitoare la procedura luării măsurii arestării preventive din Codul de procedură penală anterior. Astfel, competența de luare a măsurii arestului la domiciliu în faza de urmărire penală aparține judecătorului de drepturi și libertăți de la instanța căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță sau de la instanța corespunzătoare în grad acesteia în a cărei circumscripție se află locul unde s-a constatat săvârșirea infracțiunii ori sediul parchetului din care face parte procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală.

Procedura se declanșează prin înaintarea propunerii procurorului de către acesta împreună cu dosarul cauzei judecătorului de drepturi și libertăți³⁰. Este de observat că nu se prevede condiția audierii inculpatului în vederea întocmirii propunerii de către procuror, ceea ce, după părerea noastră este un regres în raport cu reglementarea anterioară referitoare la procedura arestării preventive a inculpatului în faza de urmărire penală. De asemenea, nu se

prevede nici condiția existenței unui acord al inculpatului, care poate fi dat în cursul sau la sfârșitul unei audieri. Credem că este obligatorie parcurgerea unei asemenea proceduri prealabile întocmirii propunerii și sesizării judecătorului de drepturi și libertăți deoarece, în principiu, măsura arestului la domiciliu nu ar trebui să poată fi dispusă, având în vedere locul unde se execută, fără acordul inculpatului sau a unei cereri din partea acestuia³¹.

În privința procedurii în fața judecătorului de drepturi și libertăți, subliniem ca o trăsătură generală faptul că *termenele în materie sunt foarte scurte*. După părerea noastră, ele decurg atât din caracterul urgent al procedurii, cât și din necesitatea apărării eficiente a valorii juridice atinse de presupusa activitate infracțională. Astfel, se prevede că, primind propunerea procurorului, judecătorul de drepturi și libertăți fixează termen de soluționare în camera de consiliu în termen de 24 de ore de la înregistrarea propunerii și dispune citarea inculpatului. Modul de formulare ni se pare, însă, neclar și defectuos. Credem că textul trebuie interpretat în sensul că termenul poate fi și mai scurt de 24 de ore de la înregistrarea propunerii, scopul urmărit de legiuitor fiind acela de a fixa o durată maximă, care nu poate fi depășită din motive de celeritate, nu un termen fix.

Din conținutul reglementării, rezultă că este obligatorie citarea inculpatului. Ea se realizează cu respectarea noilor dispoziții privind citarea cuprinse în art. 257-262 din N.C.pr.pen., putându-se face atât prin citare acasă, cât și prin notă telefonică sau telegrafică, încheindu-se în acest sens un proces-verbal ori prin intermediul poștei electronice sau prin orice alt sistem de mesagerie electronic cu acordul persoanei citate.

Ca și element de noutate, în raport cu procedura luării măsurii arestării preventive, prezența inculpatului legal citat la examinarea propunerii de luare a măsurii nu este necesară, judecătorul nefiind ținut în loc de împrejurarea că inculpatul lipsește. Astfel, se prevede expres că neprezentarea inculpatului nu împiedică judecătorul de drepturi și libertăți să soluționeze propunerea înaintată de procuror. Măsura este justificată de urgența procedurii și de necesitatea împiedicării încălcării principiului celerității ori a unui eventual abuz de drept, de care legiuitorul pare să fie preocupat în noul cod în cel mai înalt grad. După părerea noastră, această măsură poate lăsa loc arbitrariului dacă regulile de procedură privind citarea nu sunt strict aplicate și verificate și creează riscul încălcării dreptului la apărare.

Singurele norme imperative se referă la audierea inculpatului când este prezent, asistența juridică obligatorie, ca în cazul celorlalte măsuri preventive, și participarea procurorului care, la fel, este cerută cu caracter obligatoriu, sub sancțiunea nulității absolute. În acest fel, se prevede, în mod expres, că judecătorul de drepturi și libertăți îl audiază pe inculpat atunci când acesta este prezent. De asemenea, se prevede că asistarea juridică a inculpatului și participarea procurorului sunt obligatorii.

Soluționarea propunerii procurorului se face prin admitere sau respingere. Judecătorul de drepturi și libertăți admite sau respinge propunerea procurorului prin încheiere motivată. În consecință, motivarea încheierii este obligatorie întotdeauna, indiferent de soluția dată. În cazul respingerii propunerii procurorului, judecătorul de drepturi și libertăți poate dispune, prin aceeași încheiere, luarea uneia dintre măsurile preventive prevăzute în art. 202 alin. 4 lit. b și c, dacă sunt întrunite condițiile prevăzute de lege, respective controlul judiciar și controlul judiciar pe cauțiune. Aceasta înseamnă că în caz de respingere a propunerii, legea lasă

judecătorului posibilitatea de a aprecia asupra oportunității unei alte măsuri preventive, chiar mai ușoară, chiar dacă nu a fost sesizat în acest sens, însă numai dacă sunt întrunite condițiile prevăzute de lege pentru luarea acestei măsuri, dacă aceasta este o măsură necesară sau suficientă, după caz, măsură care poate fi alternativă la arestare³².

În alineatul 8 al art. 219 N.C.pr.pen.³³ se mai prevede că dosarul cauzei se restituie organului de urmărire penală în termen de 24 de ore de la expirarea termenului de formulare a contestației. Nu se prevede însă ce se întâmplă în cazul în care se face contestație fie de către procuror, fie de către inculpat împotriva încheierii judecătorului de drepturi și libertăți. În această situație, sunt aplicabile prevederile art. 204 alin. 13 N.C.pr.pen. în care se arată că dosarul cauzei se restituie procurorului în termen de 48 de ore de la soluționarea contestației.

3.2. Luarea măsurii arestului la domiciliu de către judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată

Procedura reglementată de art. 220 din N.C.pr.pen. privind luarea măsurii arestului la domiciliu în procedura camerei preliminare și în faza de judecată este similară arestării preventive în cursul judecării prevăzută de Codul de procedură penală anterior. Ea constă, în esență, în posibilitatea acordată judecătorului de cameră preliminară sau instanței de judecată în fața căreia se află cauza, de a dispune, prin încheiere, arestul la domiciliu al inculpatului, la cererea motivată a procurorului sau din oficiu. În privința procedurii, sunt aplicabile, în general, aceleași reguli examinate anterior, cu unele excepții. Astfel, se prevede, în mod expres, că judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată, sesizată conform alin. (1), dispune citarea inculpatului³⁴. Audierea inculpatului este obligatorie dacă acesta se prezintă la termenul fixat. De asemenea, asistența juridică a inculpatului și participarea procurorului sunt obligatorii.

Totodată, se face trimitere expresă la art. 219 alin. (4), (7) și (9), care se aplică în mod corespunzător. Potrivit acestor prevederi, neprezentarea inculpatului nu împiedică judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată să soluționeze propunerea înaintată de procuror. De asemenea, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată admite sau respinge propunerea procurorului prin încheiere motivată. În mod similar se pronunță și atunci când ia măsura din oficiu. În fine, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată care respinge propunerea procurorului poate dispune, prin aceeași încheiere, fie luarea controlului judiciar, fie a controlului pe cauțiune, dacă sunt întrunite condițiile prevăzute de lege. O asemenea măsură poate fi dispusă și din oficiu, atât de judecătorul de cameră preliminară, cât și de instanța de judecată, în condițiile prevăzute de lege.

4. Conținutul măsurii arestului la domiciliu

Potrivit art. 221 alin. 1 și 2 N.C.pr.pen., în conținutul măsurii arestului la domiciliu intră atât *obligația*, limitată în timp, impusă inculpatului de a nu părăsi *imobilul unde locuiește*³⁵, fără încuviințarea organului judiciar care a dispus măsura sau în fața căruia se află cauza, cât și restricții la care este supus inculpatul pe perioada măsurii, *restricții* care sunt prevăzute ca *obligații*, în mod similar cu cele care formează conținutul controlului judiciar. Spre deosebire,

Însă, de vechile măsuri ale interdicției de a părăsi țara sau localitatea, restricțiile prevăzute de N.C.pr.pen. sunt mult mai sumare și vizează instituirea unui control permanent și riguros al organului judiciar asupra persoanei cercetate și ocrotirea actului de justiție. Astfel, se prevede că pe durata arestului la domiciliu, inculpatul are următoarele obligații:

a) să se prezinte în fața organului de urmărire penală, a judecătorului de drepturi și libertăți, a judecătorului de cameră preliminară sau a instanței de judecată ori de câte ori este chemat;

b) să nu comunice cu persoana vătămată sau membrii de familie ai acesteia, cu alți participanți la comiterea infracțiunii, cu martorii ori experții, precum și cu alte persoane stabilite de organul judiciar.

Aceste obligații formează un control judiciar restrâns, în raport cu obligațiile care constituie controlul judiciar și cel pe cauțiune ca măsuri preventive autonome. Doctrina recentă³⁶ a criticat acest mod de reglementare, apreciindu-se că trebuie adoptată soluția legiuitorului francez, care permite judecătorului să poată impune inculpatului pe lângă arestul la domiciliu oricare dintre obligațiile ce pot fi impuse în cadrul controlului judiciar, inclusiv interzicerea accesării unor servicii on-line prin intermediul unui computer conectat la internet, în cazul unui inculpat acuzat de comiterea unor infracțiuni informatice.

Isolarea impusă de lege în acest caz este parțială, asigurând protecția ordinii de drept, dar fiind totuși mai puțin traumatizantă pentru inculpat și familia sa decât detenția preventivă într-o unitate specializată.

Ce se întâmplă dacă inculpatul nu deține o locuință proprie? Situația pare fără ieșire. Credem că putea fi adoptată soluția din codul italian, unde în art. 248 alin. 1 C.pr.pen.it. se prevede că judecătorul ordonă inculpatului să nu se îndepărteze de propria locuință sau de o locuință privată ori de un loc public de îngrijire sau de asistență.

O altă prevedere care, însă, nu este o noutate, deoarece a existat și în reglementarea anterioară, în privința măsurii obligării inculpatului de a nu părăsi țara sau localitatea ori a liberării provizorii sub control judiciar sau pe cauțiune, se referă la *posibilitatea ca judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată să dispună ca pe durata arestului la domiciliu inculpatul să poarte permanent un sistem electronic de supraveghere*. Întrucât prevederea este deosebit de intruzivă, după opinia noastră ea *nu poate fi justificată decât de cauze temeinic ancorate în lege*, situate departe de presupunerea rezonabilă sau a bănuielii legitime. De aceea, credem că în absența unor dovezi certe că este necesar ca inculpatul să fie supravegheat de aproape și permanent, din motive concrete, măsura ar putea apărea abuzivă și în contradicție cu reglementările internaționale privind drepturile omului.

În Legea nr. 254/2013 (art. 124 alin. 2) se arată că în situația în care, cu ocazia dispunerii măsurii arestului la domiciliu, se stabilește ca inculpatul să poarte un dispozitiv electronic de supraveghere, potrivit art. 221 alin. (3) din Codul de procedură penală, modul de utilizare a acestuia, precum și *condițiile referitoare la transmiterea, modificarea și stocarea datelor obținute prin supravegherea electronică* se stabilesc prin regulamentul de aplicare a acestei legi.

În cuprinsul încheierii prin care se dispune măsura sunt prevăzute în mod expres obligațiile pe care inculpatul trebuie să le respecte și i se atrage atenția că, în caz de încălcare cu rea-credință a măsurii sau a obligațiilor care îi revin, măsura arestului la domiciliu poate fi înlocuită cu măsura arestării preventive. În acest fel, în încheierea prin care se instituie măsura, trebuie să se specifice obligațiile impuse inculpatului pe perioada arestului la domiciliu, deoarece stabilirea acestora nu poate fi lăsată la latitudinea organului de supraveghere. Așa cum reiese din prevederile art. 221 alin. 11 C.pr.pen., în cazul în care inculpatul *încalcă cu rea-credință* măsura arestului la domiciliu sau obligațiile care îi revin ori există suspiciunea rezonabilă că a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune pentru care s-a dispus punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva sa, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară ori instanța de judecată, *la cererea motivată a procurorului sau din oficiu*, poate dispune înlocuirea arestului la domiciliu cu măsura arestării preventive, în condițiile prevăzute de lege.

În acest caz, sesizarea procurorului, în cursul urmăririi penale, a judecătorului de cameră preliminară, în procedura de cameră preliminară sau a instanței de judecată, în cursul judecății, se realizează potrivit art. 221 alin. 9 N.C.pr.pen. de instituția, organul sau autoritatea desemnate de organul judiciar care a dispus arestul la domiciliu în vederea verificării periodice a respectarea măsurii și a obligațiilor de către inculpat, în cazul în care constată încălcări ale acestora. Acest text se coroborează cu art. 131 din Legea nr. 254/2013 privind procedura de sesizare în cazul nerespectării cu rea-credință a măsurii și a obligațiilor. Astfel, se prevede că, în cazul în care organul de supraveghere, care este, potrivit legii, organul de poliție în a cărui circumscripție se află imobilul în care locuiește inculpatul, stabilit prin încheiere, constată nerespectarea cu rea-credință a măsurii și a obligațiilor impuse inculpatului, acesta întocmește o sesizare motivată pe care o înaintează, de îndată, procurorului, în cursul urmăririi penale, judecătorului de cameră preliminară, în procedura de cameră preliminară, sau instanței de judecată, în cursul judecății. În vederea întocmirii sesizării, organul de supraveghere verifică situația de fapt și audiază inculpatul, dacă este posibil, sau alte persoane. Totodată, organele judiciare pot consulta dosarul individual al inculpatului.

În același timp, potrivit art. 132 din Legea nr. 254/2013, organul de supraveghere colaborează cu autoritățile locale, alte organe de ordine și siguranță publică, precum și cu orice persoane fizice și juridice care ar putea oferi informații privind îndeplinirea sau neîndeplinirea obligațiilor impuse de organul judiciar care a luat măsura. Dacă aceste persoane iau cunoștință, în orice mod, despre încălcarea măsurii arestului la domiciliu și a obligațiilor impuse inculpatului, informează, de îndată, organul de supraveghere, pentru a sesiza organul judiciar competent, potrivit dispozițiilor Codului de procedură penală. În cazul în care inculpatul are obligația de a nu intra în legătură cu anumite persoane, organul de supraveghere identifică și contactează persoanele care ar putea furniza informații relevante despre o eventuală neîndeplinire a obligației³⁷.

Umanismul măsurii arestului la domiciliu reiese din unele prevederi care conțin *atenuări* ale regimului juridic strict impus prin luarea unei asemenea măsuri, stabilindu-se că, în anumite condiții, organul judiciar poate permite părăsirea imobilului pentru satisfacerea anumitor necesități ale inculpatului sau ale comunității. Astfel, se prevede mai întâi în alineatul

5 al art. 221 C.pr.pen. că pe durata măsurii inculpatul poate părăsi imobilul pentru prezentarea în fața organelor judiciare, la chemarea acestora³⁸. Apoi, la alin. 6 se prevede că, la cererea scrisă și motivată a inculpatului, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată, prin încheiere, îi poate permite acestuia părăsirea imobilului pentru prezentarea la locul de muncă, la cursuri de învățământ sau de pregătire profesională ori la alte activități similare sau pentru procurarea mijloacelor esențiale de existență, precum și în alte situații temeinic justificate. Textul nu explică, însă, ce se înțelege prin „situații temeinic justificate”, altele decât cele enumerate anterior, ceea ce ar putea conduce la arbitrarul în luarea acestei măsuri.

Alineatul 7 al aceluiași articol mai prevede, cu titlu de excepție, că în cazuri urgente, pentru motive întemeiate, inculpatul poate părăsi imobilul, fără permisiunea judecătorului de drepturi și libertăți, a judecătorului de cameră preliminară sau a instanței de judecată, pe durata de timp strict necesară, informând imediat despre aceasta instituția, organul sau autoritatea desemnată cu supravegherea sa și organul judiciar care a luat măsura arestului la domiciliu ori în fața căruia se află cauza. Potrivit art. 127 din Legea nr. 254/2013, se află în situația prevăzută de art. 221 alin. 7 C.pr.pen., inculpatul care a părăsit imobilul pentru a salva de la un pericol imediat viața, integritatea corporală sau sănătatea sa ori a altei persoane sau un bun important al său ori al altei persoane sau un interes general. În aceste situații, organul de supraveghere verifică realitatea și temeinicia motivelor invocate.

Potrivit art. 221 alin. 8 N.C.pr.pen., copia încheierii judecătorului de drepturi și libertăți, a judecătorului de cameră preliminară sau a instanței de judecată prin care s-a luat măsura arestului la domiciliu se comunică, de îndată, inculpatului și instituției, organului sau autorității desemnate cu supravegherea sa, organului de poliție în a cărei circumscripție locuiește acesta, serviciului public comunitar de evidență a persoanelor și organelor de frontieră. Practic, acest text stabilește care sunt organele statului care execută, din punct de vedere administrativ, dispozițiile organului judiciar care a dispus arestul la domiciliu. El trebuie coroborat și cu art. 128 din Legea nr. 254/2013, care prevede că încheierile organului judiciar cu privire la luarea, prelungirea, încetarea, revocarea, înlocuirea arestului la domiciliu, precum și cele privind permisiunea de părăsire a imobilului se comunică, de îndată, organului de supraveghere.

În supravegherea modului în care sunt aduse la îndeplinire obligațiile impuse inculpatului de judecător, obligații care formează conținutul arestului la domiciliu, noul cod permite organului judiciar să pătrundă în imobilul unde se execută măsura, fără învoirea inculpatului sau a persoanelor care locuiesc împreună cu acesta. O asemenea măsură este puternic intruzivă, iar în justificarea ei nu s-ar putea regăsi, după părerea noastră, decât interesul superior al împiedicării comiterii altor fapte ori al ocrotirii unor valori primordiale. De aceea, considerăm că prevederea este excesivă și nejustificată în actuala formă, prevăzându-se în mod expres că „pentru supravegherea respectării măsurii arestului la domiciliu sau a obligațiilor impuse inculpatului pe durata acesteia, organul de poliție poate pătrunde în imobilul unde se execută măsura, fără învoirea inculpatului sau a persoanelor care locuiesc împreună cu acesta”.

Articolul 284 din Codul de procedură penală italian are o prevedere similară mult mai circumstanțială, art. 284 stabilind cu titlu general că „procurorul sau poliția judiciară, chiar și din proprie inițiativă, pot controla în orice moment respectarea ordinei impuse inculpatului”.

În această privință, este mult mai rezervată Legea nr. 254/2013, care prevede în art. 129 alin. 3 că organul de supraveghere dispune efectuarea, periodic ori la sesizare, de vizite inopinate, în orice moment al zilei, la locuința inculpatului sau în locurile stabilite prin încheierea judecătorului de drepturi și libertăți, judecătorului de cameră preliminară sau instanței de judecată, pentru verificarea respectării măsurii și a obligațiilor de către persoana supravegheată. Efectuarea de vizite inopinate de către organul de supraveghere este adusă de îndată la cunoștința judecătorului de drepturi și libertăți, a judecătorului de cameră preliminară sau a instanței de judecată, după caz.

5. Durata arestului la domiciliu

Articolul 222 din N.C.pr.pen. care constituie sediul de reglementare a duratei măsurii arestului la domiciliu conține prevederi detaliate care nu se îndepărtează de cele care au existat în codul anterior în privința duratei măsurii arestării preventive. Noua reglementare nu este momentan inovatoare și se limitează la preluarea prevederilor anterioare. Astfel, se prevede în alin. 1 că în cursul urmăririi penale, arestul la domiciliu poate fi luat pe o durată de cel mult 30 de zile.

În privința prelungirii măsurii, se prevede că arestul la domiciliu poate fi prelungit, în cursul urmăririi penale, *numai în caz de necesitate*, dacă se mențin temeiurile care au determinat luarea măsurii sau au apărut temeiuri noi, fiecare prelungire neputând să depășească 30 de zile. În acest caz, prelungirea arestului la domiciliu poate fi dispusă de către judecătorul de drepturi și libertăți de la instanța căreia i-ar reveni competența să judece cauza în primă instanță sau de la instanța corespunzătoare în grad acesteia în a cărei circumscripție se află locul unde s-a constatat săvârșirea infracțiunii ori sediul parchetului din care face parte procurorul care efectuează sau supraveghează urmărirea penală.

Judecătorul de drepturi și libertăți este sesizat în vederea prelungirii măsurii de către procuror, prin propunere motivată, însoțită de dosarul cauzei, cu cel puțin 5 zile înainte de expirarea duratei acesteia. Judecătorul de drepturi și libertăți, sesizat potrivit legii, fixează termen de soluționare a propunerii procurorului, în camera de consiliu, mai înainte de expirarea duratei arestului la domiciliu și dispune citarea inculpatului. Participarea procurorului este obligatorie.

Din cuprinsul reglementării rezultă, pe de o parte, că dacă art. 219 C.pr.pen. prevedea în privința luării măsurii, în mod expres, că lipsa inculpatului citat nu împiedică judecarea cauzei, în acest caz o asemenea prevedere lipsește, putându-se ajunge la interpretarea că în procedura de prelungire a măsurii prezența inculpatului este absolut necesară la soluționarea cauzei, iar pe de altă parte, că textul nu conține nicio dispoziție expresă referitoare la asigurarea asistenței juridice obligatorii, fiind aplicabile în acest caz prevederile comune referitoare la asistarea juridică.

Procedura se poate finaliza, la fel ca în vechea reglementare, fie prin admiterea, fie prin respingerea propunerii procurorului. În toate situațiile, judecătorul de drepturi și libertăți se pronunță prin *încheiere motivată*. De asemenea, dosarul cauzei se restituie organului de urmărire penală, în termen de 24 de ore de la expirarea termenului de formulare a contestației.

Referitor la *durata maximă a arestului la domiciliu*, ea este cea încetățenită prin lege până acum, respectiv de 180 de zile, în cursul urmăririi penale³⁹. Pentru faza de cameră preliminară și pentru faza de judecată, însă, nu se prevede o durată maximă a arestului la domiciliu și nici un termen orientativ, respectiv o durată rezonabilă a măsurii preventive, ea urmând a fi analizată de la caz la caz, în concordanță cu principiile generale care decurg din art. 5 parag. 3 din Convenție. În procedura de cameră preliminară și în cursul judecății este reglementată o procedură de verificare a măsurii preventive a arestului la domiciliu atât la primirea dosarului, cât și pe parcurs, în mod periodic, dar nu mai târziu de 30 de zile în cameră sau de 60 de zile în faza de judecată (art. 207 și 208 N.C.pr.pen.)

În art. 222 alin. 10 N.C.pr.pen. se prevede în mod expres că durata privării de libertate dispusă prin măsura arestului la domiciliu nu se ia în considerare pentru calculul duratei maxime a măsurii arestării preventive a inculpatului în cursul urmăririi penale. Această prevedere este, după părerea noastră, destul de periculoasă, fiind izvor de abuzuri, deoarece înlătură în întregime orice garanție referitoare la interdicția arestării unei persoane de două ori pentru aceeași faptă.

6. Concluzii

Codul de procedură penală actual a creat noua măsură preventivă a arestului la domiciliu cu scopul de a întări caracterul excepțional al arestării preventive. Introducerea acestei măsuri printre măsurile preventive trebuie înțeleasă în sensul că recurgerea la arestarea preventivă trebuie să reprezinte ultima măsură preventivă care poate fi dispusă doar *in extremis*, respectiv numai dacă arestul la domiciliu nu pare suficient. Măsura nu apare în cadrul unui control judiciar, ci ca o măsură autonomă, având un regim propriu, sperându-se că, în acest fel, va fi mai „atractivă”, chiar dacă este însoțită de obligațiile enunțate în art. 221 alin. 2 și 3 N.C.pr.pen., ce formează un control judiciar restrâns.

Până la legiferarea arestului la domiciliu, legislația noastră procesual penală a cunoscut doar obligarea de a nu părăsi localitatea sau țara ca „alternativă” la arestare, iar controlul judiciar era fie atașat acestora, fie subsidiar arestării, nefiind o măsură intermediară, alternativă, distinctă, ca în prezent. Arestarea preventivă nu era nici mai mult nici mai puțin decât o măsură extremă, care constrângea judecătorul să practice totul sau nimic, respectiv fie încarcerarea, fie libertatea⁴⁰, fiind rare situațiile în care, respingându-se propunerea de arestare preventivă, se dispunea luarea unei măsuri „alternativă”.

Considerând, pe bună dreptate, că măsurile existente în Codul de procedură penală anterior erau insuficiente pentru a garanta o reală alternativă la arestare, legea de procedură penală actuală conține, dintr-o dată, pe lângă controlul judiciar și cel pe cauțiune ca măsuri autonome, arestul la domiciliu care concurează cu măsura arestării preventive cu care este

asimilată din punctul de vedere al conținutului privativ de libertate. Credem că motivul principal pentru care Codul de procedură penală actual a introdus arestul la domiciliu printre măsurile preventive care pot fi dispuse față de inculpat a fost acela de reducere a numărului încă prea ridicat de persoane aflate în stare de arest preventiv pe care modificările recente aduse Codului de procedură penală anterior nu au reușit să-l reducă în mod semnificativ. În ce măsură s-a realizat acest deziderat este prea devreme să ne pronunțăm la acest moment, însă avem speranța că intercalându-se între punerea sub control judiciar și arestarea preventivă a inculpatului, arestul la domiciliu însoțit și de supravegherea electronică va permite atingerea acestui obiectiv, devenind o veritabilă alternativă la arestare.

* Prof.univ.dr., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca.

¹ M. Of. nr. 515 din 14 august 2013.

² M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010.

³ A se vedea J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 3^e édition, Dalloz, Paris, 2008, p. 407, 409, 508-509. S-a arătat că aresturile la domiciliu pot fi dispuse nu numai ca măsuri preventive, înainte de o hotărâre de condamnare definitivă, cât și ca pedepse intermediare, îndeosebi în legislațiile anglo-saxone. În general, ele comportă trei modalități: încarcerarea la domiciliu (*home incarceration*) care este cea mai severă, cum este în dreptul spaniol, unde legea din 2003 a creat localizarea permanentă (*localizacion permanente*); *home detention*, care este o formulă mai puțin severă, permițându-se părăsirea domiciliului pentru exercitarea profesiei ori pentru a urma un curs de învățământ sau un tratament medical; *curfew*, care nu obligă inculpatul să rămână la domiciliu decât anumite ore determinate în decizia judecătorului.

⁴ Art. 202 alin. (4) conține o enumerare exhaustivă a măsurilor preventive care pot fi dispuse în noua reglementare, stabilind că măsurile preventive sunt: a) reținerea; b) controlul judiciar; c) controlul judiciar pe cauțiune; d) arestul la domiciliu; e) arestarea preventivă.

⁵ În același sens, a se vedea, F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traite de procedure penale*, deuxième edition, Edition Economica, Paris 2013, p. 1855.

⁶ Această calificare impune judecătorului ca atunci când este sesizat cu o propunere de luare a măsurii arestării preventive să n-o examineze exclusiv, ci să analizeze, în prealabil, dacă nu poate fi luată o măsură mai ușoară pe scara măsurilor preventive prevăzute de lege începând cu arestul la domiciliu.

⁷ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, tredicesima edizione, Giuffrè Editore, Milano 2012, p.403.

⁸ Natura juridică a arestului la domiciliu este conformată și de Legea nr. 302/2004 privind cooperarea judiciară penală internațională, republicată (M.Of. nr. 377 din 31 mai 2011) în art. 15, astfel cum este interpretat de I.C.C.J. - S.U. prin decizia nr. 22 din 12 octombrie 2009 (M.Of. nr. 290 din 4 mai 2010) în sensul că „durata arestului la domiciliu, executat în străinătate, măsură privativă de libertate, în accepțiunea art. 5 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, trebuie luată în calcul în cadrul procedurii penale române și dedusă din durata închisorii aplicate de instanțele române.”

- ⁹ A se vedea C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 236-237.
- ¹⁰ A se vedea D. Bogdan, *Arestarea preventivă și detenția în jurisprudența CEDO*, București, 2008, p. 9.
- ¹¹ CEDO, 25 iunie 1996, *Amuur c. Franței*, parag. 42, Recueil 1996-III.
- ¹² J.O., 24 noiembrie 2009, p. 20192.
- ¹³ A se vedea în acest sens, F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *op. cit.*, 2013, p. 1855-1856; J. Pradel, *Procédure pénale*, 17^e dition, Edition Cujas, Paris, 2013, p. 663; S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 9^e édition, LexisNexis, Paris, 2013, p. 1200; C. Renault-Brahinsky, *Procédure pénale*, 15^e édition, Lextenso éditions, Paris, 2014, p. 163; J. Larguier, Ph. Conte, *Procédure pénale*, 23^e édition, Dalloz, Paris, 2014, p. 273.
- ¹⁴ F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *precit.*
- ¹⁵ A se vedea J. Pradel, *op. cit.*, p. 636 („*Le nouveau scheme est donc clair: un principe de liberte, a defaut une mesure de control judiciaire a defaut une assignation a residence avec surveillance electronique, a defaut enfin la detention provisoire*”).
- ¹⁶ P. Tonini, *op. cit.*, p. 403.
- ¹⁷ În același sens, a se vedea A. Fanu-Moca, C. Roșu, *Arestul la domiciliu – o măsură preventivă cu caracter de noutate în legislația română*, Dreptul nr. 1/2014, p. 89-90; D. Atășei, *Arestul la domiciliu în N. Volonciu ș.a., op. cit.*, p. 483.
- ¹⁸ Clasificarea măsurilor preventive în măsuri privative și restrictive de libertate apare pentru prima dată în mod explicit în N.C.pr.pen. în art. 9, care prevede principiul dreptului la libertate și siguranță. În alineatul 2 se prevede în mod expres ca element de noutate, cu titlu de principiu, că „orice măsură privativă sau restrictivă de libertate se dispune în mod excepțional și doar în cazurile și în condițiile prevăzute de lege”.
- ¹⁹ În cazul reținerii se prevede că măsura poate fi dispusă și față de suspect. Așa se explică de ce, spre deosebire de celelalte măsuri preventive, pentru luarea acestei măsuri sunt suficiente condițiile generale de luare a măsurilor preventive prevăzute în art. 202 N.C.pr.pen., care stabilește în alin. 1 că măsurile preventive pot fi dispuse dacă există *probe sau indicii temeinice*, din care rezultă suspiciunea rezonabilă că o persoană a săvârșit o infracțiune.
- ²⁰ Textul art. 309 alin. 1 N. C.pr.pen., astfel cum a fost modificat prin O.U.G. nr. 3/2014 prevede că acțiunea penală se pune în mișcare de procuror „prin ordonanță, în cursul urmăririi penale, când acesta constată că **există probe din care rezultă că o persoană a săvârșit o infracțiune și nu există vreunul dintre cazurile de împiedicare prevăzute la art. 16 alin. 1**” (s.n.). Credem că reformularea acestei prevederi prin renunțarea la standardul presupunerii rezonabile va crea dificultăți de interpretare în raport cu prevederile corespunzătoare din partea generală a Codului de procedură penală (art. 15).
- ²¹ G. Antoniu ș.a., *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, vol. I, Ed. Universul juridic, București, 2010, p. 129.
- ²² A se vedea C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 261 și urm.
- ²³ În același sens, a se vedea D. Atășei, *op. cit.*, p. 484; M. Udrioiu, *Procedură penală. Partea generală. Noul Cod de procedură penală*, C.H.Beck, București, 2014, p. 496.
- ²⁴ După părerea noastră, redactarea acestui caz de arestare este deficitară din acest punct de vedere. Credem că, pentru aceeași rațiune ar fi trebuit să fie folosit și timpul prezent.
- ²⁵ CEDO, *Calmanovici c. României*, 1 iulie 2008 (M. Of. nr. 283 din 30 aprilie 2009); *Tarău c. României*, 24 februarie 2009 (M. Of. nr. 37 din 18 ianuarie 2009); *Irinel Popa c. României*, 1 decembrie 2009, parag. 26; *Scundeanu c. României*, 2 februarie 2010, parag. 86; *Jiga c. României*, 16 martie 2010, parag. 78; *Degeratu c. României*, 6 iulie 2010; www.echr.coe.int.

- ²⁶ Cu privire la aceste criterii, s-a subliniat faptul că ele nu oferă suficiente elemente de departajare a necesității de a dispune arestul la domiciliu raportat la controlul judiciar, pe cauțiune și la arestarea preventivă, întrucât acestea s-ar regăsi în parte și în dispozițiile referitoare la cuantumul cauțiunii și, respectiv, la existența pericolului pentru ordinea publică (D. Atasei, *op. cit.*, p. 484).
- ²⁷ A. Fanu-Moca, C. Roșu, *op. cit.*, p. 90-91.
- ²⁸ Îndeplinirea acestei condiții poate fi probată prin Ordonanța procurorului de efectuare a urmăririi în continuare față de suspect în temeiul art. 305 alin. 3 C.pr.pen.
- ²⁹ S-a afirmat că, în ceea ce privește inculpatul condamnat definitiv pentru o infracțiune de evadare, rezultă fără putință de tăgadă că o astfel de persoană nu poate prezenta gradul de încredere solicitat în cazul măsurii arestului la domiciliu, în contextul în care inculpatul a comis infracțiunea de evadare, în disprețul unei hotărâri definitive de condamnare (A. Fanu-Moca, C. Roșu, *op. cit.*, p. 91).
- ³⁰ Trebuie semnalat faptul că de la intrarea în vigoare a actualului Cod de procedură penală nu a existat până în prezent niciun caz în care procurorul să sesizeze judecătorul de drepturi și libertăți în vederea dispunerii acestei măsuri. Practica judiciară ilustrează doar cazuri de *sesizare indirectă* a judecătorului de drepturi și libertăți, care mai poate dispune luarea acestei măsuri și atunci când este sesizat cu propunere de luare sau prelungire a arestării preventive, pe care o respinge, dispunând luarea măsurii mai ușoare a arestului la domiciliu, precum și în urma soluționării contestațiilor formulate împotriva încheierilor prin care se dispune asupra măsurilor preventive în cursul urmăririi penale sau atunci când este sesizat de procuror cu o cerere de înlocuire a măsurii controlului judiciar ori a controlului judiciar pe cauțiune cu o măsură preventivă mai grea sau cu o cerere a inculpatului de înlocuire a măsurii arestării preventive cu o măsură preventivă mai ușoară.
- ³¹ În același sens, a se vedea, J. Larguier, Ph. Conte, *op. cit.*, p. 273.
- ³² Remarcăm eroarea de redactare a art. 219 alin. 9 N.C.pr.pen. care vorbește de „arestare preventivă” în loc de arest la domiciliu.
- ³³ Această prevedere este în contradicție cu art. 204 alin. 14 N.C.pr.pen. care prevede că „dacă încheierea judecătorului de drepturi și libertăți de la prima instanță nu este atacată cu contestație, acesta restituie dosarul procurorului în termen de 48 de ore de la expirarea termenului de contestație”.
- ³⁴ În faza de cameră preliminară, luarea măsurii arestului la domiciliu poate fi solicitată de procuror fie direct prin rechizitoriu conform art. 330 N.C.pr.pen., fie prin cerere separată după declanșarea procedurii, iar în faza de judecată oricând, inclusiv în apel, printr-o cerere în cadrul ședinței de judecată, cu respectarea principiilor specifice judecătii. De asemenea, atât judecătorul de cameră preliminară, cât și instanța de judecată pot dispune și din oficiu luarea unei asemenea măsuri dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege și măsura este necesară și suficientă.
- ³⁵ În art. 126 din Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal (M. Of. nr. 514 din 14 august 2013) se prevede că „prin imobil în care se execută arestul la domiciliu, prevăzut la art. 221 alin. (1) din Codul de procedură penală, se înțelege locuința inculpatului, încăperea, dependența sau locul împrejmuit ținând de acestea”.
- ³⁶ D. Atasei, *op. cit.*, p. 489.
- ³⁷ Considerăm că, pentru a putea fi respectată cu bună credință această obligație, este necesar ca persoanele cu care inculpatul are interdicția de a comunica să fie indicate nominal în cuprinsul încheierii prin care se dispune luarea măsurii preventive, în special în cursul urmăririi penale, întrucât datorită caracterului nepublic al acestei faze inculpatul nu are posibilitatea de a cunoaște identitatea tuturor persoanelor care urmează a fi chemate de organul de urmărire penală.

Totodată, aceste date trebuie comunicate și organului de supraveghere care, neparticipând la urmărirea penală, nu are cunoștință de identitatea unor asemenea persoane în vederea aducerii la îndeplinire a obligației prevăzute de legea specială. (În același sens, a se vedea D. Atășei, *op. cit.*, p. 489).

³⁸ Potrivit art. 129 alin. 4 din Legea nr. 254/2013, organul de urmărire penală, judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată încunoștințează organul de supraveghere ori de câte ori îl cheamă pe inculpat, arătând data, ora și locul chemării. În acest caz, itinerariul și condițiile de deplasare se stabilesc de organul de supraveghere și sunt aduse la cunoștința inculpatului pe bază de semnătură. În cazul în care inculpatul nu se prezintă, organul judiciar încunoștințează de îndată organul de supraveghere.

³⁹ În legătură cu această prevedere, în mod just s-a subliniat că în absența unor dispoziții exprese, în durata maximă de 180 de zile nu vor fi considerate perioadele în care, eventual, inculpatul a fost anterior supus măsurii preventive a reținerii ori a arestării preventive (D. Atășei, *op. cit.*, p. 488).

⁴⁰ Situația era similară și în Franța, unde controlul judiciar, inspirat din drepturile italian și german, a fost introdus prin Legea din 17 iulie 1970, iar consemnarea la domiciliu, care a fost considerată inițial ca modalitate de executare a controlului judiciar, în caz de interdicție de a absenta de la domiciliul sau de la reședința sa fixată de judecător, odată cu Legea din 15 iunie 2000 și apoi cu cea din 9 septembrie 2002, a fost introdusă ulterior ca instituție autonomă prin Legea din 24 noiembrie 2003, fiind mai severă decât controlul judiciar, dar mai puțin severă decât detenția provizorie în raport cu care poate fi propusă ca o alternativă (J. Pradel, *op. cit.*, p. 662)

**L'IMPACTE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DE LA
ROUMANIE SUR LE DROIT PRIVÉ¹**

- Sélection de certaines décisions pertinentes –

Mircea Ștefan MINEA*
dr. Anca Mihaela GEOROCEANU**

Abstract: *Adoption of the new codes – the civil code, the code of civil procedure, the criminal code and the code of criminal procedure –, as well as of other legislative acts with significant impact on Romanian society, was indubitably a positive event. All the aforementioned regulatory acts contain legal rules that reflect the current (new) concept of the Romanian legislature, a concept that crystallised after observing and analysing the developments taking place also in other countries' legislation.*

However, the application of the new legal rules to the social relations that characterise the Romanian society (in other words, the application thereof to real life) reveals that some of the new legal provisions do not sufficiently meet the requirements imposed by the constitutional rules and principles. This is the reason why the Constitutional Court has been often asked (provoked) to rule on the constitutionality of some of the legal provisions contained in the new regulations.

The present paper intends to highlight– through a summary of relevant decisions – the impact of the case-law of the Constitutional Court of Romania on private law (more specifically, on civil law and on civil procedural law).

Keywords: *civil law, civil procedural law, insolvency, court of law, lawyer, bailiff, public ministry, case-law, Constitutional Court*

1. En Roumanie, dans la première moitié de la deuxième décennie du XXI siècle, de nouveaux codes ont été adoptés, qui – en remplaçant les anciennes réglementations – sont entrés en vigueur comme suit : le Code civil – le 1 octobre 2011², le Code de procédure civil – le 15 février 2013³, le Code pénal – le 1 février 2014⁴ et le Code de procédure pénale – le 1 février 2014⁵. Avec ces codes – dans la dernière période de temps – un nouveau Code de l'insolvabilité⁶ a été adopté – en vigueur à partir du 28 juin 2014, ainsi qu'une série d'autres actes normatifs couvrant les plus divers domaines⁷.

Tous les actes normatifs mentionnés contiennent des réglementations réfléchissant la conception actuelle (nouvelle) du législateur roumain, conception cristallisée suite à l'observation et à l'analyse de l'évolution de la législation d'autres pays aussi. Il résulte de la comparaison des nouvelles règles juridiques avec les relations sociales qui se déroulent dans la société roumaine (autrement dit, leur application dans la vie réelle) le fait que certaines des nouvelles dispositions légales ne répondent pas suffisamment aux exigences imposées par les principes et les règles constitutionnelles. Pour cette raison, la Cour Constitutionnelle a été et est souvent saisie (appelée) à décider de la constitutionnalité de certaines des dispositions légales que les nouvelles réglementations contiennent.

2. Selon une statistique récemment présentée⁸, en Roumanie, ces dernières années, environ 3.300.000 dossiers sont pendants devant les juridictions chaque année, dont environ 1/3 sont résolus dans la Cour d'Appel Bucarest et, respectivement, 2/3 dans les autres 14 cours d'appel. Environ 50% de ces dossiers ont comme objet des litiges civils, 15% litiges de contentieux administratif/fiscal et assurances sociales, 10% sont litiges entre professionnels, 9% sont procès pénaux et le reste de dossiers concernent d'autres domaines. Enfin, environ 25% du nombre des dossiers pendants devant les juridictions ont comme objet des exécutions forcées. Compte tenu de ce qui précède, ainsi que pour respecter le thème proposé à ce congrès, nous allons essayer d'illustrer la manière dans laquelle la Cour Constitutionnelle contribue – par sa jurisprudence – à nettoyer/éliminer dans les nouvelles réglementations (qui forment le droit privé) les éléments (règles juridiques) qui sont contraires aux dispositions de la Loi fondamentale.

3. Ainsi, en matière du droit privé, la Cour Constitutionnelle de la Roumanie a décidé sur la constitutionnalité du nouveau Code de l'insolvabilité qui a été adopté – premièrement – par une ordonnance d'urgence du Gouvernement (A), et ensuite par une loi adoptée par le Parlement (B).

A. Par la Décision n° 447/2013⁹ la Cour Constitutionnelle a décidé d'une exception d'inconstitutionnalité relative à l'adoption d'un nouveau Code de l'insolvabilité par une ordonnance d'urgence du Gouvernement. La Cour a analysé la manière dans laquelle la nouvelle réglementation a été promue, en retenant que l'adoption par le Gouvernement de l'Ordonnance d'urgence n° 91/2013 (sur les procédures de prévention et l'insolvabilité et d'insolvabilité) n'a pas été motivée par la nécessité de la réglementation dans un domaine dans lequel le législateur primaire n'est pas intervenu. Au contraire, il y avait des réglementations en la matière, même si non pas codées dans un seul acte normatif, de sorte qu'il était d'autant plus nécessaire de mettre en évidence et d'expliquer l'urgence de la réglementation du domaine par le Gouvernement.

La Cour a rencontré aussi d'autres situations similaires dans sa jurisprudence lorsqu'elle a sanctionné une ordonnance d'urgence émise dans un domaine dans lequel le Parlement était déjà intervenu¹⁰. Par conséquent, tant que les conditions pour l'adoption d'une ordonnance d'urgence ne sont pas accomplies, le Gouvernement ne peut pas intervenir dans un domaine déjà couvert par le Parlement.

Le législateur constituant dérivé, en utilisant le syntagme « situation extraordinaire », a essayé de « restreindre le domaine dans lequel le Gouvernement peut se substituer au Parlement, adoptant des règles primaires pendant la considération de certaines raisons qu'il est souverain lui-même de les déterminer ». Les situations extraordinaires expriment un haut degré de déviation de l'habituel ou commun, aspect renforcé aussi par l'ajout du syntagme « dont la réglementation ne peut pas être reportée », en étant ainsi consacré *in terminis* l'impératif de l'urgence de la réglementation.

De plus, par la Décision n° 421/2007¹¹, la Cour a jugé que « l'urgence de la réglementation n'équivaut pas à l'existence de la situation extraordinaire, la réglementation opérative pouvant être aussi réalisée par la procédure législative habituelle ».

La Cour a jugé également qu'il appartient au législateur de réaliser la codification en un seul acte normatif du domaine de l'insolvabilité. Le législateur est aussi en droit d'éliminer les situations qui ont conduit, dans certains cas, au détournement du but des procédures d'insolvabilité. Mais cela doit être fait dans le respect des dispositions constitutionnelles, après une analyse attentive et détaillée des conséquences de l'acte normatif proposé à être adopté.

La Cour a souligné en même temps que les exigences de l'État de droit imposent que les mécanismes juridiques prévus par la Loi fondamentale soient utilisés selon le but pour lequel ils avaient été établis. On peut arriver de cette façon au renforcement d'une véritable démocratie constitutionnelle.

Par conséquent, la Cour Constitutionnelle a jugé que l'adoption d'un Code de l'insolvabilité par une ordonnance d'urgence, étant donné que – à ce temps-là – il y avait une réglementation en vigueur qui couvrirait la matière de l'insolvabilité, était contraire aux dispositions de la Loi fondamentale¹².

B. Par la suite, par la Décision n° 283/2014¹³, la Cour Constitutionnelle – saisie de l'exception d'inconstitutionnalité de la Loi sur le Code de l'insolvabilité (qui contient les mêmes dispositions normatives que la réglementation adoptée auparavant par le Gouvernement) – a exercé le contrôle *a priori* et a jugé que le Parlement a adopté un acte normatif relevant de paramètres constitutionnels.

4. Comme on le sait, les affaires concernant la restitution des biens immeubles pris abusivement¹⁴, pendantes devant les juridictions, ainsi que les affaires pendantes devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme ont été suspendues – en vertu de l'Arrêt pilote du 12 octobre 2010, rendue dans l'Affaire *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*¹⁵ – jusqu'à l'adoption et la mise en application d'une loi nouvelle par laquelle les demandes formulées par ceux qui ont été dépossédés arbitrairement soient équitablement résolues. Acceptant que les anciennes réglementations en la matière se sont avérées inefficaces, le législateur a décidé, par dispositions expresses, que la sphère d'application de la nouvelle loi devait contenir les demandes pendantes jusqu'à la date de l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation.

5. La nouvelle réglementation – Loi n° 165/2013 – est vulnérable, puisque beaucoup de ses dispositions, soumises au contrôle de constitutionnalité, se sont avérées être en collision avec la Loi fondamentale. Nous allons essayer d'illustrer cela en évoquant l'une des premières

décisions rendues par la Cour Constitutionnelle en la matière. Il s'agit de la Décision n° 88 du 27 février 2014 relative à l'exception d'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 4, deuxième phrase par rapport aux dispositions de l'article 33 de la Loi n° 165/2013¹⁶.

La Cour Constitutionnelle a d'abord retenu que dans les affaires dans lesquelles l'exception d'inconstitutionnalité a été soulevée, les demandes formées devant la cour ont été introduites avant l'entrée en vigueur de la Loi n° 165/2013, celles-ci étant pendantes devant les juridictions à la date de l'entrée en vigueur de cet acte normatif. Suite à l'entrée en vigueur de la loi mentionnée, ces affaires ont soulevé le problème de l'incidence des dispositions de l'article 33, à savoir le non-épuisement des délais prévus par ces dispositions, avec la conséquence du rejet des affaires comme « devenues prématurées ». Par les dispositions de l'article 33 de la Loi n° 165/2013 certains délais procéduraux ont été établis en vue de la résolution des demandes par les entités ayant des attributions conférées par la loi dans la restitution des biens immeubles pris abusivement ; ces délais – qui ont commencé à courir à partir du 1 janvier 2014 – n'ont pas permis aux ayants droit de formuler des demandes au tribunal.

La Cour a noté que l'incidence des nouveaux délais procéduraux dans les affaires mentionnées a été le résultat de l'interprétation judiciaire donnée au contenu normatif de la Loi n° 165/2013, déterminée par un certain manque de précision des dispositions de l'article 4 de cette loi, qui ne font pas distinction entre les normes procédurales et celles substantielles ; or, cela peut générer confusion dans l'application de celles-ci dans les affaires pendantes à la date de l'entrée en vigueur de la loi.

De l'analyse de l'entier contexte normatif, ainsi que de l'analyse des affaires dans lesquelles l'exception d'inconstitutionnalité a été soulevée, la Cour note que plusieurs hypothèses peuvent être distinguées. Ainsi, selon la nature des dispositions de la Loi n° 165/2013, d'une part, il y a certaines dispositions à caractère procédural instituant certains délais, dispositions qui incluent aussi les dispositions de loi critiquées et, d'autre part, il y a certaines dispositions à caractère substantiel, relatives au montant et à la modalité d'octroi des mesures compensatoires. En même temps, selon le moment de l'introduction de la demande formée devant la cour dans les affaires sur la restitution des biens immeubles pris abusivement, la Cour remarque que ces demandes soit ont été introduites avant l'entrée en vigueur de la Loi n° 165/2013 et étaient pendantes devant les juridictions au moment de l'entrée en vigueur de la loi, soit elles ont été introduites après l'entrée en vigueur de la Loi nr.165/2013.

Ainsi, la Cour est appelée d'établir si l'application des nouvelles normes procédurales aux affaires introduites avant l'entrée en vigueur de la Loi n° 165/2013 qui étaient pendantes devant les juridictions au moment de l'entrée en vigueur de la loi détermine une violation du principe de la non-rétroactivité de la loi consacré par l'article 15, paragraphe (2) de la Constitution.

En ce qui concerne l'action dans le temps de la loi de procédure civile, la Cour remarque l'existence de deux possibilités : l'application immédiate de la nouvelle loi de procédure civile et l'ultra-activité de l'ancienne loi de procédure civile.

Notant que l'application immédiate de la nouvelle loi de procédure civile, concernant certains effets juridiques consommés, peut donner lieu à la violation des dispositions constitutionnelles relatives au principe de la non-rétroactivité de la loi, la Cour retient que la résolution du conflit dans le temps des dispositions de procédures civiles, qui du point de vue constitutionnel vise le respect du principe de la non-rétroactivité de la loi, nécessite une appréciation différenciée de celles-ci. Ainsi, dans sa jurisprudence¹⁷, la Cour a jugé que, si la réglementation concernée se referait à une situation juridique à caractère de continuité, constitutive de *facta pendencia*, sur laquelle le législateur peut intervenir dans l'avenir, il ne peut être question d'une violation du principe de la non-rétroactivité.

La Cour a aussi analysé dans quelle mesure les dispositions critiquées généraient la possibilité d'invoquer l'exception de la prématurité de la demande formée devant la cour, qui a été introduite avant l'entrée en vigueur de la Loi n° 165/2013.

La Cour a noté que pour la défense de ses droits et intérêts légitimes, toute personne pouvait s'adresser à la justice par la saisine de la juridiction compétente d'une demande formée devant celle-ci. Ainsi, l'exception de la prématurité de l'action est l'exception de procédure invoquant le fait que le droit subjectif n'est pas encore actuel. Dans ce contexte, la Cour retient que la prématurité est une sanction procédurale qui intervient pour défaut de parcourir une procédure préalable obligatoire, ainsi que pour la violation d'un délai dilatoire ou prohibitif. Ainsi, la prématurité d'une action se transpose dans un conditionnement de l'exercice du droit de recours en termes de suspension ou dans une atteinte au droit procédural apportée par un délai à caractère suspensif. Ainsi, la prématurité d'une action en justice impose une analyse des conditions dans lesquelles la procédure judiciaire devait être commencée, conditions qui sont prévues par la loi en vigueur au moment de l'introduction de la demande formée devant la cour. Par conséquent, la Cour a constaté que la prématurité ne pouvait pas résulter d'une norme de procédure civile suite à l'introduction de la demande formée devant la cour.

Au vu de ces constatations, la Cour Constitutionnelle note que, selon l'article 25, paragraphe (1) de la Loi n° 10/2001, « *dans les 60 jours depuis l'enregistrement de la notification ou, le cas échéant, de la date de dépôt des pièces justificatives [...], l'unité détentrice est obligée de statuer, par décision ou, le cas échéant, par disposition motivée, sur la demande de restitution en nature* ». Ainsi, la Cour a retenu qu'au moment de l'introduction des demandes formées devant la cour, avant l'entrée en vigueur de la Loi n° 165/2013, les ayants droit avaient un droit subjectif actuel qui, du point de vue procédural, n'était pas grevé que de l'obligation de respecter le délai de 60 jours prévu à l'article 25, paragraphe (1) de la Loi n° 10/2001. Ainsi, les dispositions de l'article 4, en combinaison avec celles de l'article 33 de la Loi n° 165/2013, indiquant que les dispositions établissant le nouveaux délais de résolution des demandes formulées en vertu de la Loi n° 10/2001 s'appliquent aussi aux affaires sur la

restitution des biens immeubles pris abusivement, pendantes devant les juridictions, ne font qu'établir une condition d'exercice de l'accès à la justice, qui n'existait pas au moment de l'introduction de la demande. En d'autres termes, une telle hypothèse ne tient pas compte du fait que la demande formée devant la cour doit respecter les conditions de forme et de fond qui sont régies par les actes normatifs en vigueur à partir du moment de son introduction. Par conséquent, les effets consommés des relations juridiques nées en vertu de la Loi n° 10/2001, republiée, sur les conditions d'exercice du droit de recours ne sont pas reconnus.

Compte tenu de tout ce qui précède, la Cour a estimé que les dispositions de l'article 4, deuxième phrase, qui pouvaient être interprétées en ce sens que l'article 33 de la Loi n° 165/2013 s'appliquait aux « affaires sur la restitution des biens immeubles pris abusivement, pendantes devant les juridictions », donnaient aux nouvelles normes procédurales les effets rétroactifs, ce qui contrevient aux dispositions de l'article 15, paragraphe (2) de la Constitution.

La Cour Constitutionnelle a aussi retenu que le principe du libre accès à la justice offrait à toute personne le droit d'accès à une juridiction en vue de défendre ses droits. Tel que souligné dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, sa simple consécration légale, même au niveau suprême, par Constitution, n'est pas susceptible d'assurer aussi une efficacité réelle de celui-ci, aussi longtemps que, dans la pratique, son exercice rencontre des obstacles. Par conséquent, l'accès à la justice doit être assuré de manière efficace et efficiente¹⁸.

De même, la Cour a noté que le principe constitutionnel établi par l'article 21 sur le libre accès à la justice se referait à la possibilité de toute personne de s'adresser directement aux juridictions pour défendre ses droits, libertés et intérêts légitimes, aucune loi ne pouvant limiter l'exercice de ce droit. Considérant que le principe du libre accès à la justice implique aussi l'adoption par le législateur de certaines règles de procédure claires, qui contiennent avec précision les conditions et les délais dans lesquels les individus peuvent exercer leur droits procéduraux, la Cour a noté que le droit de libre accès à la justice ne se limitait pas seulement à la possibilité de l'introduction d'une demande devant la cour, mais il incluait aussi le droit de bénéficier du jugement et du règlement au fond du litige existant devant une juridiction.

Cependant, dans les affaires déduites au contrôle de constitutionnalité, la Cour a retenu que par l'application rétroactive des délais procéduraux prévus à l'article 33 de la Loi n° 165/2013 on portait atteinte au droit du libre accès à la justice des ayants droit aux mesures consacrées par les lois de réparation, droit que ces personnes réjouissent à partir du moment auquel la juridiction est investie jusqu'à la résolution définitive de l'affaire. L'effet juridique des solutions rendues par les juridictions, à savoir le rejet des actions mentionnées comme « devenues prématurées », constitue une évidente violation du libre accès à la justice et, par conséquent, une violation des dispositions constitutionnelle de l'article 21, paragraphe (2)¹⁹.

Par conséquent, l'introduction dans le cadre d'un procès en cours d'un obstacle qui tend à nier le droit du libre accès à la justice de la personne concernée viole les dispositions de l'article 21, paragraphes (1) et (2) de la Constitution.

Pour les raisons exposées, la Cour a estimé que les dispositions de l'article 4, deuxième phrase de la Loi n° 165/2013 étaient constitutionnelles uniquement si les délais prévus à l'article 33 de la même loi ne s'appliquaient pas aux affaires sur la restitution des biens immeubles pris abusivement pendantes devant les juridictions à la date de l'entrée en vigueur de la loi, à savoir le 20 mai 2013.

6. Le nouveau Code de procédure civile a formé, par une série de dispositions qu'il contient, un objet favori des exceptions d'inconstitutionnalité. Les saisines étaient liées à : les conditions de fond et de forme que doit accomplir la demande de poursuite devant les tribunaux ; les conditions dans lesquelles la voie extraordinaire de recours peut être exercée ; la compétence de la juridiction qui décide de la demande de renvoi de l'affaire pour raison de doute légitime ; la manière dont on établit la juridiction d'exécution etc.

A. Ainsi, par exemple, sur l'article 200 en combinaison avec les articles 194-197 du Code de procédure civile²⁰, la Cour a décidé plusieurs fois en constatant la constitutionnalité de ces dispositions légales.

Par plusieurs décisions rendues en la matière²¹, la Cour Constitutionnelle a jugé que la procédure prévue par les dispositions légales critiquées vise à remédier aux insuffisances de l'action introductive, de sorte que, au début de la procédure pour l'établissement du premier délai de jugement, celle-ci contienne tous les éléments prévus à l'article 194 du Code de procédure civile. Le législateur a voulu discipliner les parties au procès et respecter, de cette façon, le principe de la célérité et du droit à un procès équitable. Une telle procédure n'est pas de nature à affecter l'essence-même du droit protégé, en étant accompagnée aussi par la garantie offerte par le droit de formuler une demande de réexamen. De plus, l'instance judiciaire décide sur un problème concernant exclusivement la bonne administration de la justice.

Il a été aussi indiqué dans les décisions mentionnées que la procédure de régularisation de la demande introductive est basée sur une solution de principe (consacrée par le Code de procédure civile) selon laquelle les parties doivent s'informer mutuellement et en temps opportun, directement ou par le biais de l'instance, le cas échéant, les moyens de fait et de droit sur lesquels elles fondent leur prétentions et défenses, ainsi que les moyens de preuve qu'elles entendent utiliser, de sorte que chacune d'elles puisse organiser sa propre défense.

La Cour a également conclu que les dispositions du texte de loi critiqué prévoient la nécessité de vérifier la demande de poursuite devant les tribunaux par la formation de jugement à laquelle l'affaire avait été répartie aléatoirement, ainsi que l'obligation de régulariser cette demande, si elle n'accomplit pas certaines exigences prévues aux articles 194-197 du Code, relatives au contenu de la demande de poursuite devant les tribunaux, le nombre d'exemplaire, l'estampage de la demande ou aux cas de nullité de celle-ci. Les dispositions des articles 194-197 du Code de procédure civile établissent des conditions de forme de la demande de poursuite devant les tribunaux, en régissant le contenu de celle-ci (article 194), le nombre d'exemplaires (article 195), les éléments essentiels qu'elle doit contenir, sous peine de nullité (article 196), ainsi que l'exigence de l'estampage de celle-ci (article 197).

La Cour a aussi souligné que l'établissement de conditions pour l'introduction des actions en justice n'est pas une violation du droit d'accès à la justice. En outre, tel que déclaré dans la jurisprudence citée, le libre accès à la justice suppose l'accès des moyens de procédure par lesquels l'administration de la justice est réalisée, le législateur étant exclusivement compétent d'établir les règles de déroulement du procès devant les instances judiciaires, solution qui résulte des dispositions de l'article 126, paragraphe (2) de la Constitution.

De même, dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, par exemple l'Arrêt du 26 janvier 2006, rendu dans l'Affaire *Lungoci c. Roumanie*, alinéa 36, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 588 du 7 juillet 2006, il a été indiqué que l'accès libre à la justice implique par sa nature une réglementation de la part de l'État et peut être soumis à certaines limitations, à condition que la substance du droit ne soit pas atteinte.

Enfin, par la Décision d'inadmissibilité du 15 avril 2014 rendue dans l'affaire *Lefter c. Roumanie* (Demande n° 66.268/13), la Cour Européenne des Droits de l'Homme a retenu que la procédure de régularisation de la demande de poursuite devant les tribunaux régie par l'article 200 du Code de procédure civile ne remplace pas une demande judiciaire et n'anticipe pas la phase d'admission des preuves, mais il s'agit d'une étape obligatoire, visant à imposer aux plaignants une certaine discipline, en vue d'éviter toute tergiversation dans le cadre de la procédure ; par conséquent, une telle procédure est prévue par la loi et poursuit une bonne administration de la justice (alinéa 18). La Cour apprécie que l'annulation de la demande du plaignant n'est pas une ingérence disproportionnée à son droit d'accès au tribunal, puisque la partie est informée sur son omission, ainsi que sur la sanction susceptible à lui être appliquée (alinéas 20 et 21).

La Cour a retenu à cet égard que l'établissement de certaines conditions formelles de la demande de poursuite devant les tribunaux ne pouvait pas être considérée *de plano* comme une négation de l'effectivité du droit d'accès à la justice, mais celle-ci devait être une expression de l'obligation de l'exercice de bonne foi des droits et des libertés, dans les limites établies par la loi. En outre, le non-respect des conditions prescrites pour la conformité de la demande introductive d'instance n'attire pas de manière inconditionnelle l'annulation de l'acte procédural, avec la possibilité de le modifier ou compléter dans le délai établi par la loi et imposé par l'instance.

La Cour Constitutionnelle a estimé que l'instance judiciaire décidait d'un problème concernant exclusivement la bonne administration de la justice. Or, tout comme la Cour Européenne des Droits de l'Homme avait établi à plusieurs reprises, la plupart des droits procéduraux, par leur nature, ne sont pas, en vertu de la Convention, « des droits civils » et, donc, ils n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²². Par conséquent, tant que la procédure critiquée ne concerne pas le jugement au fond de la demande introductive, les dispositions critiquées ne sont pas prioritaires aux dispositions relatives au droit à un procès équitable, puisque la procédure spéciale visée ne se réfère pas au fond des affaires,

respectivement aux droits civils, tel qu'imposé par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais seulement aux aspects d'ordre purement légal, dont l'examen ne fait de rien nécessaire un débat, les parties convoquées.

B. Par la Décision n° 462/2014 (non-publiée) la Cour Constitutionnelle a fait droit à l'exception d'inconstitutionnalité formulée en ce qui concerne les dispositions des articles 13, 83 et 486 du Code de procédure civile qui ont établi l'obligation de déclarer, rédiger/motiver et soutenir le recours par avocat (dans le cas des justiciables personnes physiques), respectivement par conseiller juridique (dans le cas des personnes morales).

La Cour a retenu que – suite au changement de l'optique du législateur, reflétée, parmi d'autres, dans le nouveau Code de procédure civile – le recours est régi exclusivement comme une voie extraordinaire de recours²³. Cela étant, la cassation d'un arrêt peut être sollicitée seulement pour des raisons d'illégalité²⁴ et, par conséquent, pour soulever, discuter et analyser les questions de droit invoquées par/dans le recours on a besoin de personnes qualifiées.

La Cour a également noté que – selon les nouvelles dispositions du Code de procédure civile – ont été adoptées certaines réglementations connexes²⁵ établissant certains privilèges ; ces privilèges peuvent être accordés – de façon limitative – aux justiciables sans possibilités matérielles (sans liquidités suffisantes) pour leur assurer, au minimum, l'accès à la justice et le droit de la défense (lorsque le recours doit être déclaré, motivé et soutenu obligatoirement par avocat).

Enfin, la Cour a retenu que dans d'autres états européens il y a aussi des réglementations similaires, selon lesquelles la présence d'un avocat est d'habitude nécessaire devant les instances supérieures. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a jugé aussi que l'obligation de la présence de l'avocat aux instances supérieures peut être acceptée si cela ne porte pas atteinte au libre accès à la justice.

La Cour Constitutionnelle a analysé les dispositions légales critiquées par rapport aux dispositions constitutionnelles prétendument violées et – en constatant que, dans les conditions économiques actuelle de Roumanie, l'aide publique judiciaire que l'État peut accorder n'est pas, dans la plupart des cas, suffisante – elle a décidé que l'obligation des justiciables d'employer un avocat pour déclarer, motiver et soutenir le recours (respectivement, pour rédiger et soutenir le mémoire en défense etc.) représente, pour trop d'eux, un poids insurmontable, de nature à restreindre le libre accès à la justice (garanti par l'article 21 de la Constitution).

Pour ces raisons, la Cour a déclaré comme inconstitutionnelles toutes les dispositions légales du Code de procédure civile relative à l'obligation d'employer un avocat pour le recours.

C. Par la Décision n° 348/2014 on a résolu l'exception d'inconstitutionnalité relative au choix de l'instance d'exécution selon le siège de l'huissier de justice élu pour mettre en application le titre exécutoire.

La Cour a d'abord constaté que les dispositions de l'article 650, paragraphe (1) du Code de procédure civile déterminent comme instance d'exécution le tribunal de première instance dans la circonscription duquel se trouve le bureau de l'huissier de justice qui fait l'exécution.

Ensuite, en retenant les critiques formulées, selon lesquelles les dispositions légales critiquées établissent un critère subjectif lorsqu'il est décidé de la compétence territoriale des instances judiciaires de solutionner les contestations à l'exécution en matière civile, la Cour a jugé les suivants.

La Cour a retenu que l'acte de justice, en vertu de l'article 124 de la Constitution²⁶, est l'attribut exclusif des instances judiciaires, et les dispositions légales critiquées se réfèrent à la compétence territoriale des instances judiciaires qui est établie selon le bureau de l'huissier de justice ; enfin, la compétence de l'huissier de justice est déterminée par rapport à la circonscription de la cour d'appel dans laquelle l'exécution aura lieu, selon le type de la poursuite ou de l'exécution.

Il est vrai que c'est la loi qui détermine l'instance compétente, mais à cause de sa généralité – la circonscription de la cour d'appel -, le texte de l'article 650, paragraphe (1) du Code de procédure civile laisse une marge large d'appréciation au créancier qui est, indirectement, celui qui détermine l'instance d'exécution par le choix de l'huissier de justice. Dans une telle situation, on constate que, en offrant un tel droit procédural au créancier, la loi n'a fait que créer la prémisse normative nécessaire pour que celui-ci remplace même le législateur, ce qui est contraire au principe constitutionnel prévu à l'article 126, paragraphe (2) de la Constitution selon lequel le législateur doit déterminer concrètement l'instance compétente. Or, le législateur n'a pas la compétence constitutionnelle de laisser à l'appréciation des parties le choix de l'instance compétente afin de juger une demande adressée à la justice, quelle que soit la nature de cette demande.

La Cour a aussi noté que, par la réglementation à niveau légal des principes constitutionnels relatifs à la procédure de jugement, le législateur assure le droit des parties d'avoir un parcours procédural prévisible, ainsi que le droit d'adapter de manière raisonnable sa conduite procédurale conformément à l'hypothèse normative de la loi, aspects qui sont des garanties indispensables du droit à un procès équitable.

Dans sa jurisprudence, la Cour Constitutionnelle a retenu à maintes reprises que tout acte normatif doit répondre à certaines exigences qualitatives, s'agissant de la prévisibilité, ce qui suppose que celui-ci doit être suffisamment précis et clair pour pouvoir être appliqué²⁷.

De même, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a jugé que la loi doit vraiment être accessible au justiciable et prévisible en ce qui concerne ses effets. Or, pour satisfaire à l'exigence de prévisibilité, la loi doit préciser avec suffisante clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine respectif, en tenant compte du but légitime poursuivi, afin d'offrir à la personne une protection adéquate contre l'arbitraire. De plus, on ne peut considérer « loi » qu'une règle énoncée avec suffisante précision, afin de permettre au citoyen d'adapter sa conduite selon celle-ci²⁸. À la lumière de

ce qui précède, la Cour constate que, de toute évidence, les dispositions de l'article 650, paragraphe (1) du Code de procédure civile ne répondent pas aux exigences de clarté, précision et prévisibilité et sont ainsi incompatibles au principe fondamental concernant le respect de la Constitution, de sa suprématie et des lois, prévu à l'article 1, paragraphe (5) de la Constitution. Cela étant, la Cour a conclu que le texte de loi soumis au contrôle de constitutionnalité permettait l'utilisation d'un critère subjectif d'appréciation de la part de l'une des parties au litige, ce qui équivaut au manque de choix précis de l'instance d'exécution compétente, respectivement à l'impossibilité pour le débiteur de connaître, dans l'affaire respective, cette instance. Il résulte qu'une telle solution normative affecte les garanties constitutionnelles et, implicitement, celles conventionnelles qui caractérisent le droit à un procès équitable.

Cela étant, la Cour constate que les déficiences de réglementation mises en évidence en ce qui concerne les dispositions de l'article 650, paragraphe (1) du Code de procédure civile sont susceptibles de contrevenir aux dispositions de l'article 1, paragraphe (5), de l'article 21, paragraphe (3) et l'article 126, paragraphe (2) de la Constitution, ainsi que l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

D. Nous restons en la matière de l'exécution forcée pour présenter une autre décision pertinente de la Cour Constitutionnelle. Il s'agit de la Décision n° 473/2013²⁹ par laquelle l'instance de contentieux constitutionnelle a décidé d'une exception d'inconstitutionnalité dont l'objet ont été les dispositions de l'article 659, paragraphe (3) du Code de procédure civile³⁰. À l'opinion de l'auteur de l'exception d'inconstitutionnalité, les dispositions légale critiquées sont contraires aux dispositions constitutionnelles prévues à l'article 1, paragraphe (5) concernant l'obligation de respecter la Constitution, sa suprématie et les lois et à l'article 131, paragraphe (1) sur le rôle du Ministère Public.

En procédant à l'analyse de l'exception d'inconstitutionnalité, la Cour a constaté que les dispositions légales critiquées n'étaient pas claires et leur manquait la prévisibilité.

Elles ne sont pas claires, puisqu'elles créent la fausse impression que le Ministère Public pourrait se trouver sous le contrôle de l'huissier de justice dans la phase de l'exécution forcée d'un procès. Dans ce contexte, il faut retenir qu'en vertu des dispositions de l'article 132, paragraphe (1) de la Constitution de la Roumanie, « *les procureurs exercent leur activité conformément au principe de la légalité, de l'impartialité et du contrôle hiérarchique, sous l'autorité du ministre de la justice.* » En outre, selon l'article 62, paragraphe (4) de la Loi n° 304/2004³¹, « *Les parquets sont indépendants dans les relations avec les instances judiciaires, ainsi qu'avec les autres autorités publiques.* ».

Il est vrai que, dans l'activité judiciaire, le Ministère Public représente les intérêts généraux de la société et défend l'ordre de droit, ainsi que les droits et les libertés des citoyens, mais les dispositions légales critiquées transfèrent à la charge du procureur des attributions dans le domaine de l'exécution forcée, par la réalisation, sur demande de l'huissier de justice, de démarches concrètes, ce qui mène à l'établissement de rapports de subordination entre l'huissier judiciaire, d'une part, et procureur, d'autre part.

La Cour retient que le législateur peut attribuer certaines compétences au procureur dans cette phase du procès civil, même si les attributions du Ministère Public sont exercées, principalement, dans l'activité judiciaire pénale³². Cela doit être fait dans le respect des dispositions constitutionnelles.

Bien entendu, le législateur a la possibilité de mettre en place divers mécanismes supposant aussi l'implication des organes d'enquête pénale, tandis que, dans la phase de l'exécution forcée, une sollicitation pourrait être adressée au Ministère Public pour obtenir les informations voulues. Ces mécanismes doivent quand même prévoir la possibilité du procureur d'apprécier sur la nécessité de son intervention, par rapport aux intérêts généraux de la société, la nécessité de défendre l'ordre de droit, ainsi que les droits et libertés des citoyens³³.

Quelle que soit l'option législative future du législateur, celui-ci doit tenir aussi compte, outre les dispositions constitutionnelles mentionnées, de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, tel, par exemple, l'Arrêt du 15 janvier 2009, rendu dans l'Affaire *Menchinskaya c. Russie*, alinéa 35. Ainsi, selon cette jurisprudence, l'intervention du procureur au procès civil peut être justifiée par certaines circonstances, telle la protection des groupes vulnérables — enfants, personnes handicapées — dont on suppose ne pas pouvoir défendre tous seuls leurs intérêts, lorsque de nombreux citoyens sont affectés par certains faits ou les intérêts de l'État doivent être protégés.

D'ailleurs, la Cour Constitutionnelle a décidé de même lorsqu'elle a retenu qu'en ce qui concerne le procès civil, celui-ci est par sa nature un procès dans lequel des intérêts privés sont confrontés. C'est pourquoi, par conséquent, de manière objective, le rôle du Ministère Public est plus réduit³⁴. Ce devoir du législateur découle du fait que la Roumanie est devenue partie à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales après sa ratification par la Loi n° 30/1994³⁵, s'assumant l'obligation de respecter les dispositions de cette convention, ainsi que l'interprétation que la Cour Européenne des Droits de l'Homme offre à cette convention, dans les limites prévues par celle-ci, selon les dispositions de l'article 46 qui se lit comme suit « *Les hautes parties contractantes s'engagent à respecter les arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* »³⁶.

La Cour constate donc que ces mécanismes pourraient intervenir seulement dans ces cas strictement définis et seulement après l'épuisement par l'huissier de justice de tous les moyens juridiques prévus par la loi, en vue de la mise en exécution des titres exécutoires³⁷.

Les dispositions légales manquent de prévisibilité puisque, tel qu'indiqué aussi par l'auteur de l'exception d'inconstitutionnalité, elles ne réglementent pas les moyens procéduraux dont le Ministère Public dispose en vue d'accomplir la démarche prévue par la loi, elles ne prévoient pas les actes et les mesures procédurales que le procureur peut ordonner à cet effet, elles n'établissent pas le mode de contestation des mesures ordonnées et ne précisent pas quel parquet dans le cadre du Ministère Public est compétent pour accomplir la mesure [vu, en ce qui concerne ce dernier aspect retenu, l'article 650, paragraphe (1) et article 651, paragraphe (1) du Code de procédure civile].

La Cour note également que les dispositions légales critiquées ne sont pas accompagnées par des dispositions légales (qu'on peut retrouver aussi dans un acte normatif séparé) allouant les ressources humaines et matérielles nécessaires (éventuellement supplémentaires) de nature à assurer l'application efficace des mesures légales. Les exigences de l'État de droit imposent l'adoption d'un cadre législatif intégré permettant l'application effective et efficace des dispositions légales, de sorte que les droits et/ou les mesures prévues ne soient pas théoriques et illusoire.

Dans ces conditions, la Cour constate la violation des dispositions constitutionnelles prévues à l'article 1, paragraphe (5), l'article 131, paragraphe (1) et l'article 132, paragraphe (1).

7. Nous pourrions continuer avec d'autres exemples, puisque la Cour Constitutionnelle a rendu beaucoup plus décisions sur les nouvelles réglementations en la matière du droit privé. En confirmant ou infirmant des solutions législatives contenues dans les nouvelles réglementations adoptées récemment en Roumanie, l'instance de contentieux constitutionnel a développé des motifs et explications qui sont susceptibles, au cas par cas, de renforcer certaines des dispositions légales contestées ou d'enlever du fond législatif actif celles qui sont contraires à la Loi fondamentale, en obligeant ainsi le législateur de les reformuler pour les mettre en accord avec les règles et les principes constitutionnels.

¹ Cet ouvrage a été présenté au Conférence internationale intitulé „Droit civil et la Constitution” qui c'était déroulé en cadre du XVI-eme Congrès International de droit européen et constitutionnel comparé, organisé à Regensburg – le 17-18 octobre 2014.

* *Professeur à la Faculté de Droit de l'UBB Cluj-Napoca, juge à la Cour Constitutionnelle de la Roumanie ; msminea@yahoo.fr.*

** *Avocate, Bareau de Cluj.*

² Voir la Loi n° 287/2009 sur le Code civil, republiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 505 du 15 juillet 2011, qui a remplacé le Code civil de 1864 entré en vigueur le 1 juillet 1865.

³ Voir la Loi n° 134/2010 sur le Code de procédure civile, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 545 du 3 août 2012, qui a remplacé le Code de procédure civile de 1865 entré en vigueur le 11 septembre 1865.

⁴ Voir la Loi n° 286/2009 sur le Code pénal, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 510 du 24 juillet 2009, qui a remplacé le Code pénal de 1968 entré en vigueur le 21 juin 1968.

⁵ Voir la Loi n° 135/2010 sur le Code de procédure pénale, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 486 du 15 juillet 2010, qui a remplacé le Code de procédure pénale de 1968 entré en vigueur le 21 juin 1968.

⁶ Voir la Loi n° 85/2014 sur les procédures de prévention de l'insolvabilité et d'insolvabilité, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 466 du 25 juin 2014, qui a remplacé la Loi n° 85/2006 sur la procédure de l'insolvabilité entrée en vigueur le 20 juillet 2006.

⁷ Selon certaines estimations (plus ou moins formelles), en Roumanie il y aurait environ 14.000 actes normatifs en vigueur!

⁸ Voir A. V. Mihai, E. Teș, „Ce mai mediem ? Statistică și întrebări”, sur www.juridice.ro posté le 1 octobre 2014.

⁹ Décision n° 447 du 29 octobre 2013, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie n° 674 du 1 novembre 2013.

¹⁰ À titre d'exemple, dans la Décision n° 1.221 du 12 novembre 2008, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 804 du 2 décembre 2008, la Cour a jugé que la relation entre le pouvoir législatif et celui exécutif était exprimée par la compétence attribuée au Gouvernement d'adopter des ordonnances d'urgence dans les conditions établies à l'article 115, paragraphe (4) de la Constitution. Ainsi, l'ordonnance d'urgence, en tant qu'acte normatif permettant au Gouvernement, sous le contrôle du Parlement, de répondre à une situation extraordinaire, est justifiée par la nécessité et l'urgence de régir cette situation qui, à cause de ses circonstances, impose l'adoption de solutions immédiates en vue d'éviter une grave atteinte apportée à l'intérêt public.

¹¹ Décision n°421 du 9 mai 2007¹¹, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 367 du 30 mai 2007

¹² La Cour Constitutionnelle a apprécié comme méconnues les dispositions de l'article 115, paragraphe (4) de la Constitution, selon lesquelles « le Gouvernement peut adopter des ordonnances d'urgence seulement en situations extraordinaires dont la réglementation ne peut être ajournée, étant tenu de motiver l'urgence dans leur contenu ».

¹³ Décision n° 283 du 21 mai 2014, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 454 du 20 juin 2014.

¹⁴ Les principaux actes normatifs adoptés sur la restitution des biens pris abusivement dans la période du régime communiste sont :

- la Loi n° 18/1991 sur le fonds foncier, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 37 du 20 février 1991 (republiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 1 du 5 janvier 1998), telle que modifiée et complétée ultérieurement ;
- la Loi n° 1/2000 pour la reconstitution du droit de propriété sur les terrains agricoles et forestiers, sollicités en vertu des dispositions de la Loi n° 18/1991 sur le fonds foncier et de la Loi n° 169/1997, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 8 du 12 janvier 2000, telle que modifiée et complétée ultérieurement ;
- l'Ordonnance d'urgence du Gouvernement n° 83/1999 portant restitution de certains biens immeubles ayant appartenu aux communautés des citoyens appartenant aux minorités nationales de Roumanie, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 266 du 10 Juin 1999 (republiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 797 du 1 septembre 2005) ;
- l'Ordonnance d'urgence du Gouvernement n° 94/2000 sur la restitution des biens immeubles ayant appartenus aux cultes religieux de Roumanie, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 308 du 4 juillet 2000 (republiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 797 du 1 septembre 2005), telle que modifiée et complétée ultérieurement ;
- la Loi n° 10/2001 sur le régime juridique des biens immeubles pris abusivement entre le 6 mars 1945 et le 22 décembre 1989, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 75 du 14 février 2001 (republiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 279 du 4 avril 2005 et au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 798 du 2 septembre 2005), telle que modifiée et complétée ultérieurement ;
- la Loi n° 247/2005 sur la réforme dans les domaines de la propriété et de la justice, ainsi que certaines mesures adjacentes, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 653 du 22 juillet 2005, telle que modifiée et complétée ultérieurement.

- ¹⁵ Nous rappelons que par l'Arrêt du 12 octobre 2010 rendu dans l'Affaire *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie* (l'Arrêt est resté définitif le 12 janvier 2011 et a été publié au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 778 du 22 novembre 2010), la Cour Européenne des Droits de l'Homme a retenu l'inefficacité du système de restitution des propriétés en Roumanie et a décidé d'initier la procédure-pilote dans les affaires répétitives de ce genre pendantes devant celle-ci. Ainsi, à compter de la date où l'arrêt est devenu définitif, l'État roumain a reçu un délai de 18 mois, prolongé ensuite, pour prendre des mesures « capables de fournir un remède adéquat à toutes les personnes touchées par les lois de réparation » (alinéa 241 de l'arrêt pilote). Suite au prononcé de cet arrêt, en engageant la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement, en vertu de l'article 114 de la Constitution, la Loi n° 165/2013 sur les mesures pour la finalisation du processus de restitution, en nature ou par équivalent, des biens immeubles pris abusivement dans la période du régime communiste en Roumanie, publiée au Moniteur officiel n° 278 du 17 mai 2013, a été adoptée.
- ¹⁶ La Décision n° 88 du 27 février 2014 a été publiée au Moniteur officiel n° 281 du 16 avril 2014.
- ¹⁷ Voir, par exemple, la Décision n° 546 du 18 octobre 2005, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 1.004 du 11 novembre 2005.
- ¹⁸ Voir la Décision n° 670 du 18 mai 2011, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 421 du 16 juin 2011.
- ¹⁹ Conformément aux dispositions de l'article 21, paragraphe 2 de la Constitution « Aucune loi ne peut limiter l'exercice de ce droit ».
- ²⁰ Les dispositions mentionnées établissent que – lorsque la demande de poursuite devant les tribunaux n'accomplit pas toutes les conditions prévues par la loi – le juge (auquel le dossier a été attribué aléatoirement afin de le solutionner) doit restituer la demande de la partie qui l'avait formulée, en la conseillant de la compléter, conformément à la loi, dans dix jours. Si la partie/le plaignant n'accomplit pas son obligation légale, la demande sera annulée. Contre le jugement avant dire droit par lequel le juge a ordonné l'annulation de la demande de poursuite devant les tribunaux, dans les 15 jours une demande de réexamen peut être formulée, qui va être résolue définitivement en chambre du Conseil, le plaignant convoqué.
- ²¹ Voir, à titre d'exemple : Décision n° 31 du 21 janvier 2014, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 112 du 14 février 2014 ; Décision n° 66 du 11 février 2014, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 286 du 17 avril 2014 ; Décision n° 235 du 15 avril 2014, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 496 du 3 juillet 2014.
- ²² Pour le même raisonnement, voir aussi la Décision de la Cour Constitutionnelle n° 142 du 7 mars 2013, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 206 du 11 avril 2013). On cite à cet effet comme exemples : le refus d'autoriser l'introduction de l'appel prononcé par une cour suprême — Décision du 9 mai 1989, prononcée par la Commission Européenne des Droits de l'Homme dans l'Affaire *Helmers c. Suède* (Demande n° 11.826/85) ; l'examen de la demande de révision d'un procès civil — Décision du 8 octobre 1976, prononcée par la Commission Européenne des Droits de l'Homme dans l'Affaire *X, Y et Z c. Suisse* (Demande n° 6.916/75).
- ²³ Selon les dispositions de l'article 483 du Code de procédure civile, le recours vise d'habitude de soumettre à l'examen de la Haute Cour de Cassation et de Justice, conformément à la loi, la conformité de l'arrêt attaqué avec les règles de droits applicables.
- ²⁴ Les motifs de cassation sont énumérés de façon limitative à l'article 488, paragraphe 1 du Code de procédure civile.

- ²⁵ Voir l'Ordonnance d'urgence du Gouvernement no 51/2008 sur l'aide publique judiciaire, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie n° 327 du 25 avril 2008 et la Loi n° 51/1995 sur l'organisation et l'exercice de la profession d'avocat, republiée au Moniteur officiel de la Roumanie n° 98 du 7 février 2011.
- ²⁶ Selon les dispositions de l'article 124, paragraphe 2 de la Constitution, la justice est unique, impartiale et égale pour tous.
- ²⁷ Voir, par exemple, la Décision n° 189 du 2 mars 2006, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 307 du 5 avril 2006, la Décision n° 647 du 5 octobre 2006, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 921 du 14 novembre 2006, la Décision n° 903 du 6 juillet 2010, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 584 du 17 août 2010, la Décision n° 1 du 11 janvier 2012, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 53 du 23 janvier 2012 et la Décision n° 26 du 18 janvier 2012, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 116 du 15 février 2012.
- ²⁸ Voir l'Arrêt du 4 mai 2000, rendu dans l'Affaire *Rotaru c. Roumanie*, alinéa 52 et l'Arrêt du 25 janvier 2007, rendu dans l'Affaire *Sissanis c. Roumanie*, alinéa 66.
- ²⁹ Décision n° 473/2013 a été publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 30 du 15 janvier 2014.
- ³⁰ Le texte de loi établit que : « Si ceux saisis n'ont pas les informations requises ou, le cas échéant, refuses de les donner, le Ministère Public va entreprendre, sur la demande de l'huissier de justice, les diligences nécessaires pour apprendre les informations requises, notamment pour identifier les entités publiques ou privées auxquelles le débiteur a ouvert des comptes ou dépôts bancaires, des placements de valeurs mobilières, est actionnaire ou associé ou, le cas échéant, il a des titres d'État, bons de trésor et d'autres titres de valeur susceptible de poursuite forcée » .
- ³¹ La Loi n° 304/2004 sur l'organisation judiciaire, republiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 827 du 13 septembre 2005.
- ³² Voir, à cet effet, la Décision n° 71 du 5 mars 2002, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 309 du 10 mai 2002.
- ³³ Voir l'article 131, paragraphe (1) de la Constitution.
- ³⁴ Voir, à cet effet, la Décision n° 71 du 5 mars 2002, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 309 du 10 mai 2002.
- ³⁵ Publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 135 du 31 mai 1994.
- ³⁶ Voir, à cet effet, aussi la Décision de la Cour Constitutionnelle n° 233 du 15 février 2011, publiée au Moniteur officiel de la Roumanie, Partie I, n° 340 du 17 mai 2011.
- ³⁷ Par exemple, celui-ci dispose des instruments juridiques prévus à l'article 659, paragraphe (1) conjointement avec l'article 187, paragraphe (1), point 2, point f) et l'article 189 du Code de procédure civile.

NOȚIUNEA DE RISC ÎN DREPTUL PRIVAT

Ana-Maria COLDEA*

Résumé: *La notion de risque dans le droit privé. Cet article vise à souligner le sens et le contenu de la notion de risque dans le droit privé, aboutissant à une éventuelle définition juridique du risque. Nous considérons que le problème du risque reste toujours un domaine important dans le droit privé, qui peut donner lieu à des discussions doctrinales et même à des solutions jurisprudentielles intéressantes et actuelles, réfléchies sur l'entier présent juridique. Ainsi, le thème proposé est d'actualité, ayant une utilité pratique de plus en plus grande et une capacité énorme de s'adapter aux besoins des relations juridiques de notre époque.*

L'analyse a comme point de départ l'origine du terme risque et son apparition dans le droit contemporain. Par la suite, tout en jouant avec les concepts de hasard, aléa, préjudiciable, fortuit et imprévisible, nous essayons de définir le risque dans le droit privé. Dans cette étude, on met en évidence l'emploi du terme « risque » en matière contractuelle et délictuelle, deux grands domaines dans lesquels le risque se manifeste constant et produit des effets importants dans les rapports juridiques. Afin de pouvoir soutenir et développer cette approche, il semblait utile l'étude des articles pertinentes des codages civiles les plus importantes, respectivement du code Calimach, Code civil de 1864 et Code civil de 2009 (nouveau Code civil). Les perceptions extérieures au droit privé influencent la notion du risque juridique, donc nous avons considéré approprié de les inclure dans cette recherche.

Décrire une possible définition pour la notion de risque, ce n'est pas une démarche facile, mais il peut s'avérer utile. Ainsi, nous croyons qu'une telle approche se révélera utile notamment dans la pratique, l'imputation des risques ainsi que la façon de cessation d'un rapport juridique dans lequel l'impossibilité fortuite d'exécution s'est produite, souvent montrant des problèmes d'application, mais aussi pour l'interprétation des dispositions du nouveau Code civile. Cette recherche rejoint les nombreux commentaires et débats qui ont suivi l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, mais se distingue de ceux-ci, tout en essayant de donner une définition du risque dans le droit privé. Par conséquent, le thème choisi pour la recherche a un véritable potentiel d'interprétation académique.

Mots clé: *risque, définition, risque dans la matière contractuelle, risque dans la matière délictuelle, risque social.*

Preliminarii

Incertitudinea, aleatoriu și hazardul, privity ca și trepte ale necunoscutului, inundă viețile noastre. Gradul de previzibilitate ale acestora diferă în funcție de fiecare situație

particulară. Dacă în trecut consideram că aceste evenimente sunt de cele mai multe ori absolut imprevizibile, treptat, s-a ajuns la noțiunea de previzibilitate relativă sau chiar la susținerea că o parte din aceste întâmplări se produc într-un mod "natural și previzibil"¹.

Atât aceste trepte ale necunoscutului, cât și gradul lor de previzibilitate se reflectă și în domeniul dreptului, unde, prin legiferarea abundentă și prin determinarea situațiilor în care se aplică teoria riscului, aceste trepte au fost transformate de cele mai multe ori într-o certitudine și nu mai reprezintă neapărat o noutate sau un eveniment greu de gestionat. Teoria riscului este cea prin care se încearcă recrearea echilibrului existent înainte de apariția evenimentelor fortuite și implicit a imposibilității fortuite, fie de a mai executa un contract, fie doar de a îndeplini o obligație în general.

Ideea și în același timp noțiunea de risc sunt prezente, pe de o parte, în mai multe arii ale dreptului, iar, pe de altă parte, într-o multitudine de domenii non-juridice, precum cel economic, financiar, medical, social. În fiecare dintre acestea din urmă, se utilizează sensuri similare ale acestei noțiuni, dar având caracteristici diferite, astfel cum le-am identificat mai jos.

În toate aceste domenii, se folosește adesea noțiunea de riscuri, și nu cea de risc. Ne explicăm acest fapt prin aceea că termenul "riscuri" înglobează toate situațiile și evenimentele fortuite care pot afecta în orice mod domeniile respective, și astfel se acoperă o paletă mai largă de sensuri. Dintru început dorim să facem o distincție pe care o considerăm utilă și pertinentă cu privire la utilizarea acestor termeni (risc, riscuri, evenimente fortuite) în cuprinsul prezentei cercetări. Astfel, pentru o cât mai clară diferențiere, vom utiliza termenul de "evenimente fortuite" pentru a evidenția posibilele situații care ar putea activa riscul juridic, încercând să evităm folosirea termenului "riscuri" ca sinonim. Considerăm că ar trebui menținută această distincție între risc și evenimentele care-l declanșează, 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"².

Analiza juridică a riscului nu ar trebui să intereseze doar pe avocați, judecători, doctrinari. Astăzi, mai mult decât oricând, riscul afectează oamenii de știință, industriașii, factorii de decizie politici și administrativi, mass-media, societatea civilă în general. Dincolo de granițele unui stat, problematica riscului se învâluie într-o dimensiune globală, având în vedere importanța acestui fenomen pentru organizațiile mondiale și rolul său în cadrul acordurilor internaționale majore. În același sens, s-a susținut că, ținând cont de "fungibilitatea riscurilor și a identității de natură", indiferent de modalitatea în care acestea se manifestă, "riscul nu este izolat, ci este integrat într-un sistem de riscuri"³, astfel încât fiecare sector de activitate ar trebui să aibă propria lor teorie a riscului. Mai mult, s-a formulat chiar concluzia că "riscul este consubstanțial vieții"⁴, neputând fi niciodată îndepărtat complet din viața unei societăți.

În dreptul privat, riscul nu poate fi privit ca un sistem, fiind izolat și având doar mai multe elemente funcționale. Dreptul este doar un mecanism prin care riscul cotidian a pătruns în diferite categorii juridice, cu unicul scop de a "converti cotidianul volatil în noțiuni juridice, noțiuni cărora le vor fi atribuite ulterior funcții care vor permite dreptului să se pună în aplicare"⁵. Sesizarea de către drept a acestui fenomen omniprezent se realizează prin normele pozitive care reglementează acest domeniu.

Pe măsura evoluției evenimentelor fortuite și a diversității acestora, s-a dezvoltat și noțiunea de risc în dreptul privat, ivindu-se chiar și ideea de risc acceptabil sau tolerat, cu un tratament juridic special, marcat în special de influența principiului precauției⁶. La aceasta se adaugă o evoluție majoră în relația dintre individ și risc. În comportamentul predecesorilor noștri și în percepția lor asupra vieții a existat întotdeauna un loc destinat soartei, fatalității, hazardului. Această atitudine oarecum pasivă cu privire la risc tinde să dispară⁷. Cu toate că riscul nu este acceptat sau tolerat fără rezerve, acesta poate fi cunoscut, stabilit, uneori chiar anticipat, modificându-se astfel pragul de risc acceptabil. Acest lucru se datorează mai multor factori, printre care dezvoltarea "consumerismului" și a cerințelor din ce în ce mai mari asupra calității vieții și sănătății.

De asemenea, de-a lungul timpului, s-au legiferat din ce în ce mai multe efecte ale evenimentelor fortuite pe măsura apariției acestora în diferite domenii de interes pentru societate, ținând cont de frecvența cu care se manifestau și în funcție de importanța acestora atât în relațiile economice, cât și în cele juridice, gestionându-se din punct de vedere juridic, riscul creat. Deși există multe arii și domenii de drept în care sunt reglementate efectele riscului, considerăm că dreptul privat are resursele necesare pentru o analiză completă și corectă a teoriei riscului, folosindu-ne în acest demers de regulile generale conturate deja în materia contractuală și delictuală.

Obiectivul declarat al lucrării noastre de cercetare se dorește a fi acela de a contura o teorie substanțială a noțiunii de risc în dreptul privat, teorie fundamentată pe un set de reguli clare, logice și ușor de înțeles pentru orice jurist. Considerăm că un astfel de demers își va dovedi utilitatea mai ales în plan practic, suportarea riscurilor și modalitatea de încetare a efectelor raportului juridic în care a intervenit imposibilitatea fortuită de executare prezentând deseori probleme de aplicare. În momentul în care noțiunea de risc va prinde contur, pericolul de a ajunge la soluții inechitabile și uneori nelegale s-ar diminua considerabil.

Pentru a putea contura o teorie a riscului va fi necesar să sistematizăm noțiunea de risc și să stabilim principiile care ar putea da reguli directe, apelând la raționalitate pe "un teren al imperfectului, aproximativului, non-verificabilului, indeterminabilului"⁸.

Ceea ce creează probleme și necesită răspunsuri și reguli clare este riscul necunoscut, non perceptibil, fie că e vorba despre consecințele necunoscute, imprevizibile ale unui risc cunoscut, fie de un risc incognoscibil pentru moment, care poate apărea cândva. Astfel că soluțiile juridice ar trebui să apară în domeniul riscului necunoscut. În analiza efectelor acestuia, trebuie luate în considerare și așa numitele "riscuri subterane"⁹, și anume cele nemăsurabile, morale sau spirituale.

În acest studiu, vom încerca să creionăm înțelesul și cuprinsul noțiunii de risc. Într-o primă instanță, vom analiza originile termenului risc și apariția acestuia în dreptul contemporan, naștere care este într-o oarecare măsură legată și de descoperirea probabilităților din științele exacte (1). Pornind de la noțiunile de hazard, aleatoriu, prejudiciabil, fortuit, imprevizibil (2.1. și 2.2.) vom încerca să trasăm o definiție (2.3.) a riscului în dreptul privat. Pentru a putea detalia cuprinsul său (3), vom analiza modalitatea de utilizare a termenului "risc" în materie contractuală și delictuală, două arii majore în care acesta se manifestă constant și produce efecte importante asupra raporturilor juridice. Într-o al cincea

secțiune, vom analiza modalitatea de reflectare a acestui termen în codificările din domeniul dreptului civil, respectiv Codul Calimach, Codul Civil din 1864 și Codul Civil din 2009 (4). Ulterior, vom cerceta în ce măsură percepțiile dinafara sferei dreptului privat pot influența noțiunea de risc juridic (5). La final, vom încerca să conturăm o posibilă definiție a acestei noțiuni, pornind de la aspectele tratate în capitolele precedente.

1. Originile termenului "risc"

Cuvântul "risc" își găsește originile în limbajul curent. Etimologia sa este considerată obscură¹⁰ și face obiectul unei controverse în jurul originii latine a termenului¹¹, *resecare* sau *rixare*, respectiv "a scoate tăind" și "izbucnire" și cuvântul din sanscrită "rikhati", "se deșiră". Ansamblul acestor rădăcini atribuite riscului sugerează într-o primă instanță ideea de pericol.

Într-un studiu etimologic despre noțiunea de risc¹², un lingvist a susținut că acest concept a fost folosit în opera lui Homer, afirmație confirmată ulterior de cercetători greci. Etimologia acestui termen este considerată fie interesantă¹³, fie obscură și controversată¹⁴. Urmele acestui cuvânt se regăsesc în istoria antică, mai exact în Grecia din perioada clasică, unde *rhizicon* avea înțelesul de hazard. Regăsim acest cuvânt și în limba latină - *resicum*, *risicum*, *riscus*, cu semnificația de piatră sau recif, dar și *rixare*, care evocă ideea de pericol sau *resecare*, care înseamnă a tăia.

Cuvintele din latină constituie originile cuvântului risc regăsit în limba italiană sub forma de *risico*, *risco*, *rischio*, în spaniolă *riesgo* și în franceză *risque*. Limba engleză a împrumutat termenul din spaniolă, germană și italiană, fiind în concordanță cu termenul francez *risque* din secolul al XVII-lea. Aceste împrumuturi lexicale au avut loc la sfârșitul Evului Mediu, în momentul în care oamenii au îndrăznit să descopere lumea¹⁵.

Dicționarele etimologice confirmă faptul că termenul risc era folosit ca o metaforă pentru "dificultatea care trebuie evitată pe mare" sau pentru "fortune de mer". În acel context istoric, ideea de risc se referă la toate cauzele fortuite care pot apărea în domeniul maritim și care produc prejudicii pentru transportatorii maritimi de mărfuri. Începând cu secolul al XVI-lea, termenul de risc a început să dobândească un înțeles mai benefic, cum este cazul și cuvântului german *rysigo*, care era un termen tehnic, însemnând "a îndrăzni, a întreprinde o afacere și a aspira la succesul economic".

Se poate deci observa că termenul a avut la început o orientare spre spațiu - stâncă, piatră, teren, iar mai apoi folosirea lui a devenit abstractă și complexă, îndreptată spre timp – evenimente și situații care implică incertitudinea.

Pe filieră francofonă, termenul risc a pătruns și în limba română. Doctrinarii francezi consideră că etimologia termenului francez este una obscură și controversată, existând mai multe posibile surse, înafară de cele mai sus expuse¹⁶. Prin folosirea celor două sensuri diferite în paralel, în limbajul actual termenul risc înglobează atât ideea de hazard, cât și de daună. Și în limbajul juridic actual, riscul are ca și condiții cele două concepte – eveniment probabil, aleator, care produce prejudicii.

Există studii¹⁷ care susțin că ideea de risc era prezentă și în dreptul roman, fără ca termenul propriu-zis să fie folosit. Riscul era asociat cu termenii de "periculum", "vis maior", "casus fortuitus" și "vitium". Cel mai des folosit cuvânt în codificările romane rămâne însă

”periculum”, care acoperea o paletă mai largă de situații juridice decât noțiunea de risc din zilele noastre. ”Periculum” nu era folosit în dreptul roman doar pentru a desemna situațiile în care există un prejudiciu fără a exista și culpă, ci avea semnificație juridică de ”posibilitatea apariției unei pierderi”, din culpă sau fără culpă. Pornind de la reglementările legale romane, au existat de-a lungul vremii cercetări asupra ”periculum locatoris/conductoris”¹⁸, ”periculum rei venditae”¹⁹ și chiar și a riscului în dreptul roman²⁰.

În dreptul român, termenul de risc a apărut mai întâi în doctrină, și doar de curând a fost înglobat și în codificări. Cu toate acestea, codificările din dreptul privat român au reglementat situațiile în care riscul putea apărea și efectele acestuia, fără însă a-l denumi risc. Cu titlu de exemplu, putem menționa Codul Calimach care reglementează numeroase situații în care se manifestă riscul, denumindu-le ”*întâmplări fără de vreaa lui, fără scopos rău*”, ”*perirea lucrului*”, ”*păgubiri pricinuite din întâmplare*” (art. 441, art. 1735, art. 1515). Codul civil de la 1864 nu utilizează conceptul de risc, ci derivate ale acestuia, cum este de exemplu noțiunea de rizico-pericolul, limitându-se la a folosi constant noțiunea de ”caz fortuit” și rizico. Doar în Codul civil actual putem regăsi inclus termenul risc: riscul pieririi fortuite, riscul în contractul translativ de proprietate, riscul imposibilității de executare, etc.

Putem conchide că imersiunea termenului risc din limbajul curent în cel juridic a avut loc gradual și nu total. Riscul din dreptul privat cunoaște nuanțări de sens, tehnice și diverse, care pot fi unite într-o teorie a riscului în dreptul privat. Considerăm, de asemenea, că în dreptul privat, sensul noțiunii de risc se modulează de o manieră diacronică pe măsură ce dreptul cunoaște noi realități. În acest context, fiecare nuanță de sens a acestui termen este susceptibilă de a produce un anumit efect juridic.

2. Terminologie și definiții juridice ale ”riscului”

Dreptul a conceptualizat noțiunea de risc, care a devenit o natură juridică abstractă²¹, cu toate că la începutul analizei problematicii riscului în dreptul privat, acesta avea o dimensiune marginală, intervenind în cazuri specifice, fără a stârni un mare interes. Nici doctrina nu i-a consacrat de-a lungul timpului un studiu amplu, ocupând un loc rezidual în cercetarea juridică. Absența unei definiții clare a acestui termen, dar și domeniul de aplicare redus au contribuit la această ignorare de către doctrină.

Cu toate că analiza riscului din perspectivă juridică nu a preocupat juriștii doar în contextul social și economic din zilele noastre, ci este una care datează din timpuri mai îndelungate, evoluția noțiunii de risc și percepția societății asupra ceea ce este admisibil sau tolerat reprezintă chestiuni de actualitate, care sunt tratate de juriștii și sociologii contemporani cu mare interes. Pentru juriști, termenul de risc duce cel mai des cu gândul la răspunderea pentru risc care are ca și scop și efect plasarea victimei într-o poziție mai favorabilă în raport cu autorul prejudiciului decât regimul de răspundere pentru neglijență. Dar noțiunea de risc este mult mai vastă în măsura în care aceasta este inerentă în activitatea umană și viața socială.

În limbajul curent, riscul este definit ca ”posibilitatea de a ajunge într-o primejdie, de a avea de înfruntat un necaz sau de suportat o pagubă; pericol posibil” sau ca ”un pericol eventual, mai mult sau mai puțin previzibil; primejdie”²². Dicționarul Littré definește riscul ca fiind un ”pericol care cuprinde ideea de hazard”²³.

În mediul economico-financiar, riscul este conectat de rezultat, obiectiv, efectele sale, fiind definit ca "incertitudinea ...care afectează posibilitatea atingerii obiectivelor"²⁴, "un eveniment sau o condiție incertă care, dacă apare, are un efect pozitiv sau negativ asupra obiectivelor proiectului; riscul proiectului include atât amenințările asupra obiectivelor cât și oportunitățile de a îmbunătăți aceste obiective."²⁵, "măsură a neconcordanței dintre diferite rezultate posibile, mai mult sau mai puțin favorabile sau nefavorabile într-o acțiune viitoare"²⁶ sau ca și "posibilitatea ca un eveniment să aibă loc în funcție de o probabilitate cunoscută"²⁷. Riscul este astfel văzut din prisma afectării unei balanțe financiare, pierderii unui capital sau a unei investiții sigure sau mai puțin sigure.

În alte domenii, precum cel medical, social, termenul risc apare întotdeauna definit ca fiind o posibilitate sau probabilitate pentru ca un eveniment nefast și prejudiciabil să se producă. "Riscul social" are o natură duală, de eveniment vizibil sau invizibil, după caz, previzibil sau imprevizibil, actual sau viitor, care produce prejudicii certe sau latente persoanelor dintr-o societate. În aceste arii, riscul nu reprezintă întotdeauna ceva imprevizibil sau incert, ci apare ca probabil a se produce. Cu toate acestea, riscul nu trebuie confundat cu ideea de probabilitate. Termenii de "amenințare" și "hazard" sunt cel mai adesea folosiți în cazul în care evenimentul poate produce prejudicii.

Se poate deci observa perspectiva negativistă din care este privită această noțiune în toate sferile sale de acțiune. Există de asemenea păreri conform cărora riscul poate fi privit ca un eveniment obiectiv, evaluabil din punct de vedere statistic, probabilitatea sa de apariție putând fi calculată. Astfel riscul nu mai este conectat de ideea de fatalitate, ci de o logică cauzalistă și determinată²⁸.

În domeniul dreptului privat, termenul de risc și-a păstrat o parte din caracterele evidențiate mai sus. Frecvența cu care se folosește cuvântul risc în limbajul juridic și diversitatea domeniilor în care apare, indică, într-o primă instanță, o natură polisemantică, fără substanță precisă, maleabilă nevoilor sau funcțiilor sale.

Definițiile propuse în dicționarele juridice întăresc cele expuse mai sus. Acestea furnizează definiții la fel de variate ca și utilizările indexate ale cuvântului: "eventualitatea producerii unui eveniment viitor, incert, care nu depinde în mod exclusiv de voința părților și care poate cauza pierderea unui bun sau un alt prejudiciu"²⁹, "eveniment prejudiciabil a cărui apariție este incertă cu privire la realizarea sau data producerii acestuia"³⁰, "pericol posibil, inconvenient probabil, expunere la o eventuală pierdere; prezintă interes juridic determinarea persoanei care va suporta într-o situație concretă inconvenientul producerii unui eventual prejudiciu, datorat cazului fortuit, forței majore, etc"³¹.

În materia răspunderii civile, riscul este folosit pentru a caracteriza răspunderea fără culpă, dar în același timp, se precizează că "această utilizare nu corespunde unei semnificații prea precise și termenul nu implică o veritabilă omogenitate a ipotezelor pe care le acoperă"³². Teoria riscului este definită ca fiind "teoria conform căreia o persoană este responsabilă de prejudiciul pe care l-a cauzat prin fapta sa, a unui prepus sau a unui lucru aflat sub paza sa, chiar și atunci când nu există nicio culpă din partea sa, din cauza riscului provocat unui alte persoane, prin activitatea sa"³³.

Pe baza celor de mai sus, putem conchide că atât în limbajul curent, cât și în cel juridic, riscul este perceput ca un eveniment periculos, care produce prejudicii. Un înțeles primar al riscului 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 frâu³⁴.

În fiecare dintre definițiile expuse în dicționarele juridice se repetă noțiunile de incert și prejudiciabil, care reprezintă în același timp condiții atât pentru existența riscului în dreptul privat, cât și pentru a activa teoria riscului. Astfel, aceste definiții reprezintă de fapt o condiționare a riscului. Toate aceste definiții conturează riscul ca pe un concept descriptiv și obiectiv, și nu unul normativ, fiind eterogen și divers. În prezent, limbajul juridic asimilează noțiunile de hazard, fatalitate, fortuit, alea și risc, având ca punct comun eventualitatea, incertitudinea manifestată gradual. Fiecare dintre aceste noțiuni trebuie nuanțată în domeniul juridic și privită separat de la caz la caz.

Este oare posibilă o definiție abstractă a acestui termen juridic, alături de definițiile deja exprimate? Bineînțeles că da, având în vedere că realitățile în care se manifestă riscul sunt diferite și că definițiile acestui concept pot fi stratificate. Cu toate acestea, definiția trasată ar trebui să poată fi folosită pentru oricare din aplicațiile riscului din dreptul privat (riscul contractual și riscul în materie delictuală).

Ab initio, riscul se distinge de o serie de noțiuni similare, printre care șansă, aleatoriu, pericol și chiar hazard, datorită faptului că implică un mod particular de a se raporta la un eveniment viitor contingent, în funcție de modalitatea curentă de anticipare. De cealaltă parte, noțiunile de *pericol* sau de *alea* exprimă ceea ce era de așteptat, fie că sperai sau îți era fircă. Între risc și toate aceste noțiuni nu contează doar caracterul mai mult sau mai puțin previzibil al evenimentului, ci și faptul că această anticipare te face să te gândești dinainte la posibilele consecințe, prejudicii și astfel îți permite să evaluezi impactul său în prezent. O caracteristică importantă sesizată de un lingvist³⁵ și care rezultă din acest caracter activ este faptul că riscul presupune un actor care să-și asume răspunderea.

Considerăm ca având relevanță juridică doar ideea de previzibilitate și cea de prejudiciu, astfel că, în analiza noțiunii de risc în dreptul privat ne vom limita la tratarea acestor două elemente, fiind cele care influențează teoria riscului și care oferă soluții juridice unor situații afectate de risc.

Noțiunea de risc înglobează astfel două componente esențiale: previzibilitatea și prejudiciul. Într-o primă instanță vom analiza așadar ideea de previzibilitate, ca și element definitoriu al riscului (2.1.), urmând ca cea de-a doua parte să fie rezervată noțiunii de prejudiciu, ca parte esențială a manifestării riscului în dreptul privat (2.2.).

2.1. Previzibil, prevăzut, anticipat, intuit sau din contră?

Ideea de previzibilitate induce sensuri precum cele de deducere a evoluției evenimentelor viitoare; intuiția celor ce urmează să se întâmple; întrezărirea viitorului; presimțirea unui eveniment fortuit; reflectarea neprevăzutului în planul curent; anticiparea răului, în funcție de capacitatea de analiză și imaginație a fiecărei persoane. De cealaltă parte, dacă riscul este un eveniment fortuit, atunci acesta este unul neprevăzut, inopinat, întâmplător, neașteptat, accidental, inevitabil. Care este astfel linia de despărțire dintre cele două, dacă există vreuna?

Dintru început, ne raliem și noi opiniei conform căreia trunchiul polisemantic al noțiunii de risc este format din două ramuri fundamentale, care se articulează în principal în jurul dihotomiei dintre previzibilitatea și imprevizibilitatea evenimentului prejudiciabil³⁶.

Riscul poate fi de cele mai multe ori prevăzut întrucât se încadrează printre tipurile de evenimente care sunt cunoscute într-o societate. Nivelul acesta de cunoaștere și implicit previzibilitate depinde de "capacitatea de imaginație și analiză a unui om mediu instruit și de resorturile psihologice ale fiecăruia dintre noi"³⁷. Am putea susține ca acest eveniment este unul imprevizibil absolut doar în cazul riscurilor complet necunoscute, care devin astfel greu de controlat și anticipat. Considerăm că atunci când doctrina afirmă constant și fără a detalia prea mult faptul că riscul este un eveniment viitor și imprevizibil, nu are în vedere o imprevizibilitate absolută, ci una "relativă", în funcție de circumstanțele în care se manifestă împrejurarea și modalitatea de reflectare a acesteia în conștiința și cunoștințele persoanei în cauză.

Apreciem de asemenea că riscul poate fi de cele mai multe ori anticipat, intrând astfel în sfera riscului cunoscut, sau, din contră, acesta poate apărea într-un mod complet imprevizibil, putând fi încadrat în categoria riscului necunoscut. Ceea ce doctrina recunoaște ca și risc cunoscut este de fapt acel eveniment care poate fi recunoscut de orice persoană ca reprezentând un pericol prejudiciabil, chiar dacă doar de o manieră "incertă, parțială și hazardată"³⁸.

În aceeași ordine de idei, doctrina consideră că ne aflăm de fapt în fața unei "raționalizări, relativizări a riscului, care e previzibil măcar în parte și, prin aceasta, asumabil de cei care vor profit, ori exercită o autoritate"³⁹. Fenomenul eventualității unei situații prejudiciabile interesează dreptul civil. Gradul și forma în care fiecare element (eventualitatea și pericolul) se combină cu alți factori (previzibilitatea și imprevizibilitatea, culpa și fortuitul), precum și relațiile sociale cu care riscul interferează modulează fațete complexe, cu funcționalități prolifice⁴⁰.

Când intrăm însă pe tărâmul acestor fenomene, nu putem nici prevedea, nici cunoaște efectele reale și exacte ale acestora. Evenimentele cu potențial prejudiciant își găsesc un numitor comun în ideea de imprevizibilitate, deosebiri se văd în ceea ce privește efectele evenimentului neprevăzut de către părți⁴¹. De obicei, consecințele acestor "evenimente nefaste"⁴² sunt necunoscute, cu toate că riscul a fost anticipat și cunoscut. Mai mult, în cazul riscului necunoscut, consecințele acestuia sunt total imprevizibile, dificil de gestionat și aproape imposibil de anticipat.

Din această perspectivă, noțiunea de risc integrează atât ideea de previzibilitate, cât și cea de imprevizibilitate. Fenomenul în sine care creează riscul este unul care poate fi anticipat și evitat, ceea ce nu putem însă prevedea sunt efectele fenomenului asupra raportului juridic și momentul în care se va manifesta.

Această dualitate dă naștere astfel la o ambiguitate în ceea ce privește previzibilitatea riscului: pe de o parte riscul poate fi anticipat, deci este previzibil, dar pe de altă parte refuză să-și dezvăluie toate efectele sale, devenind astfel imprevizibil pentru participanții raportului juridic. Cunoașterea riscului în globalitatea sa depinde de determinarea fiecărui participant la un raport juridic de a se proteja împotriva efectelor producerii sale, de certitudinea producerii acestuia, dar și de transparența cu care poate fi prevăzut. Toate acestea pot contribui la o gestionare efectivă a riscului și la o înțelegere corectă a acestuia din interior, ținând seama de economia și intensitatea sa, dar și de logica și regulile sale de joc.

2.2. Prejudiciabil

Riscul este asociat cu starea de pericol pe care o creează. În momentul în care aceasta se materializează, se naște prejudiciul. În doctrină, s-a susținut că "prejudiciul constituie realizarea pericolului" și că "riscul nu e întotdeauna un eveniment prejudiciabil în drept"⁴³. Nu putem fi însă de acord cu această din urmă susținere, întrucât, în absența prejudiciului, riscul nu mai poate afecta raportul juridic și deci nu mai are relevanță din punct de vedere juridic.

Într-o atare situație, riscul este un simplu eveniment extern raportului juridic, fără efecte juridice asupra acestuia. Modificarea unei stări de fapt nu modifică și starea de drept, dacă nu există consecințe juridice ale acelei stări de fapt asupra raportului juridic. Riscul în dreptul privat trebuie conectat în mod obligatoriu cu ideea de prejudiciu, chiar dacă acesta este unul viitor. În cazul în care prejudiciul nu ar reprezenta o parte esențială a noțiunii de risc, atunci nu am putea vorbi nici despre teoria riscului în dreptul privat, întrucât nu ar mai fi necesară o astfel de conceptualizare și abstractizare.

Prin înglobarea prejudiciului printre componentele riscului în dreptul privat, se relevă latura "umană", practică, concretă a acestuia, în completarea celei abstracte, care ține de hazard.

2.3. O posibilă definiție a riscului

În dreptul privat, sensul noțiunii de risc se modulează de o manieră diacronică, adică temporală, pe măsură ce dreptul învață noi realități⁴⁴. Chiar și într-un atare context, considerăm că este posibilă o definire a acestei noțiuni.

Riscul ar putea fi privit ca și un factor extern, aleatoriu, previzibil, dar incert, raportului juridic, care dezechilibrează ordinea contractuală și tulbură justiția comutativă, producând prejudicii unei persoane. Dacă ar fi să concentrăm această definiție am putea afirma că riscul juridic este un hazard care zbuciumă justiția comutativă.

Acest factor este reprezentat de evenimentele fortuite, uneori imprevizibile și insurmontabile, altele din contră previzibile, ordinare sau extraordinare, în funcție de aprecierea concretă a fiecărui individ.

Exterioritatea riscului provine din lipsa de anticipare cu privire la producerea sau momentul manifestării sale, din neintegrarea sa în contextul contractual și din faptul că nu este provocat de către părțile raportului juridic. Acest caracter se menține de-a lungul tuturor analizelor parcurse deja în prezentul articol. Cu toate acestea, nu putem ignora faptul că în lumea științifică și chiar și în cea academică se investighează posibilitatea producerii pe cale artificială, de către mâna omului, a unor evenimente precum cutremurele (cu titlu de exemplu menționăm problema exploatării gazelor de șist), inundațiile, ploile acide (provenite din exploatarea industriale și din defrișările masive ale pădurilor) sau alte asemenea fenomene care până acum erau considerate naturale și independente de orice voință sau faptă umană. Într-un atare context, exterioritatea este doar indirectă, iar riscul trebuie reanalizat și din această privință. Evoluțiile jurisprudențiale sesizate în secțiunile următoare au capacitatea să rezolve tocmai astfel de situații.

Având în vedere că nu există nici posibilitatea juridică sau nici cea tehnică de a preciza cu exactitate momentul în care ar putea apărea riscul, chiar și cel previzibil și cunoscut, ne aflăm întotdeauna în prezența unui eveniment aleatoriu. Într-un caz contrar, riscul ar intra în câmpul condițional al raportului juridic.

În ceea ce privește previzibilitatea riscului, credem cu tărie că, în zilele noastre, există mult prea puține situații pe care nu le putem anticipa sau imagina. Previzibilitatea unei situații care dă naștere unui risc se raportează la nivelul de cunoaștere al unui om mediu, la puterea sa de anticipare, dar și la particularitățile situației juridice în care se află.

Prin asocierea riscului cu principiul precauției, cu ideea de garanție, cu sisteme și politici publice de protecție și prevenție, dar și cu mecanisme juridice pentru gestiunea eficientă a tuturor efectelor acestuia, noțiunea de risc se manifestă sub umbrela echității și a justeții. În mod evident, riscul reprezintă un factor care influențează justiția comutativă, egalitatea în drepturi, echilibrul juridic între prestațiile părților unei convenții, în condițiile schimbării împrejurărilor inițiale și a producerii unui prejudiciu pentru una din părți. De aceea, atât practicienii dreptului, cât și doctrinarii tind spre o analiză economică, echitabilă a raporturilor juridice. Acest fapt este datorat în principiu incertitudinii create de risc, iar Rousseau a sesizat acest fenomen, afirmând că "Incertitudinea cu privire la viitor m-a făcut întotdeauna să privesc proiectele cu executare lungă ca și pe niște momeli înșelătoare"⁴⁵. Datorită suspiciunii care atâră asupra riscului, instanțele de judecată au început să militeze din ce în ce mai des în favoarea unei abordări economice a relațiilor contractuale⁴⁶, analizând concomitent care sunt riscurile suportate de fiecare parte, pentru ce preț și care sunt avantajele și dezavantajele pentru fiecare parte a raportului contractual. Pornind de la această abordare a instanțelor de judecată, și practicienii dreptului sunt invitați să facă o analiză economică a contractului, a riscului și a imposibilității fortuite de executare.

Riscul instigă dreptul să găsească mecanisme propice care să limpezească și să liniștească apele, grupate sub forma unui sistem coerent de management și gestiune a efectelor riscului într-un cadru contractual sau delictual, după caz.

3. Conținutul noțiunii de "risc" în dreptul privat

În doctrina franceză se susține ideea potrivit căreia "conceptul de risc este unul fundamental, nu numai pentru că suportarea riscului reprezintă un aspect cardinal al dreptului privat, ci și pentru că prin acesta se reconfigurează permanent sistemul juridic"⁴⁷. Nu excludem întru totul susținerea conform căreia riscul se conturează ca un concept fundamental al dreptului privat, însă considerăm că până a ajunge acolo mai este o cale lungă, cale care va fi parcursă treptat și explorată constant de către specialiștii dreptului. Ceea ce nu putem contesta este însă faptul că prin aplicarea teoriei riscului diferitelor situații juridice se făurește drept și se pun în discuție probleme juridice noi.

În domeniul dreptului privat, riscul se manifestă cu predilecție în două arii, și anume cea contractuală și cea delictuală. Din acest punct de vedere, ne vom limita în a analiza noțiunea de risc la cele două sfere. Astfel, în doctrina franceză⁴⁸ au apărut sintagmele de *risque convenu*, pentru situația în care acesta este rezultatul unei prognoze contractuale și cea de *risque survenu*, pentru cazul în care nu există un astfel de acord, dar efectele sale nocive se produc și afectează răspunderea delictuală.

3.1. În raporturile contractuale, riscul apare ca un factor extern care tulbură echilibrul contractual anticipat la momentul încheierii acestuia de către părțile contractante. Acest factor se manifestă independent de voința vreuneia dintre părțile contractante și exclude ideea de culpă contractuală. Așadar, riscul provine din exteriorul câmpului contractual, producând efecte juridice negative înăuntrul acestuia, efecte care pot fi înlăturate printr-un sistem coerent și eficace de gestionare a acestuia. De cele mai multe ori, riscul descentrează axa raportului contractual, fiind necesare mecanisme suplimentare pentru a înlătura sau diminua efectele astfel create.

Riscul contractual se referă în principal la evenimentele neprevăzute, externe, care pot influența obligațiile cocontractanților, dar nu se limitează la imposibilitatea fortuită de executare, aceasta din urmă reprezentând doar un posibil efect al celui dintâi. Astfel, în doctrină s-a susținut că "riscul este interpretat ca o aplicație a neexecutării fortuite a contractului, care indică partea contractului care va suporta consecințele juridice ale imposibilității fortuite de executare a actului"⁴⁹. Același eveniment fortuit poate avea efecte diferite, în funcție de materia în care se manifestă. Așadar, teoria riscului în materie contractuală este singura în măsură să dea naștere unui mecanism de imputabilitate corespunzător. Riscul afectează întregul raport juridic, nu doar o parte a acestuia. În ceea ce privește extinderea teoriei riscului la neexecutarea contractului, rezultând dintr-o schimbare a circumstanțelor, a apărut în doctrină⁵⁰ și așa numitul risc al hardship-ului, legat și de ideea de impreviziune.

În continuarea ideilor deja exprimate, accentuăm faptul că riscul contractual nu poate intra în câmpul condițional al acestuia, ci este detașat de condiție ca modalitate a obligației. O suprapunere a celor două noțiuni ar duce la excluderea ideii de risc în afara sferei actelor juridice, fapt ce ar necesita conturarea a două teorii conținând definiții distincte ale noțiunii de risc. Într-un atare context, alegația noastră inițială conform căreia în dreptul privat poate fi tratată o singură teorie generală a riscului, care să se aplice oricăror situații juridice, ar fi eronată și ar trebui astfel modificată.

În plus, unii autori conectează ideea de risc cu obligația de informare existentă în orice raport contractual, considerând informarea ca pe o valoare care trebuie împărtășită de către cocontractanți. Aceștia consideră că "obligația de informare cu privire la risc a devenit pivotul de modelare a raporturilor juridice"⁵¹. În *common law*⁵², se folosește conceptul de *moral luck* și *moral risk*, pornindu-se de la această obligație de informare la care se adaugă ideea de responsabilitate din punct de vedere moral față de cealaltă parte contractantă. Din această perspectivă, riscul poate fi privit ca o parte a obligației de informare care nu poate fi dejuțată, noțiunea de risc extinzându-și astfel antenele și în acest domeniu.

Ideea de risc în materie contractuală nu poate fi detașată de obligațiile născute în baza unui raport contractual, fiind în strânsă legătură cu acestea, dar în același timp, riscul afectează întregul contract, nu doar una sau mai multe obligații contractuale. Astfel, mecanismul de aplicare a teoriei riscului trebuie raportat la întregul raport contractual, iar soluțiile găsite la toate părțile contractante. În doctrina română s-au conturat de-a lungul timpului regulile de *res perit domino*, *res perit creditor*, *res perit debitor* și mai nou cea de *res perit detentori*, ca soluții pentru diferite situații particulare afectate de risc. Suportarea riscului reprezintă cheia în conturarea acestor reguli. O analiză în amănunt a acestei chestiuni ar putea duce la creionarea unei reguli generale pe viitor.

3.2. În ceea ce privește **manifestarea riscului pe teren delictual**, putem afirma că noțiunea de risc este omniprezentă, fiind cea care a contribuit la obiectivizarea răspunderii în așa măsură încât a eliminat în unele cazuri ideea de culpă ori de vină, probată sau doar prezumată⁵³.

Și în materia răspunderii civile, riscul își păstrează caracteristica de eveniment întâmplător, care pune în primejdie pe unii dintre noi⁵⁴. Riscul nu poate fi însă asociat exclusiv cu răspunderea pentru risc. El apare în diferite ipostaze, dar care au aceeași finalitate, și anume găsirea persoanei care va suporta consecințele acestuia și care va repara paguba pricinuită. Astfel, "justiția comutativă, dislocată de risc, lasă loc celei distributive, a cărei grijă primă este ca victima să găsească satisfacție juridică"⁵⁵.

Până în prezent am identificat mai multe cadre juridice în care apare riscul. Mai întâi, s-a apelat la noțiunea de risc pentru a fundamenta răspunderea delictuală obiectivă (a). Mai apoi, riscul este analizat din prisma faptului că, prin manifestările sale, poate reprezenta o cauză de exonerare de răspundere (b). În doctrina și practica instanțelor franceză recentă, riscul primește o nouă funcție, și anume cea de fapt generator al răspunderii civile (c). Pentru a ține pasul cu noile principii apărute în materia răspunderii delictuale, riscul se asociază cu principiul precauției, fiind analizat și din această perspectivă (d). În continuare, vom puncta caracterele și sensurile termenului "risc" în toate aceste situații juridice.

(a) Într-un prim tablou, regăsim riscul în calitatea sa de fundament al răspunderii civile delictuale. În această calitate, riscul este legat întotdeauna de două elemente: autorul prejudiciului și victima. În funcție de acestea, se va analiza previzibilitatea, efectele, prejudiciile cauzate, și astfel se va putea determina sensul acestei noțiuni. Pentru a ajunge la acest tablou, în doctrină, faptul de a crea un risc, a fost asimilat rând pe rând, unei culpe, apoi unui prejudiciu reparabil și la final ca reprezentând proba perfectă pentru legătura de cauzalitate⁵⁶. În acest mod sistematic, unii autori au reușit să propună un fundament diferit de culpă pentru a explica sistemul răspunderii civile⁵⁷, dând astfel naștere unei noi teorii.

Cu toate acestea, o parte a doctrinei⁵⁸ consideră că "riscul, indiferent cum ar fi fost definit sau plasat în activitatea umană, nu a fost capabil să înlăture discuția despre vinovăție, considerată ca temei ultim al răspunderii". Apariția acestei teorii a riscului a fost urmarea alăturării acesteia cu răspunderea subiectivă, iar "consecința a fost apariția unui hibrid intelectual între risc și culpă, în care riscul fie trece în plan secund, având un rol complementar față de culpă, fie e pus pe picior de egalitate explicativă cu vinovăția, în efortul de decelare a resorturilor diferitelor forme de răspundere zisă obiectivă"⁵⁹.

Această teorie a fost parțial abandonată de către doctrină în ceea ce privește fundamentarea exclusivă a tipurilor de răspundere obiectivă prin risc, fiind înlocuită cu teoria garanției asociată cu riscul de activitate și ideea de echitate. Riscul în sine nu mai constituie unicul fundament al răspunderii obiective, ci doar în asociere cu alte teorii. Din această perspectivă, nu putem afirma că s-a înlocuit total acest fundament, ci doar ca a fost upgradat, nuanțat, completat, având în vedere că doctrina consideră că "suportul obligației de garanție este riscul de activitate, care cuprinde uneori și riscul de autoritate"⁶⁰. Riscul-autoritate este caracterizat în doctrină ca fiind "variante mai puțin moralizatoare sau mercantile a riscului-profit"⁶¹. Acest înțeles asupra riscului stă la baza răspunderii comitentului pentru prepus, răspunderii pentru prejudiciile cauzate de lucruri, animale, ruina edificiului.

Chiar dacă riscul este asociat cu răspunderea delictuală, acesta nu implică ideea de răspundere, având importanță juridică doar sub aspectul imputabilității, al suportării acestuia de către o persoană. Doctrina consideră că "riscul este causal, fiind o alternativă explicativă la culpă și implicând o simplificare a raportului causal, care se stabilește între pagubă și evenimentul nedorit, fără imputarea acestuia cuiva"⁶². Din această perspectivă, noțiunea de risc nu trebuie conectată automat cu ideea de prejudiciu (reparabil civil), ci mai degrabă cu cea de suportare a efectelor juridice provocate de evenimentul exterior, străin părților, care exclude culpa.

(b) Într-o altă scenă din acest tablou, riscul apare ca o cauză exoneratoare de răspundere civilă, în funcție de tipul de răspundere și de tipul de eveniment exterior care dă naștere riscului. Doctrina a susținut că riscul poate fi astfel privit ca un "pseudonim juridic mai puțin exact al cazului fortuit, care lămurește tehnic de ce atunci când răspunderea se explică prin risc, doar forța majoră apără de răspundere"⁶³. Astfel, în unele situații, cazul fortuit exonerează de răspundere, în altele nu. Ca și regulă generală, forța majoră reprezintă întotdeauna o cauză exoneratoare de răspundere. De asemenea, forța majoră poate fi transformată într-o variabilă de ajustare a obligațiilor contractuale⁶⁴. Celelalte situații create de fapta victimei sau a unui terț, de exercițiului unui drept sau alte cauze exonerează de răspundere doar dacă se întrunesc condițiile prevăzute de lege. Există de asemenea posibilitatea legală ca părțile să limiteze sau înlăture contractual răspunderea.

Acceptarea riscurilor a fost analizată atât în doctrină, cât și în jurisprudență ca și cvasi-cauză de exonerare de răspundere. Codul Civil din 2009 prevede în mod expres în art. 1355 că "Declarația de acceptare a riscului producerii unui prejudiciu nu constituie, prin ea însăși, renunțarea victimei la dreptul de a obține plata despăgubirilor". În jurisprudența franceză recentă⁶⁵, în domeniul dreptului medical, acceptarea riscurilor în cadrul competițiilor sportive nu mai reprezintă o cauză de exonerare. Cu toate acestea, judecătorii au considerat că atunci când se poate proba conștiința de risc asumat de către victimă în evaluarea sa, aceasta acționează pe riscul său, putând fi considerat că a acceptat eventualitatea apariției acestuia și că a renunțat la dreptul de a mai introduce o acțiune în daune⁶⁶.

În doctrina franceză⁶⁷ s-a analizat, de asemenea, dacă riscul de dezvoltare ar putea fi considerat o formă de acceptare de către societate a riscurilor de inovare, astfel încât producătorul să fie exonerat de răspundere într-un astfel de caz. O astfel de discuție comportă însă și un studiu aprofundat asupra principiului precauției, dar și asupra problemei societății actuale de partajare a riscului. Concluzia exprimată a fost aceea că în lumea ipotetică a secolului XXI-lea, științele exacte și cele umaniste trebuie să colaboreze pentru ca acceptarea juridică a riscurilor incerte să se poată baza pe acceptarea lor sociologică și pe costul lor de cercetare și de compensare a riscului, distribuite uniform prin tehnici combinate și diversificate de finanțare și garantare⁶⁸.

(c) Înafara celor două tablouri principale în care se manifestă riscul, undeva într-un cadru mai îndepărtat, regăsim riscul inerent unui lucru ridicat la rangul de fapt generator al răspunderii pentru lucruri. În jurisprudența recentă a instanțelor franceze⁶⁹, Curtea de casație franceză a reanalizat condițiile generale ale răspunderii civile delictuale și ale teoriei inconvenientelor anormale de vecinătate, considerând că pentru a se antrena răspunderea

este suficientă existența unui risc "ipotetic", nedovedit, renunțând astfel la condiția ca prejudiciul să fie întotdeauna cert și sigur. Prin această decizie, se modifică atât viziunea asupra lucrurilor, cât și cea de răspundere civilă în general.

Riscul este definit ca un eveniment care face posibilă apariția unui prejudiciu⁷⁰. Atâta timp cât prejudiciul este posibil, se admite existența unui risc. Atunci când însă prejudiciul se produce, riscul dispare ca atare⁷¹. A priori, nu se poate concepe ca un simplu risc să constituie cauza reală a prejudiciului. Din acest unghi, riscul și faptul generator al răspunderii civile par a fi două noțiuni contradictorii.

În timp ce susținătorii teoriei culpei au considerat că aceasta poate fi atât bază a răspunderii civile, cât și fapt generator al acesteia, autorii care apărau teoria riscului, nu l-au văzut ca altceva decât ca pe un simplu fundament. Niciodată acești autori nu au susținut că riscul ar putea constitui în sine un fapt generator al răspunderii, o responsabilitate operativă, ci acest fapt trebuia să fie căutat în activitatea care generează riscul⁷².

Cu toate acestea, doar viitorul va spune dacă jurisprudența este inclinată să recunoască, de o manieră generală, că simplul risc poate constitui în sine un fapt generator al răspunderii și dacă răspunderea unei persoane poate fi angajată dacă acesta nu a luat măsurile necesare pentru a evita riscul. Ca și criteriu de imputare al prejudiciului, riscul continuă să fie considerat ca un concept-cheie al răspunderii civile⁷³. Într-o atare situație, noțiunea de risc va cuprinde și un astfel de sens extensiv.

(d) Ca o ultimă exteriorizare a riscului în cadrul răspunderii delictuale, doctrina⁷⁴ și jurisprudența franceză sunt cele care au creat o punte de legătură între ideea de risc și principiul precauției. În acest sens, abordarea juridică a unui risc considerat suspect a fost realizată prin apelarea la principiul precauției, principiu care își găsește originile în dreptul internațional și cel al mediului, aplicându-se la toate domeniile în care se reglementează probleme de sănătate.

Legătura aceasta a fost creată pornindu-se de la faptul că însăși existența unui risc este incertă. Într-un studiu amplu cu privire la incertitudine⁷⁵ se susține că probabilitatea de apariție a riscului poate fi compensată prin certitudinea gravității și ireversibilității daunelor în cazul realizării sale. Autorii acestui studiu pledează pentru o răspundere preventivă și colectivă, făcând trimitere la civilizarea "principiului precauției"⁷⁶. În același timp se analizează riscul potențial grav, cum ar fi acela de a monta antene în apropierea așezărilor umane. Într-un atare context, principiul precauției se traduce în conștiința socială ca un drept al riscului, fiind de asemenea vitală și analiza economică a probabilității subiective. Printr-un asemenea mecanism există posibilitatea de a trece de la incertitudine la probabilitate și de a anticipa riscul, atunci când pe baza unor cunoștințe fragmentare se poate prevedea un risc serios și plauzibil⁷⁷.

Această conexiune între risc și principiul precauției reprezintă în viziunea unor doctrinari francezi⁷⁸ intrarea într-o "eră nouă a răspunderii anticipate" și a riscului asigurat. Problema riscului asigurat este relativ recentă și, are în centru prejudiciile potențiale. Rezolvarea acesteia ar trebui să fie simplă: fie riscul nu este decât un eveniment eventual și deci nereparabil, fie acesta este viitor, dar cert și prejudiciabil, și, prin urmare, reparabil⁷⁹. S-a identificat însă și existența unor zone gri. Nu numai că riscul este din ce în ce asigurat - fără a pune la îndoială principiul reparării integrale - dar și riscul suspect este, de asemenea, luat în considerare.

Pornind de la aceeași legătură dintre risc și principiul precauției, s-a conturat în jurisprudența franceză⁸⁰ o nouă față a riscului, și anume aceea de condiție pentru a exercita dreptul la repararea prejudiciului în cadrul răspunderii civile delictuale. Într-o astfel de decizie, instanța a stabilit un nou raport între risc și prejudiciu. Astfel, pe de o parte, riscul reprezintă o tulburare anormală care dă naștere unei temeri legitime cu privire la prejudiciile posibile pe care le poate crea, și, pe de altă parte, un "prejudiciu moral" care rezultă din anxietatea creată și susținută de risc. Consecințele concrete create de risc în aceste condiții pot fi reprezentate și doar de anumite taxe pentru prevenirea acestuia sau măsuri de asigurare împotriva unor pierderi financiare majore.

Conectarea riscului de principiul precauției transformă tratamentul juridic al acestuia într-unul mai mult procedural și instituțional, și nu în unul juridic. Din această perspectivă, considerăm că soluțiile juridice cu privire la risc se îndreaptă mai mult spre politici publice adecvate și specifice, care țin de domeniul dreptului public și care se reflectă prea puțin în dreptul privat.

Cu toate că riscul se manifestă sub mai multe forme în cadrul dreptului privat, considerăm că acesta își menține caracterul, iar sensul său este unul constant. Noțiunea de risc se mulează astfel pe sferile în care se produc efectele juridice ale acestuia. Soluțiile găsite în fiecare dintre situațiile juridice afectate de risc sunt diferite.

4. Noțiunea de risc de la Codul Calimach la Codul Civil din 2009

Ideea de risc a fost prezentă în codificări încă din zorii dreptului. În Codul lui Hammurabi existau prevederi care reglementau situațiile în care interveneau inundații sau secetă⁸¹. În legile romane putem găsi texte prin care se reglementează atât riscul în cadrul contractual, cât și cele din materia delictuală, fiind folosit termenul latin de "periculum"⁸². De-a lungul axei istoriei și ținând cont de aspectele deja analizate în capitolul referitor la originile termenului "risc", regăsim această noțiune în dreptul medieval, mai ales în reglementările cu privire la navigație.

După cum aminteam și mai sus, termenul propriu-zis de risc nu se regăsește în codificările române anterioare Codului Civil din 2009. Conceptul însă și efectele sale pe plan juridic au fost reglementate sub diverse forme și le putem regăsi în legiferarea anumitor situații particulare, din care doctrinarii au desprins anumite reguli generale referitoare la teoria riscului atât în Codul Calimach, cât și în Vechiul Cod civil.

4.1. Din reglementarea anumitor contracte în **Codul Calimach** nu se poate desprinde o regulă general aplicabilă referitoare la suportarea riscului contractual. În funcție de tipul de raport contractual, se reglementează efectele aduse acestuia de survenirea unui eveniment neprevăzut, întâmplător. Astfel, în Codul Calimach se prevede cine și în ce condiții suportă riscul pierii bunului în cazul contractului de depozit⁸³, comodat⁸⁴, închiriere⁸⁵ sau antrepriză.

În materie delictuală, Codul Calimach conține câteva prevederi prin care se reglementează situațiile în care apare forța majoră sau cazul fortuit, denumindu-le "faptă fără vrerea lui", "acea din întâmplare de istov pierdere", "întâmplătoare încungiuări". Efectul

principal al intervenirii unei astfel de întâmplări este exonerarea de răspundere delictuală. Art. 1735 din Codul Calimach reglementează un astfel de caz general de exonerare de răspundere: *”După regulă, nu se datorește cineva să întoarcă paguba pricinuită altuia fără scopos rău, fără viclesug, sau lenevire sau dintr-o faptă făr de vreea lui.”*. În aceeași codificare, ca o modalitate de stingere a obligației, în art. 1863 se prevede că atunci *”Cînd din lipsa obiectului sau din pricina opririi urmate într-acea vreme a lucrului tocmit, sau din relația locului, a vremei sau altor pricini se va face cu neputință plata datornicului, se dezleagă îndatorirea, dacă contractuitorii nu s-ar fi alcătuit în alt chip”*. De asemenea, se prevede în mod expres stingerea obligației ca urmare a pierderii lucrului în art. 1902 din Codul Calimach: *”Acea din întâmplare de istov pierdere a unui lucru hotărât, dezleagă toată îndatorirea; așa dar nu este datoriu nimene să plătească prețul lui. Această prințipie are loc și când împlinirea îndatoriei sau plata datoriei se face cu neputință din întâmplătoare încungiuări, iar datornicul trebuie în fieștecare întâmplare să întoarcă, ca un stăpînitoriu cu bună credință, aceia ce au luat spre împlinirea îndatoririi, însă cu acest chip ca să nu cîștige ceva cu paguba altuia.”*

Pierea fortuită a bunului este reglementată ca un caz de stingere a dreptului de proprietate asupra respectivului bun⁸⁶ și a dreptului de servitute⁸⁷. Efectul intervenirii unei astfel de situații este cel prevăzut în art. 1515 din Codul Calimach, și anume *”Proprietarul ființei lucrului niciodată nu este datoriu să despăgubească pe proprietarul folosirei lucrului pentru păgubirile pricinuite lui din întâmplare.”*

Putem conchide că ideea de risc era legată în Codul Calimach de un eveniment întâmplător, care a produs pagube. În completare, codificarea califică o astfel de situație ca manifestându-se independent de orice culpă, intenție, scop, viclesug, fiind externă oricărui raport juridic. Exonerarea de răspundere în astfel de situații este considerată un principiu fundamental al dreptului civil, fiind chiar denumită în textul de lege *”prințipie”* (Art. 1902) și este condiționată de lipsa unui câștig, acesta putând fi asimilat îmbogățirii fără juste cauze.

4.2. Din reglementările **Codului civil din 1864** putem extrage regulile aplicabile în cazul pieirii fortuite a unui bun, consacrate în doctrina română (res perit domino, res perit debitori și res perit creditor). Termenul folosit de către legiuitorii de la 1864 nu este însă cel de risc, ci derivate ale acestuia, precum *”rizico-pericolul”* (art. 971, art. 1018, art. 1074, art. 1114, art. 1300). Pentru a determina situațiile în care apare ideea de risc și suportarea acestuia de către una dintre părțile raportului juridic, Vechiul cod civil apelează la sintagme precum *”pieire fără greșeala debitorului”* (art. 760, art. 1018), *”se pierde astfel încât absolut să nu se știe de existența lui”* (Art. 1156 al. 1), *”eveniment oarecare, ce nu se poate imputa debitorului, ce face imposibilă îndeplinirea acelei obligații”* (art. 1156 al. 4), *” pierderea/ pierderea cășunată / distrugerea/ deteriorarea lucrului prin caz fortuit”* (art. 995, art. 1358, art. 1469, art. 1423, art. 1565, art. 1566, art. 1567).

Viziunea din Codul Civil din 1864 asupra noțiunii de risc este una similară celei deja expuse, și anume aceea de eveniment întâmplător, neimputabil părților, imprevizibil în mod absolut, care produce prejudicii unei persoane.

4.3. Codificarea dreptului civil din 2009 conține numeroase texte în care termenul risc își manifestă diverse fațete. Dintr-o primă inventariere a acestora și ținând cont de reperele identificate mai sus, am putea să clasificăm aceste sensuri în cel puțin trei categorii.

Primul sens se suprapune cu cel al noțiunii de risc din limbajul curent, și anume cel de pericol de a suferi un prejudiciu, de a fi într-o primejdie. Cu titlu de exemplu, menționăm prevederile art. 68 al. 1 din Codul Civil din 2009 *"Prelevarea și transplantul de organe, țesuturi și celule de origine umană de la donatori în viață se fac exclusiv în cazurile și condițiile prevăzute de lege, cu acordul scris, liber, prealabil și expres al acestora și numai după ce au fost informați, în prealabil, asupra riscurilor intervenției."* și cele ale art. 445 al. 2 din NCC *"Cu toate acestea, în cazul în care, în lipsa unor astfel de informații, există riscul unui prejudiciu grav pentru sănătatea unei persoane astfel concepute sau a descendenților acesteia, instanța poate autoriza transmiterea lor, în mod confidențial, medicului sau autorităților competente."*

Un al doilea sens este în strictă conexiune cu ideea de risc din raportul contractual și îl regăsim în textele prin care se reglementează suportarea riscului de către unul dintre cocontractanți în funcție de natura obligației sau/și de tipul raportului juridic în care apare. De manieră generală, riscul este reglementat în art. 1274⁸⁸ și în art. 1634⁸⁹ din Codul Civil din 2009. Mai există și alte prevederi legale prin care se prezintă efectele riscului în cadrul unor contracte speciale, precum contractul de locațiune, depozit, comodat, antrepriză, vânzare-cumpărare. Specificitatea acestor contracte se răsfrânge și asupra problematicii riscului contractual.

O ultimă semnificație o constituie cea în care riscul și prelungirile sale, printre care forța majoră și cazul fortuit, reprezintă o cauză exoneratoare de răspundere civilă. În acest sens, Codul Civil din 2009 reglementează expres aceste cauze în Secțiunea a 2-a, Capitolul IV, Titlul II din Cartea a V-a. Pornind de la acestea, va fi necesară regândirea locului și rolului culpei, al riscului și al ilicitului, ca și fundamente ale răspunderii civile delictuale.

În Codul Civil din 2009 nu regăsim o sistematizare a noțiunii de risc, deși ar fi fost binevenită ținând cont de multitudinea de domenii în care se manifestă. Nu există o clasificare a acestora și cu atât mai puțin o teorie generală a riscului în dreptul privat. Pornind însă de la reglementările exprese din fiecare arie, precum și ținând cont de analizele efectuate deja în doctrina română⁹⁰, considerăm că sunt creionate premisele necesare unei teorii a riscului în dreptul privat.

Astfel, noțiunea de risc dezvăluită de prevederile Codului civil din 2009 este una complexă, cuprinzând atât sensuri din limbajul curent, cât și cele din domeniul juridic. Riscul este considerat ca fiind un eveniment prejudiciabil, de cele mai multe ori previzibil cu privire la posibilitatea sa de apariție și a consecințelor sale, deci cunoscut și cuantificabil, care poate da naștere, prin intermediul dreptului, unor mecanisme diverse pentru a opri efectele sale nocive, în scopul reechilibrării raportului juridic.

5. Viziuni asupra riscului din afara sferei dreptului privat

Riscul se manifestă în societatea actuală în mod vizibil și pregnant, afectând mai multe domenii. Considerăm că acesta influențează societatea în ansamblul său și din această cauză, pentru conturarea noțiunii de risc din dreptul privat, opinăm că este necesar să analizăm așa

numitul "risc social", non-juridic (5.1.), dar și teoriile riscului dezvoltate în dreptul penal (5.2.). În afară de aceste domenii, riscul își face simțită prezența și în reglementările legale din domeniul dreptului public, în special cel financiar, administrativ, dar și constituțional.

Din această perspectivă, vom considera că intră în sfera "riscului social" orice tip de eveniment care este legat de viața, activitatea și raporturile persoanelor dintr-o societate, indiferent de domeniul în care își face simțită prezența. În cele ce urmează, vom analiza în ce măsură anumite perspective asupra riscului social, dezvoltate de filosofi și sociologi contemporani, pot fi folosite în conturarea noțiunii de risc din dreptul privat. De asemenea, apreciem că, teoriile cu privire la risc dezvoltate de către doctrina din domeniul dreptului penal pot contribui și ele la identificarea anumitor caracteristici ale riscului din dreptul privat, urmând a le inventaria și cerceta mai în amănunt în partea a doua a prezentului capitol.

5.1. Riscul social

În noua lume a afacerilor globalizată și mondializată, asumarea unui risc reprezintă uneori prețul inovării și al reușitei. În orice domeniu, succesul aparține celui care a știut când și în ce condiții să își asume un anumit risc. Nu putem însă să conectăm ideea de risc doar de progres, inovare, câștig, ci riscul ajunge să fie și sinonimul pericolului creat unei persoane și mediului înconjurător. Cele două fațete apar concomitent, dar efectele acestora se manifestă succesiv. Pornind de la această optică, în doctrina franceză s-a susținut că "în același timp în care lumea întregă riscă, fiind astfel în pericol, ea este de asemenea controlată de acest risc"⁹¹.

Riscul nu mai este secvențial, ci o dată cu globalizarea societății, riscul a devenit și el unul universal. Datorită acestei caracteristici a sa, riscul dă naștere unei nesiguranțe generale, plecând în primul rând de la individul lipsit de repere și rupt de tradițiile sale și ajungând să se extindă la întreaga societate, dobândind un caracter supranațional. Această globalizare este argumentată pe larg în studiile lui Ulrich Beck asupra societății riscului⁹², din prisma a doi factori principali: dezvoltarea și bunăstarea societății actuale⁹³, într-o prima parte, și individul și civilizația⁹⁴, în cea de-a doua.

Cu privire la primul factor, autorul analizează legătura dintre bogăția și bunăstarea societății și nașterea socială a riscurilor. Această dependență reciprocă este dificil de manageriat în momentul repartizării bunăstării, dar și în găsirea unei modalități echitabile de suprimare, diminuare, canalizare a riscurilor produse sistematic în cursul procesului de modernizare. De asemenea, societatea expusă riscului este obligată să creeze mecanisme prin care să înlăture sau să prevină apariția unor efecte ale riscului induse în mod latent astfel încât să nu afecteze procesul de modernizare și să nu treacă peste limita a ceea ce este considerat tolerabil din punct de vedere ecologic, medical, psihologic, social. O primă concluzie exprimată este că mai devreme sau mai târziu, situațiile și conflictele sociale din societatea distribuitoare de bogății vor începe să se transforme într-o societate distribuitoare de riscuri⁹⁵.

Riscul este de asemenea corelat și cu ideea de prejudiciu. Astfel, riscurile generate la nivelul cel mai avansat al dezvoltării se disting fundamental de bogățiile care le provoacă. Ele provoacă sistematic prejudicii, de cele mai multe ori invizibile, necesită interpretări cauzale, se situează în domeniul cunoașterii științifice și se pretează procesului de definire socială⁹⁶. Din această cauză, opțiunile de definire a riscului ocupă poziții cheie în domeniul sociopolitic.

În viziunea negativistă a lui U. Beck asupra riscului social, în societatea riscului, se desenează prin pași mărunți potențialul politic al catastrofelor, repartizarea riscurilor generează situații sociale de amenințare, societatea riscului devenind o societate a catastrofelor, iar starea de amenințare un destin, la final, situațiile excepționale amenințând să devină o situații normale⁹⁷.

Cu privire la cea de-a doua dimensiune a societății riscului, și anume cea individuală, biografică, culturală, aceasta îl are în centru pe individ și nevoile sale. Dinamica acesteia este una socială și politică, care pune în balans sărăcia și bogăția⁹⁸. Din această perspectivă riscul este privit ca un factor al creșterii economice, care poate deveni un fond de comerț sau un risc auto-produs⁹⁹. Ca urmare a recunoașterii riscurilor care-l afectează direct pe individ, statul poate crea o politică socială dinamică, în special prin configurarea unui sistem de prevenție coerent și funcțional¹⁰⁰. În acest punct, dreptul public, în special cel administrativ, constituțional și financiar poate interveni și acționa ca un gardian împotriva riscului social.

Pe parcursul analizării celor două elemente de mai sus, autorul concluzionează cu privire la noțiunea și caracterele riscului social. Acesta este considerat a fi invizibil, fapt ce îl poate sustrage din câmpul decizional al persoanelor, mai ales din cel al consumatorului. Riscul este de asemenea asimilat unui "produs parazit" sau unui "pasager clandestin", al consumației normale, transportat de apă și de vânt¹⁰¹. De cele mai multe ori, efectele unui risc pot fi asimilate cu efectul unui bumerang¹⁰² tocmai datorită piciorului mare pe care trăiește riscul. Riscul manifestat în societatea modernă este unul al bussiness-ului practicat la nivel supranațional și macroeconomic.

În această cercetare a sa, U. Beck a dezvoltat modelul teoretic al unei modernități reflexive a societății industriale pe cele două axe prezentate mai sus. Pentru acesta, "un nou corp de norme trebuie să fie stabilit în materie de probe, de precizie, de adevăr și de consimțământ în domeniul științei și al dreptului. Deci, ceea ce avem nevoie este nimic mai puțin decât de o nouă eră de iluminare, care să ne deschidă mințile, ochii și, care, de asemenea, să lumineze instituțiile noastre cu privire la pericolele în fața cărora ne pune civilizația industrială"¹⁰³. Din perspectiva sa, există o diferență importantă între societatea industrială și cea a riscului, care rezidă în inversarea priorităților. Atfel, în timp ce în societatea industrială predomină logica bogăției care e compatibilă cu cea a riscului, în cea a riscului, cele două logici sunt incompatibile, ba chiar concurente¹⁰⁴.

În concluzie, cu toate că riscurile legate de dezvoltarea industrială sunt la fel de vechi ca și dezvoltarea însăși, acestea s-au manifestat diferit de-a lungul timpului. Dacă în Evul Mediu, termenul risc era asociat cu noțiuni precum curajul și aventura, și nu cu o eventuală autodistrugere a vieții pe pământ, în epoca noastră, riscurile sunt în legătură cu super-producția industrială și dezvoltarea, având un caracter global și cauze moderne. Riscurile și amenințările actuale sunt produsul global al mașinăriei industriale a progresului și ele sunt în mod sistematic amplificate de către traseul dezvoltării sale constante.

Riscul este însă de cele mai multe ori privit ca și o catastrofă revărsată asupra societății. Acesta are o dimensiune duală, fiind în același timp un criteriu al modernității, al progresului, științei, industrializării, nevoii de bogăție continuă și constantă, dar și un simbol al fatalității. Un astfel de risc atacă fundamentele statului, subminează limitele autorității,

afectează la o scară globală lumea înconjurătoare. În această societate a riscului¹⁰⁵, acesta nu se rezumă la consecințele și prejudiciile deja survenite. Riscul are și o componentă viitoare, reprezentată de către prelungirea în viitor a prejudiciilor previzibile în prezent sau pe așa zisele potențializatori ai riscurilor prezumate¹⁰⁶. Și în dreptul privat se resimte această natură duală a riscului, această luptă, între previzibilitate și imprevizibilitate, câștig sau pierdere patrimonială, certitudine și incertitudine, actual și viitor.

Incertitudinile și schimbările sociale și culturale reprezintă o provocare pentru instituțiile publice. Acestea, prin intermediul pârgurilor juridice, au în același timp puterea și obligația de a legifera diferite tipuri de risc, sisteme de prevenție sau reparație aferente, efectele latente ale riscului social, precum și orice altă dimensiune a acestei societăți a riscului. În prezent, suntem martorii unei dezvoltări constante a dreptului mediului, a dreptului financiar-fiscal, dreptului asigurărilor, dreptului administrativ, tocmai datorită sesizării de către factorii politici și decizionali a dimensiunii riscului social, "cunoștințele de specialitate devenind consubstanțiale cu dreptul public"¹⁰⁷.

2.2. Teoria riscului în dreptul penal

În dreptul penal, noțiunea de risc este valorificată într-o teorie menită să explice lipsa legăturii de cauzalitate dintre acțiunea sau inacțiunea tipică, prevăzută în norma de incriminare, și urmarea produsă, urmare constând în lezarea valorii sociale protejate. Riscul își găsește aplicabilitate în cadrul *teoriei imputării obiective a rezultatului*, teorie dezvoltată în dreptul penal german, care implică o dublă verificare, din direcții opuse și care converg spre ideea de pericol creat¹⁰⁸. Această teorie pornește de la constatarea că simpla verificare a cauzalității naturale nu este suficientă pentru imputarea rezultatului, fiind necesarmente obligatoriu a se constata că acțiunea/inacțiunea a creat un pericol pe care legea îl dezaprobă și că rezultatul produs este o materializare a pericolului creat de acțiune/inacțiune¹⁰⁹.

Cu alte cuvinte, în primă fază se verifică dacă acțiunea sau inacțiunea subiectului activ al infracțiunii a creat o stare de pericol relevantă din punct de vedere juridic pentru valoarea socială protejată, iar din sens opus, se verifică dacă urmarea efectiv produsă este consecința directă a stării de pericol create inițial. Din această perspectivă, doctrina penală acordă riscului vocația de a interveni și a rupe legătura de cauzalitate dintre acțiune/inacțiune și urmare, în interiorul oricăreia dintre cele două operațiuni logice.

În primul caz de excludere a imputării rezultatului, doctrina a dezvoltat mai multe ipoteze în care riscul joacă un rol esențial: riscul permis, riscul inexistent, riscul diminuat. În această primă fază, noțiunea de risc are înțelesul de probabilitate de producere a unei lezări sau puneri în pericol a valorii sociale ocrotite¹¹⁰. Altfel spus, imputarea nu poate fi reținută decât atunci când comportamentul autorului este unul periculos, respectiv atunci când este adecvat pentru producerea rezultatului tipic, ducând la creșterea semnificativă a posibilității de producere a acestuia¹¹¹. Cu toate acestea, crearea riscului de către autor nu este o condiție *sine qua non*, imputarea subzistând și ipotezei în care riscul pentru valoarea socială preexistă, iar autorul, prin comportamentul său cu valență penală agravează riscul deja existent¹¹². În egală măsură, în baza aceleiași reguli, imputabile vor fi și acțiunile sau inacțiunile prin care sunt împiedicate sau întârziate eventualele acțiuni de salvare a valorii sociale protejate, acțiuni inițiate de titularul valorii sau de un terț¹¹³.

Un caz mai special îl reprezintă acela al infracțiunilor omisive în care autorul răspunde în virtutea poziției de garant în care legea, convenția sau circumstanțele speciale ale cauzei l-au așezat. În această ipoteză trebuie examinat dacă autorul a diminuat riscul preexistent, așa cum i-o impunea obligația decurgând din poziția de garant, în ipoteza unui răspuns negativ neconformarea lui va echivala *per se* cu crearea riscului¹¹⁴.

Riscul permis își găsește aplicabilitate în sfera activităților care, prin natura lor, creează o stare de pericol intrinsecă pentru valorile sociale protejate de normele penale, dar care, în considerarea utilității lor sociale sunt autorizate de lege și se desfășoară cu respectarea dispozițiilor legale¹¹⁵. Încadrarea unei activități în sfera riscului permis urmează a se realiza, potrivit doctrinei¹¹⁶, prin punerea în balanță a intereselor în joc, respectiv vor fi comparate costurile și eforturile necesare înlăturării riscului, cu avantajele produse de activitatea generatoare de risc. Dacă balanța va înclina înspre cel din urmă taler, statul va face tot posibilul ca prin reglementarea domeniului respectiv de activitate, să minimalizeze riscul creat prin practicarea acelei activități. În lumina celor arătate mai sus, acțiunea sau inacțiunea subiectului activ va intra sub scutul protector al *riscului permis* numai în ipoteza în care au fost respectate toate condițiile stabilite de lege pentru desfășurarea activității respective. Desigur că teoria are relevanță în cazul infracțiunilor săvârșite cu forma de vinovăție a culpei și trebuie precizat că în lipsa riscului permis care să excludă condiția imputabilității rezultatului în plan obiectiv, răspunderea penală a autorului ar fi oricum exclusă în baza teoriei tradiționale a cazului fortuit¹¹⁷.

Teoria *riscului inexistent* intervine în ipotezele în care acțiunea/inacțiunea autorului nu a sporit riscul pentru valoarea socială protejată, astfel încât, dacă urmarea penalmente relevantă se produce, acest fapt nu va putea fi imputat persoanei care doar a determinat victima să efectueze activitatea nepericuloasă și socialmente normală, întrucât un astfel de comportament nu reprezintă o modalitate adecvată de punere în pericol a valorii sociale ocrotite¹¹⁸. *Riscul inexistent* se diferențiază de *riscul permis* prin aceea că în cazul celui de-al doilea statul conștientizează și totodată proclamă implicit caracterul periculos al activității generatoare de risc, reglementându-i cu rigurozitate exercitarea¹¹⁹. Așadar, dacă în primul caz activitatea subsumabilă riscului inexistent exclude prin ea însăși imputarea, în cealaltă situație, imputarea va fi exclusă numai dacă persoana desfășoară activitatea generatoare de risc cu respectarea tuturor prevederilor legale¹²⁰.

Riscul diminuat a fost creat din nevoia de a exclude legătura de cauzalitate și în același timp a înlătura răspunderea penală în situațiile în care acțiunea subiectului activ diminuează un pericol deja existent și care amenință valoarea socială ocrotită de norma penală¹²¹. În baza teoriilor clasice de înlăturare a răspunderii penale, acțiunea subsumată acestui tip de situație va fi acoperită de starea de necesitate. Cu toate acestea, trebuie făcută o precizare de subtilitate în aplicarea teoriei riscului diminuat și anume aceea că în ipoteza în care prin diminuarea riscului inițial victima este expusă unui pericol distinct, apărut tocmai ca efect al intervenției salvatorului, fapta va fi tipică, ieșind din sfera riscului diminuat¹²².

În cea de-a doua etapă specifică teoriei imputării obiective a rezultatului trebuie verificat dacă rezultatul produs este o consecință a stării de pericol creată prin acțiune, imputarea fiind exclusă când rezultatul a fost determinat în mod nemijlocit de o cauză străină de acțiunea autorului. În acest demers, doctrina a evințat mai multe ipoteze în care imputarea va fi înlăturată: riscul deviat, riscul culpabil, riscul egal și riscul neprotejat.

Teoria *riscului deviat* este valorificată în ipoteza în care, deși autorul a creat o stare de pericol pentru valoarea socială protejată, lezarea efectivă nu apare ca urmare a materializării stării de pericol create ci datorită unui factor extern, survenit întâmplător¹²³. Totuși, nu va exista risc deviat atunci când pericolul creat a înlesnit acțiunea împrejurării care ulterior a determinat producerea rezultatului¹²⁴.

În virtutea aceluiași principiu, nu îi va fi imputată autorului, în baza teoriei *riscului culpabil*, urmarea care nu s-a produs ca efect al pericolului creat de acesta ci ca o consecință directă a conduitei culpabile avute de victimă. Cu toate acestea, dacă victima nu își asumă voluntar acțiunea ce a dus la producerea rezultatului, ci urmărește să înlăture starea de pericol creată de autor, acesta din urmă rămâne să răspundă penal, nemaifiind în prezența *riscului culpabil*¹²⁵.

Riscul egal înlătură imputarea obiectivă a rezultatului atunci când se constată că rezultatul s-ar fi produs în mod cert și în ipoteza unei conduite alternative perfect licite¹²⁶. Caracterul cert al condiției enunțate este deosebit de importantă, întrucât în cazul unor urmări cauzale ipotetice imputarea va fi posibilă. Așadar, nu este suficient ca în absența acțiunii autorului, să fie posibil sau probabil că urmarea să se fi produs, ci este nevoie de o certitudine în acest sens. De asemenea, nu va opera înlăturarea răspunderii în baza teoriei riscului egal nici în situațiile în care urmarea s-ar fi produs cu certitudine, chiar și în absența acțiunii autorului, însă nu în același moment sau mod, ori atunci când inacțiunea autorului, contrară obligației de a acționa impuse de poziția de garant în care se afla, ar fi condus probabil la evitarea rezultatului¹²⁷.

O ipoteză mai specială, dar care, spre deosebire de teoriile clasice, permite o mai bună fundamentare a înlăturării răspunderii penale, o reprezintă aceea a *riscului neprotejat*. Vom fi în prezența riscului neprotejat atunci când rezultatul produs nu se încadrează în scopul normei juridice încălcate, altfel spus, atunci când nu coincide cu rezultatul pe care norma încălcată își propunea să îl prevină¹²⁸.

Constatăm, în concluzie, că teoriile dezvoltate în doctrina penală în jurul noțiunii de *risc* se concentrează asupra nevoii de a înlocui teoriile clasice în materia raportului de cauzalitate dintre acțiune/inacțiune și urmarea cu relevanță penală. Aceste teorii clasice din domeniul dreptului privat ar putea fi înlocuite cu succes de cele relevate mai sus, în funcție de fiecare situație particulară, fiind apte să ducă la soluții juste și echitabile. Subscriem și noi opiniei exprimate în doctrină¹²⁹ în sensul că teoria imputării obiective a rezultatului, în care riscul, în formele sale analizate mai sus, joacă un rol esențial, permite o circumscriere mult mai exactă și mai rațională a condițiilor în care un rezultat poate fi, în plan obiectiv, imputat autorului acțiunii.

Analiza din această secțiune ar putea fi ușor extinsă la întregul drept public, care este presărat cu noi reglementări referitoare la problematica riscului. O parte din politicile speciale, care au ca scop impunerea unor cerințe specifice destinate prevenirii riscului în cadrul mai multor domenii, precum cel sanitar, alimentar, chimic, medical, biologic, tehnologic, industrial, nuclear, profesional, digital, reprezintă astfel de reglementări. Acestor măsuri de prevenire li se adaugă cerințele legale de siguranță, care ar trebui să aibă rolul de garanție împotriva efectelor riscului. De asemenea, termenul risc este folosit frecvent în politică, în domeniul asigurărilor

- ² F. Millet, *op.cit.*, p. 3.
- ³ J. Bouyssou, *Théorie générale du risque*, ed. Economica, Paris, 1997, p. 17.
- ⁴ *Ibidem*, p. 20.
- ⁵ F. Millet, *op.cit.*, p. 1.
- ⁶ M. Franc, *Traitement juridique du risque et principe de précaution*, în AJDA 2003, p. 360.
- ⁷ *Idem*.
- ⁸ J. Bouyssou, *op.cit.*, p. 17.
- ⁹ *Idem*.
- ¹⁰ C. Veltcheff, *Le risque: un écueil éthimologique, une aventure sémantique*, *Revue française des affaires sociales*, p. 69 și urm.
- ¹¹ A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1992.
- ¹² http://www.dnv.com/focus/risk_management/more_information/risk_origin/
- ¹³ *Ibidem*;
- ¹⁴ C. Veltcheff, *op.cit.*, p. 69 și urm.
- ¹⁵ *Idem*.
- ¹⁶ Pentru detalii, N. Voidey, *op.cit.*, p. 12 și urm.
- ¹⁷ Pentru detalii vezi: G. MacCormack, *Further on periculum*, în *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"* (BRID) 1979, p. 82 și urm.
- ¹⁸ Pentru detalii vezi: P. du Plessis, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE - 284 CE*, ed. Brill, Leiden, 2012.
- ¹⁹ Pentru detalii vezi: M. Pennitz, *Das periculum rei venditae - Ein Beitrag zum'aktionrechtlichen Denke' im römischen Privatrecht*, ed. Buch, Fachbuch 2000.
- ²⁰ R. Zimmermann, *Law of Obligations*, ed Oxford University Press, 1996, p. 290 și urm.
- ²¹ N. Voidey, *op.cit.*, p. 56.
- ²² *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, ediția 2009, definiția nr. 1 a cuvântului risc.
- ²³ *Dictionnaire de la langue française*, ediția 1889.
- ²⁴ British Standards Institute (BSI), standardul 6079-3/2000.
- ²⁵ Project Management Institute (PMI), *PMBok*, editia 2000 republicată în 2004.
- ²⁶ *Dictionarul Enciclopedic Managerial*, Editura Academică de Management, București, 2000.
- ²⁷ D. Rutherford, *Routledge Dictionary of Economics*, ed. Routledge, Londra, ediția a 2-a, 2000, definiție risk D0.
- ²⁸ N. Voidey, *op.cit.*, p. 19.
- ²⁹ H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, Presse Universitaire de France, 1936, p. 435.
- ³⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Capitant, P.U.F., ediția a 8-a, 2000.
- ³¹ M. Mureșan, *Dicționar de drept civil*, ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009, p. 615.
- ³² G. Cornu, *op.cit.*
- ³³ H. Capitant, *op.cit.*
- ³⁴ P. Vasilescu, *Drept civil. Obligatii - in reglementarea noului Cod civil*, ed. Hamangiu, București, 2012, p. 559;
- ³⁵ S. Piron, *Prologue: Risque, histoire d'un mot*, în *Risques*, nr. 81/82, martie-iunie 2010, p. 25.
- ³⁶ N. Voidey, *op.cit.*, pag. 24.
- ³⁷ P. Vasilescu, *op.cit.*, p. 588.
- ³⁸ J. Bouyssou, *op.cit.*, p. 13.
- ³⁹ P. Vasilescu, *op.cit.*, p. 559.
- ⁴⁰ G.-Al. Ilie, *Riscurile in contracte. De la vechiul la Noul Cod civil*, ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 17.

- ⁴¹ *Ibidem*, p. 19.
- ⁴² N. Voidey, *op.cit.*, p. 11.
- ⁴³ *Ibidem*, p. 43.
- ⁴⁴ N. Voidey, *op.cit.*, p. 32.
- ⁴⁵ Rousseau, Les Confessions, livre IV, dans l'édition GF Flammarion, t. I, 2003, p. 183.
- ⁴⁶ De exemplu Decizia Curții de Casație Franceze, secția comercială, nr. 09-11.841 din 29 iunie 2010, Dalloz 2010, p. 1832, note D. Mazeaud.
- ⁴⁷ V. Lasserre, Le risque, în Recueil Dalloz 2011, p. 1632 și urm.
- ⁴⁸ V. Lasserre, *op.cit.*, p. 1632 și urm.
- ⁴⁹ P. Vasilescu, *op.cit.*, p. 512.
- ⁵⁰ Pentru detalii vezi P. Stoffel-Munck, Les répliques contractuelles, în RDC, 2010, p. 430 și urm.
- ⁵¹ V. Lasserre, *op.cit.* p. 1632 și urm.
- ⁵² Pentru detalii, A. Bagchi, Managing moral risk: the case of contract, în Columbia Law review, vol. 111, p. 1878 și urm., unde moral luck este definit ca un concept prin care se descrie modalitatea în care caracterul moral al acțiunilor noastre depinde de factori dinafara sferei noastre de control. Prin anticiparea moral luck, cocontractanții reușesc să managerieze riscul moral și să gestioneze efectele unor acțiuni dăunătoare persoanelor față de care sunt responsabili din punct de vedere moral, ajustându-și comportamentul într-un mod corespunzător.
- ⁵³ P. Vasilescu, *op.cit.*, p. 559.
- ⁵⁴ *Idem*;
- ⁵⁵ *Idem*.
- ⁵⁶ G. Viney, P. Jourdain, Traité de droit civil, LGDJ, Paris, 1998, ediția a 2- a, nr. 369 și 278.
- ⁵⁷ L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 487.
- ⁵⁸ P. Vasilescu, *op.cit.*, p. 560.
- ⁵⁹ P. Vasilescu, *op.cit.*, p. 562.
- ⁶⁰ L. Pop, *op.cit.*, p. 487.
- ⁶¹ P. Vasilescu, *op.cit.*, p. 561.
- ⁶² *Idem*.
- ⁶³ *Idem*.
- ⁶⁴ De exemplu, Cass., ch. mixte, 28 nov 2008, n° 06-12.307, D. 2009. 461, note G. Viney, 972, obs. H. Kenfack, 2010. 52, obs. O. Gout, et 235, obs. B. Fauvarque-Cosson; RTD civ. 2009. 129, obs. P. Jourdain; RTD com. 2009. 434, obs. B. Bouloc; Civ. 3e, 17 févr. 2010, n° 08-20.943, D. 2010. 653, et 2011. 482, obs. B. Fauvarque-Cosson; AJDI 2010. 546, obs. Y. Rouquet; Civ. 1re, 19 nov. 2009, pourvoi n° 08-21.645. *apud* V. Lasserre, *op.cit.*, p. 1632 și urm.
- ⁶⁵ De exemplu Decizia Curții de Casație Franceze, secția a 2-a civilă, nr. 9-14184 din 15 aprilie 2010, *apud* V. Lasserre, *op.cit.*, p. 1632 și urm.
- ⁶⁶ T. Genicon, Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier, în RDC, 2010, p. 44.
- ⁶⁷ Pentru detalii vezi P. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, în Dalloz Action, 2010/2011, nr. 8443; P. Oudot, Le risque de développement. Contribution du maintien du droit à réparation, Editions universitaires de Dijon, 2005, p. 273 și urm.; G. Canselier, Le risque de développement, in Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action, dir. T. Kirat, LGDJ, 2003, p. 185 și urm.; C. Larroumet, La notion de risque de développement, risque du XXIe siècle, in Clés pour le siècle, Dalloz, 2000, p. 1589 și urm.

- ⁶⁸ A. Villemeur, Risque et innovation, în Risques, nr. special, martie /iunie 2010, p. 303.
- ⁶⁹ O. Audic, Le risque d'éboulement d'une falaise : un nouveau regard sur les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité du fait des choses, în Recueil Dalloz 2003, p. 1257.
- ⁷⁰ G. Cornu, *op.cit.*
- ⁷¹ G. Viney, P. Jourdain, *op.cit.*, nr. 278.
- ⁷² B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Obligations, 1, Responsabilité civile, Litec, ediția a 5-a, 1996, nr. 45 *apud* F. Millet, *op.cit.*, p. 309 și urm.
- ⁷³ F. Millet, *op.cit.*, p. 311.
- ⁷⁴ M. Franc, *op.cit.*, p. 360.
- ⁷⁵ Pentru detalii vezi Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude, Raport sub egida Curții de Casație Franceze, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008.
- ⁷⁶ Pentru detalii vezi M. Boutonnet, Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile, în Dalloz 2010, p. 2670 și urm.
- ⁷⁷ Pentru detalii vezi A. Schneider, Le principe de la responsabilité et les notions de droit et de devoir : pour une responsabilité de l'anticipation, în Gazette du Palais, 17 mai 2008., p. 4 și urm.; J. Attard, Comment faire du principe de précaution un principe d'action préventive ? L'exemple des produits de santé, în LPA, 22 februarie 2007, p. 14 ; C. Thibierge, Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile), în RTD civ., 1999, p. 572 și urm.
- ⁷⁸ P. Jourdain, Comment traiter le dommage potentiel ?, în RCA martie 2010, p. 44.
- ⁷⁹ V. Lasserre, *op.cit.*, p. 1632 și urm.
- ⁸⁰ Mathilde Boutonnet Le risque, condition « de droit » de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution ? în revista Dalloz 2009 pag. 819 – cu privire la Hotărârea Curții de Apel de Versailles din 4 februarie 2009.
- ⁸¹ Art. 48: " "dacă cineva are nici o datorie și zeul Hadad a inundat terenul său sau dacă a trimis o secetă și din această cauză nu a putut produce orzul pe terenul său, în acel an, nu va datora orz creditorului său și nici nu va plăti dobânda datorată pentru acel an." *apud* Raportul anual al Curții de Casație Franceze 2011, Riscul.
- ⁸² Cu titlu exemplificativ, menționăm: Digeste.19.2.62. (Ulpian) "*Si rivum quem faciendum conduxeris et feceris antquam cum probares labe corrupit, tuum periculum est.*"; Digeste 19.2.9.3. (Ulpian) "*Si quidem foruitus causus incendii causam intulerit, non praestabit periculum locator*" *apud* P. Du Plessis, *op.cit.*, p. 38-40; Vezi și R. Zimmerman, *op.cit.*, p. 290 și urm pentru detalii despre evaluarea riscului în dreptul roman.
- ⁸³ Art. 1300 - Depozitaru este datoriu să răspundă paguba pricinuită depuitorului din neîmplinirea datornicei sale îngrijiri, iar nu cea din întâmplare, nici atunci când el ar fi putut scăpa din primejdie depozitul, însă nu fără pierderea a însuși lucrului său.
- ⁸⁴ ART. 1319 - Dacă lucrul comodat s-ar fi vătămat ori pierdut , atunci datoriu este comodatariul să răspundă ca un depozitar nu numai ceea de dînsul pricinuită pagubă, ci și din ceea întâmplare pe care el prin nedreaptă lucrarea sa au prilejuit-o.
- ⁸⁵ Art. 1490 - Dacă lucrul năimit s-au scricat sau s-au ponosit din rea întrebuițare, atunci luătorii în posesie și chirierii rămîn răspunzători, nu numai pentru însuși a lor lenevire, ci și pentru ceea a subposesorilor sau subînchirierilor, iar nu și pentru întâmplătoare încungiuări.
- Art. 1482 - Posesorul și chirierul au drit să anularisască tocmala sau să oprească din banii cîștigului sau a chiriei analogon:
- a) dacă din întâmplare au ars la moșie ceva sau casă ori dugheană sau alt acaret;
 - b) dacă i s-au luat cu orice chip întrebuițarea și folosirea moșiei, întreagă sau în parte.

- ⁸⁶ Art. 456 - Stăpînirea unui lucru trupesc încetează de obște, cînd nu mai rămîne nădejde de a se găsi lucrul, cînd de cãtră proprietariul său se pãrãsește de bunãvoie, sau cînd intră în stăpînire strãinã.
- ⁸⁷ Art. 681 - Stricarea și de istov pierzara locului șerbitoriu sau a celui stăpînitoriu curmã șerbirea; iar dacã locul sau zidirea se vor întomi iarãși, aducãndu-se în starea dintîiu, atuncea își ia șerbirea puterea sa cea de mai nainte.
- ⁸⁸ "Art. 1274 - (1) În lipsã de stipulație contrarã, cãt timp bunul nu este predat, riscul contractului rãmãne în sarcina debitorului obligației de predare, chiar dacã proprietatea a fost transferatã dobãnditorului. În cazul pieririi fortuite a bunului, debitorul obligației de predare pierde dreptul la contraprestație, iar dacã a primit-o, este obligat sã o restituie. (2) Cu toate acestea, creditorul pus în întãrziere preia riscul pieririi fortuite a bunului. El nu se poate libera chiar dacã ar dovedi cã bunul ar fi pierit și dacã obligația de predare ar fi fost executatã la timp."
- ⁸⁹ "Art. 1634 - (1) Debitorul este liberat atunci cãnd obligația sa nu mai poate fi executatã din cauza unei forțe majore, a unui caz fortuit ori a unor alte evenimente asimilate acestora, produse înainte ca debitorul sã fie pus în întãrziere. (2) Debitorul este, de asemenea, liberat, chiar dacã se aflã în întãrziere, atunci cãnd creditorul nu ar fi putut, oricum, sã beneficieze de executarea obligației din cauza împrejurãrilor prevãzute la alin. (1), afarã de cazul în care debitorul a luat asupra sa riscul producerii acestora."
- ⁹⁰ G.-Al. Ilie, *op.cit.*; C. E. Mangu, Riscul în principalele contracte civile potrivit noului Cod civil, Universul juridic, București, 2013.
- ⁹¹ V. Lasserre, *op.cit.*, p. 1632 și urm.
- ⁹² U. Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, ed. Champs Essais, Paris, 2008.
- ⁹³ *Ibidem*, p. 36 și urm.
- ⁹⁴ *Ibidem*, p. 65 și urm.
- ⁹⁵ U. Beck, *op.cit.*, p. 31.
- ⁹⁶ *Ibidem*, p. 41.
- ⁹⁷ *Ibidem*, p. 43.
- ⁹⁸ *Ibidem*, p. 91.
- ⁹⁹ *Ibidem*, p. 101.
- ¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 147.
- ¹⁰¹ *Ibidem*, p. 74.
- ¹⁰² *Ibidem*, p. 42.
- ¹⁰³ *Idem*.
- ¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 339.
- ¹⁰⁵ U. Beck, *op.cit.*, p.13
- ¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 60. Autorul analizeazã pe larg distincția între constatarea științificã asupra existenței riscului, care este una raționalã și percepția asupra riscului, irationalã.
- ¹⁰⁷ E. Naim-Gesbert Droit, *Expertise et société du risque*, în RD publ. 2007, p. 33.
- ¹⁰⁸ A se vedea pe larg D. Nițu, Teoria riscului în dreptul penal, R.D.P. nr. 1/2005, p. 108 și urm.
- ¹⁰⁹ Fl. Streteanu, *Tratat de drept penal, partea generalã*, vol. I, Ed. CH Beck, București, 2008, p. 419.
- ¹¹⁰ *Idem*.
- ¹¹¹ *Idem*.
- ¹¹² J. Hurtado Pozo, *Droit penal, Partie generale*, vol II, ed. Schulz, Zurich, 1997, p. 50; G. Stratenwerth, *Derecho penal, Parte General I, El echo punible*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2005, p. 135-136, *apud* Fl. Streteanu, *op.cit.*, p. 420.
- ¹¹³ Fl. Streteanu, *op.cit.* p. 420.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ C. Roxin, *Derecho penal, Parte General I*, ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 372 *apud* Fl. Streteanu, *op.cit.*, p. 421.

¹¹⁶ J. Hurtado Pozo, *op.cit.*, p. 51; G. Stratenwerth, *op.cit.*, p. 134, *apud* Fl. Streteanu, *op.cit.*, p. 420.

¹¹⁷ Fl. Streteanu, *op.cit.*, p. 421.

¹¹⁸ C. Roxin, *op.cit.*, p. 366-367 *apud* Fl. Streteanu, *op.cit.*, p. 421-422.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 372.

¹²⁰ Fl. Streteanu, *op.cit.*, p. 422.

¹²¹ A se vedea H.H. Jescheck, T. Weigend, *Tratado de derecho penal, Parte General*, ed. Comares, Granada, 2002, p. 308; C. Roxin, *op.cit.*, p. 365; G. Stratenwerth, *op.cit.*, p.133; E.A. Donna, La imputation objectiva, în *Revista de derecho penal y criminologia*, nr. 2/1998, p. 137-138 *apud* Fl. Streteanu, *op.cit.*, p. 423.

¹²² C. Roxin, *op.cit.*, p. 365 *apud* Fl. Streteanu, *op.cit.*, p. 423.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ Fl. Streteanu, *op.cit.*, p. 424.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ H.H. Jescheck, T. Weigend, *op.cit.*, p. 309 *apud* Fl. Streteanu, *op.cit.*, p. 426.

¹²⁷ Fl. Streteanu, *op.cit.*, p. 426-427.

¹²⁸ A. Calderon, J.A. Choclan, *Derecho penal. Parte General*, ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 131; H.H. Jescheck, T. Weigend, *op.cit.*, p. 308 *apud* Fl. Streteanu, *op.cit.*, p. 427.

¹²⁹ Fl. Streteanu, *op.cit.*, p. 428.

¹³⁰ În domeniul economic se întâlnesc sintagmele de : Capital risk, Country risk, Default risk, Delivery risk, Economic risk, Exchange rate risk, Interest rate risk, Liquidity risk, Operations risk, Payment system risk, Political risk, Refinancing risk, Reinvestment risk, Settlement risk, Sovereign risk, and Underwriting risk.

¹³¹ J. Bouyssou, *Théorie générale du risque*, Economica, Paris, 1997, p. 11.

¹³² E. Naim-Gesbert, *op.cit.*, p. 33.

CONSIDERAȚII ASUPRA NATURII JURIDICE A CONTRACTULUI DE AGENȚIE

dr. Șerban DIACONESCU*

Résumé: Considérations sur la nature juridique du contrat d'agence. Selon la directive nr. 86-653/16.12.1986, l'agent est défini comme "celui qui, en tant qu'intermédiaire indépendant, est chargé, de façon permanente, soit de négocier la vente ou l'achat de marchandises pour une autre personne, ci-après dénommé < commettant >, soit de négocier et de conclure ces opérations au nom et pour le compte du commettant." Le code civile roumain de 2011 consacre la réglementation du contrat d'agence en droit interne, qui revêt une double objet: il peut consister soit dans simple négociation, soit dans la conclusion d'opérations. L'exercice de cette activité répond à certains caractéristiques juridiques qui permettent de qualifier le contrat d'agence en droit roumain soit comme une forme de représentation imparfaite soit comme une forme de contrat d'entreprise.

Mots clés: contrat d'agence, qualification; mandat; prestation de services; entreprise.

Cuvinte cheie: contract de agenție, calificare, mandat, prestaări de servicii, antrepriză.

În vederea armonizării reglementărilor naționale ale statelor membre ale UE cu privire la intermediarii agenți (comerciali) a fost adoptată Directiva nr. 86/635/1986 referitoare la agenții independenți¹, care are ca obiectiv, prin transpunerea sa în dreptul intern al statelor membre, să creeze un statut juridic unic la nivelul pieței comune pentru această categorie de participanți la raporturile de distribuție. Una dintre premisele adoptării acestui act normativ o constituie faptul că diferențele de regim juridic cuprinse în legislațiile naționale aplicabile acestei categorii de intermediari afectează semnificativ, la nivelul Comunității (Uniunii), condițiile în care agenții concurează și exercitarea profesiei de agent, în special în ceea ce privește protecția agentului în raporturile cu comitentul și securitatea operațiunilor de afaceri (comerciale). Aceste diferențe erau de natură a afecta semnificativ posibilitatea de stabilire și funcționare a relațiilor contractuale de reprezentare între un comitent dintr-un stat membru și un agent care își desfășoară activitatea în alt stat membru. Directiva a fost transpusă în dreptul intern al statelor membre la acea dată până în anul 1994, iar ulterior transpusă și de către noile State membre. În dreptul intern român în aplicarea acestei Directive a fost adoptată legea nr. 509/2002 cu privire la agenții comerciali permanenți.

Prin agent, în accepțiunea directivei, se înțelege profesionistul, persoană fizică sau juridică, care în calitate de intermediar independent este împuternicit în mod statornic să negocieze vânzarea sau cumpărarea de mărfuri pentru o altă persoană fizică sau juridică, denumită comitent, sau să negocieze și să încheie acest tip de afaceri în numele și pe seama comitentului în schimbul unei remunerații².

Noul Cod civil, reglementează contractul de agenție la art. 2072 – 2095, păstrând, cu câteva modificări minore, reglementarea cuprinsă în Legea nr. 509/2002. În viziunea reglementării române aplicarea statutului special al agentului este extinsă la negocierea oricărui contract fără a distinge natura acestuia (negocierea oricărei afaceri în forma inițială a legii de aplicare), cu excepția domeniilor excluse de la aplicarea directivei³. Opțiunea legiuitorului român este similară cu cea a legiuitorului italian⁴, care, în aplicarea directivei europene, a menținut tradițiile anterioare din practica contractuală italiană, unde contractul de agenție era utilizat atât pentru intermedierea vânzării de mărfuri cât și pentru intermedierea prestărilor de servicii⁵. Această extindere a domeniului de aplicare al directivei există și în alte legislații europene care nu aveau anterior reglementate un astfel de contract⁶. Și în dreptul francez, pornind de la vechea reglementare privitoare la agenții comerciale, legea de aplicare a extins câmpul de aplicare al statutului special la intermedierea în domenii precum publicitate, agenții imobiliare sau operațiuni de vânzări promoționale⁷. Un câmp și mai larg de aplicare al directivei îl oferă legea germană de aplicare, nici o activitate de intermediere nefiind *a priori* exclusă⁸. Doar legea britanică de aplicare rămâne strict cantonată la domeniul vânzărilor de bunuri⁹, prin tradiție sistemul juridic anglo-saxon fiind refractar la măsuri de protecție pentru părți în contracte de afaceri.

Deși noul Cod civil nu reține prevederea cuprinsă anterior la art. 1 al. 4 al legii nr. 509/2002, privitoare la aplicare reglementării atât în ipoteza în care activitatea agentului are caracter principal cât și când activitatea are caracter accesoriu, considerăm că reglementarea se aplică în continuare și situațiilor în care activitatea agenților are titlu accesoriu, raportat la faptul că legea nu exclude de la aplicarea regimului juridic activitățile accesorii, așa cum permite art. 2 al. 2 al Directivei, de unde se poate concluziona că rămâne aplicabilă regula directivei, de aplicare a regimului și activităților accesorii.

Pentru a le fi aplicabil acest regim juridic special, raporturile dintre părți trebuie să îndeplinească, conform art. 2072 C. civ., următoarele caracteristici principale:

- Activitatea să fie desfășurată de către agent în mod independent. Această caracteristică îi deosebește pe agenți de intermediarii care sunt angajați prin contract de muncă. El are dreptul să-și conducă și organizeze activitatea așa cum crede de cuviință, însă trebuie să respecte limitele împuternicirii primite, precum și instrucțiunile rezonabile venite din partea comitentului. Profesionistul suportă riscul desfășurării propriei activități, fapt care implică obligația de a suporta costurile operațiunilor desfășurate din remunerațiile pe care le primește de la comitent (comitenți). Legea română precizează faptul că agentul nu poate fi în același timp și prepusul comitentului, pentru că s-ar aduce atingere independenței acestuia.

- Să aibă un caracter de durată, să nu fie simple, intermediieri ocazionale făcute în favoarea unui alt comerciant. Regulile de protecție pentru ambele părți nu își au justificarea decât dacă raporturile de intermediere se desfășoară o anumită perioadă de timp, și au un

caracter regulat. Prin această caracteristică agenții comerciale se deosebesc de mandatarii obișnuiți și de curtieri (intermediari conform Noului Cod civil), deoarece desfășoară activitatea ca pe o profesie independentă, cu caracter permanent. Și CJCE, sesizată cu o întrebare preliminară pe această temă, a subliniat că doar o activitate de durată pe o piață în favoarea comitentului poate justifica aplicarea regimului de protecție pentru agent, adică încadrarea contractului la contracte de agenție, în sensul directivei¹⁰.

-Să fie remunerată.

Așa cum rezultă din definiția dată de textul legal, agentul acționează ca intermediar, negociind, de factură permanentă, contracte în numele și pe seama comitentului, uneori având și dreptul de a încheia contracte în numele și pe seama acestuia. Directiva europeană fiind rezultatul compromisului rezultat în urma negocierilor dintre statele membre ale Uniunii la aceea dată a preluat concepte din diferite sisteme de drept ale membrilor comunității de la aceea dată. Apreciem utilă o trecere în revistă a principalelor soluții legislative avute în vedere pentru adoptarea directivei precum și formulele contractuale la care directiva comunitară ar urma să se aplice pentru a decela, după reperele sistemului nostru de drept, natura juridică reală a contractului de agenție.

În tradiția juridică franceză¹¹ contractul de agenție era un mandat civil. Statutul său era în fapt mai degrabă mai apropiat de cel al unui salariat decât de cel al unei societăți cu scop lucrativ (comerciale), chiar dacă independența în organizarea activității de intermediere era definitorie. În baza legii inițiale privitoare la agenții mandatarilor civili¹², regimul de protecție se aplica doar persoanelor fizice înregistrate cu titlu profesional ca agenți, abia după anul 1968 jurisprudența recunoscând extinderea statutului de protecție și pentru persoane juridice¹³, aspect consacrat și legislativ prin legea de punere în aplicare a directivei europene¹⁴.

Actualmente, art. 134-1 al. 1 din Codul de comerț francez definește agentul comercial ca "un mandatar care, cu titlu de profesie independentă, fără a fi legat de un contract de prestări servicii, este împuternicit, de manieră permanentă, să negocieze și eventual să încheie contracte de vânzare, locațiune sau prestări servicii în numele și pe seama producătorilor, a industriașilor, comercianților sau al altor agenți comerciali." Legiuitorul francez a rămas fidel tradiției sale contractuale de a asimila agentul comercial unui mandatar. Însă este o figură aparte de mandatar, privit din perspectiva mecanismelor distribuției, anume distribuitor mandatar, în opoziție cu distribuitorii salariați, respectiv distribuitorii revânzători¹⁵.

Cu toate acestea, așa cum se arată în doctrină¹⁶, și în dreptul francez, la fel ca în majoritatea țărilor de drept continental, misiunea agentului se limitează, de regulă, la pregătirea contractelor și nu la încheierea acestora. De esența contractului de agenție nu este încheierea unor contracte în numele și pe seama unui comitent, ca în cazul mandatului clasic, ci negocierea unor contracte în numele și pe seama comitentului, încheierea acestora fiind facultativă, ceea ce apropie contractul de o formă de antrepriză¹⁷. Contractele negociate de către agent nu sunt obligatorii pentru comitent, în lipsa unei prevederi exprese, ci sunt supuse ratificării, comitentul având și opțiunea de a refuza încheierea contractului negociat de agent¹⁸. Prin urmare, ca rezultat al negocierilor nu există un contract deja încheiat, nu naște nici o obligație în sarcina comitentului sau a agentului, ceea ce trimite operațiunea efectuată de către agent mai degrabă către un act material, prestație, și nu ca un act preparator pentru un contract determinat.

Această formă de negociere, specifică contractului de agenție, nu duce la o ofertă fermă, obligatorie¹⁹. Agentul urmărește, în principal, să prospecteze posibilitatea încheierii unor contracte între client și comitentul său. Decizia finală cu privire la oportunitatea încheierii contractului revine comitentului.

În cadrul negocierii contractelor unele dintre obligațiile principale ale agentului sunt de a prospecta clientela și de a prezenta produsele comitentului (operațiune denumită generic difuzarea produselor), precum și de a ridica comenzile pentru comitent. Consecutiv negocierii contractelor, agentul poate avea obligația de a livra produsele, de a se ocupa de formalitățile vamale pentru acele produse sau de a asigura instalarea produselor livrate la beneficiar²⁰.

În Italia art. 1742 al Codului civil definește contractul de agenție ca fiind acela prin care “o parte își asumă, de o manieră stabilă, obligația de a promova încheierea unor contracte în contul altuia în schimbul unei remunerații.” Contractul nu este prin urmare un mandat, pentru că nu are ca obiect încheierea unor acte juridice (cum cere art. 1703 C.civ.it.) ci promovarea unei afaceri. Art. 1746 al. 2 prevede, referitor la obligațiile agentului faptul că în completarea dispozițiilor exprese se aplică regulile de la obligațiile comisionarului, ținând cont de natura contractului de agenție, însă majoritatea doctrinei consideră prevederea un reflex al legăturii istorice dintre cele două contracte. În realitate prevederea este mai degrabă superfluă și inoperantă, deoarece obligațiile prevăzute pentru comisionar sunt absorbite de obligațiile prevăzute expres pentru agent²¹. Agentul are întotdeauna obligația de a promova încheierea de contracte și doar ocazional obligația de a încheia contracte în numele comitentului, însă întotdeauna efectele juridice și economice ale contractelor promovate, respectiv încheiate se produc direct în patrimoniul comitentului²².

În dreptul german contractul de agenție este definit la art. 84 din HGB (Codul comercial german), agentul comercial fiind cel care, în calitate de intermediar independent, însărcinat de manieră permanentă să negocieze afaceri în contul unui alt antreprenor sau să încheie afaceri în numele acestuia. Putem observa faptul că definiția este similară cu cea care era cuprinsă la art. 1 al. 2 din legea română inițială privitoare la agenții comerciale permanente, dar care a fost ușor modificată de noul Cod civil. Agentul are ca obligație principală negocierea contractelor și atunci când părțile prevăd expres, și încheierea contractelor în numele comitentului. Legea definește negocierea ca o acțiune, directă sau indirectă, având ca obiect influențarea²³ unui terț (potențial client), pentru a încheia un contract cu comitentul. Câmpul de aplicare al regulilor de la contractul de agenție se definește prin opoziție cu situația salariatului (art. 84 al. 2 HGB), denotând evoluția activității prestate de către agent de o manieră independentă prin externalizarea serviciului de promovare a produselor și negociere a contractelor. Contractul de agenție nu intră ca principiu în cadrul contractelor de reprezentare ci în cadrul contractelor de antrepriză, obligația principală fiind de a negocia încheierea de contracte de către comitent²⁴. Doar în ipoteza în care agentul are facultatea de a încheia și contracte în numele comitentului²⁵ pot fi aplicabile agentului și reguli de la mandat.

Dreptul anglo-saxon nu avea o reglementare specială pentru *agency contracts* anterior implementării directivei. În statele de *common law*, puterea de reprezentare pentru agent, facultatea de a încheia contracte în numele comitentului, este considerată a fi regula. Conceptul dominant cu privire la *agency contracts* conștientă că există o legătură indisolubilă între comitent

(principal) și agent, din perspectiva terțului contractant, efectele producându-se, de regulă, direct în patrimoniul comitentului²⁶. În aplicarea regimului juridic special de protecție, jurisprudența britanică a insistat pe faptul că agentul, chiar dacă nu are dreptul de a încheia contracte, trebuie să aibă abilitatea de a negocia conținutul contractelor încheiate pe seama comitentului de o manieră activă (Parks vs. Esso Petroleum Ltd. – agentul care vinde benzina în stația aparținând comitentului nu este agent pentru că nu promovează deo manieră activă produsele comitentului²⁷).

Și în dreptul belgian, atât anterior legii de aplicare a directivei, cât și ulterior acesteia, contractul a fost considerat în principal a fi un contract de antrepriză, și, în cazul în care există puterea de reprezentare, este însoțit și de un contract de mandat²⁸.

Directiva europeană a reținut, privitor la obligațiile agentului, doar elementele esențiale, enunțate la nivel de principiu (art. 3), revenind legislațiilor naționale rolul de a le completa și explicita. Contractul de agenție, ca formă particulară de intermediere, este supus unor reguli preponderent imperative menite să protejeze în special partea mai slabă economic – agentul – și să stabilească raporturile acestuia pe piață cu concurenții comitentului.

În dreptul român au fost preluate preponderent prevederile directivei europene, în condițiile în care contractele clasice din dreptul nostru nu acopereau această formă modernă de intermediere²⁹. Agentul are obligația de a îndeplini activitatea asumată prin contract cu loialitate și bună-credință (art. 3 al. 1 Directivă, art. 2079 C. civ. român). Agentul trebuie să îndeplinească obligațiile ce decurg din împuternicirea care îi este dată, personal sau prin prepușii săi, în conformitate cu instrucțiunile primite și în scopul realizării intereselor comitentului. Împuternicirea permite agentului să acționeze într-o regiune, sau mai multe regiuni, determinate prin contract. Obligațiile minimale ale agentului, de la care părțile nu pot deroga sunt conform Directivei:

a) să procure și să comunice comitentului pentru care acționează informațiile privitoare la regiunea sau regiunile stabilite în contract, care l-ar putea interesa pe acesta, precum și toate celelalte informații necesare de care dispune;

b) să depună diligența necesară pentru negocierea și, dacă este cazul, încheierea afacerilor cu care este împuternicit, în condiții cât mai avantajoase pentru comitent;

c) să respecte în mod corespunzător instrucțiunile rezonabile primite de la comitent, ținând seama de caracterul imperativ, indicativ sau facultativ al acestora;

Legea română mai cere suplimentar:

d) să țină în registrele sale partide separate pentru operațiunile ce îl privesc pe fiecare comitent;

e) să depoziteze bunurile sau eșantioanele într-o manieră care să permită identificarea celor aparținând fiecărui comitent;

Obligația principală a agenților este aceea de a negocia cu potențialii clienți încheierea unor contracte în favoarea comitentului. De regulă ei acționează în baza unor instrucțiuni precise impuse prin contract. Comitentul are dreptul să accepte sau să refuze încheierea contractului negociat de către agent. Operațiunea este considerată refuzată tacit dacă comitentul, după ce a primit condițiile negociate de către agent, nu comunică în timp util terțului confirmarea încheierii contractului (art. 2081 C. civ. rom.). Însă trebuie subliniat faptul

că și în prezența unor instrucțiuni stricte, agentul are libertatea de a alege modalitățile concrete prin care negocia contractele pentru comitent și va realiza politicile de vânzări ale acestuia (abordarea clientelei, promoții, prezentări produse etc.). În caz contrar ne-am afla în prezența unei subordonări și contractul ar trebui recalificat într-un contract de muncă.

Dacă a fost prevăzut expres prin contract, agentul poate încheia contracte în numele și pe seama comitentului. Totuși acesta nu poate, conform legii române, fara imputernicire speciala, sa primeasca plata si nici sa acorde reduceri sau amanari pentru creantele comitentului (art. 2076 C. civ. rom.).

Indiferent de întinderea competențelor sale agentul poate primi reclamatii privitoare la viciile bunurilor sau serviciilor si poate solicita orice masuri de asigurare in interesul comitentului, fiind obligat in ambele cazuri să îl înștiințeze de îndată pe acesta.

Părțile pot conveni ca ulterior încheierii de contracte cu terții, agentul să se ocupe de livrarea produselor, de îndeplinirea formalităților vamale, de instalarea bunurilor vândute, de asigurarea serviciului după vânzare etc. De multe ori, în economia contractului, aceste prestații suplimentare, specifice mai degrabă unui contract de antrepriză, reprezintă prestații esențiale, comparabile ca importanță cu calitatea de reprezentant și cu obligația de negociere.

Din această trecere în revistă a activităților specifice agentului, constatăm că în realitate obiectul obligațiilor agentului îl reprezintă o combinație între activitatea de negociere (și eventual încheiere) de contracte (afaceri), în numele și pe seama comitentului și alte prestații specifice unui contract de antrepriză. În practica contractuală privitoare la acest contract esențială nu este neapărat facultatea de reprezentare, în sensul de putere de a încheia contracte, cât mai ales atribuția de a negocia, de factură permanentă, operațiuni juridice în contul comitentului³⁰. Negocierea contractelor nu este univoc orientată către obținerea unor oferte ferme imediate, chiar dacă finalitatea urmărită este neîndoielnic a încheia cât mai multe contracte cu clienții, ci și către prezentarea adecvată a produselor comitentului pentru a asigura familiarizarea clientelei potențiale cu produsele și serviciile oferite de comitent în vederea cuceririi și fidelizării unei clientele pe termen lung. De aceea se poate susține că aceste prestații nu sunt acte materiale care facilitează încheierea unui contract ci, mai degrabă, prestații distincte de negocierea/încheierea unui contract punctual, care urmăresc construirea unei relații permanente între comitent și clienți, și simplificarea difuzării produselor pe piață. Obiectivele urmărite nu se rezumă doar la încheierea unui/unor contracte ci și la o cât mai bună poziționare pe piața produsului respectiv.

De aici o diferență fundamentală față de concepția clasică din dreptul nostru referitoare la reprezentare, care implică facultatea reprezentantului de a încheia acte juridice, nu doar de a negocia conținutul lor. Contractul de mandat, poate avea ca obiect doar încheierea unuia sau mai multor acte juridice (art. 2009 C. civ. rom.³¹), toate celelalte operațiuni juridice sau materiale, care nu sunt menite să ducă la încheierea unui act juridic de către intermediar, constituie, din perspectiva dreptului român, lucrări materiale sau intelectuale ori prestări de servicii, care formează obiectul unui contract de antrepriză (art. 1851 C. civ.)³². Dintre diferențele subliniate de doctrină între mandat și antrepriză, putem remarca faptul că mandatul este revocabil³³ iar mandatarul este subordonat, de principiu, mandantului, în timp ce antrepriza de principiu nu poate fi revocată unilateral, iar antreprenorul este independent în

executarea contractului. Ori, între elementele esențiale ale contractului de agenție găsim independența agentului în organizarea activității³⁴, chiar dacă trebuie să respecte instrucțiunile rezonabile ale comitentului, și caracterul irevocabil al contractului³⁵. În dreptul nostru se susține³⁶ că este de esență reprezentării ca reprezentantul să contribuie, fie măcar într-o mică măsură, la formarea voinței pentru încheierea actului juridic prin reprezentare, în caz contrar operațiunea fiind o antrepriză sau un act dezinteresat, după caz.

În dreptul francez³⁷ criteriul distincției dintre mandat și antrepriză a fost rafinat, în sensul că esențială ar fi natura juridică sau materială a actelor sau operațiunilor efectuate de către contractant în interesul celeilalte părți. În cazul intermediarilor calificarea corectă a contractului reclamă identificarea precisă a misiunii asumate: nu este un mandat dacă intermediarul nu poate încheia în concret un act juridic, respectiv este o antrepriză dacă obiectul contractului îl reprezintă doar pregătirea contractului, căutarea de parteneri contractuali, ori redactarea actului. În cazul misiunilor complexe se poate impune o calificare distributivă a contractului.

Consecutiv, în dreptul francez a fost pusă în discuție calificarea contractului de agenție ca fiind unul de mandat, în ciuda enunțului neechivoc al textului legal. Unii autori³⁸ au încercat să găsească un echilibru între formularea textului legal și realitatea prestațiilor la care se obligă agentul și au apreciat că în cazul contractului de agenție avem de a face cu un mandat cu un caracter original, deoarece încheierea de acte juridice civile este o obligație pe de o parte facultativă, iar pe de altă parte aparent accesorie obligației principale de negociere a contractelor. Alți autori au mers mai departe și au propus o calificare pornind de la realitatea că operațiunile efectuate de agent pot fi complexe, îmbrăcând forma prestațiilor caracteristice pentru mai multe tipuri de contracte: întotdeauna antrepriză, mandat atunci când agentul are drept de reprezentare propriu-zis, contract de depozit, contract de transport, dacă agentul și-a asumat și aceste obligații. Prin urmare, s-a propus soluția ca fiecare contract de agenție să fie calificat în funcție de conținutul său concret, ținând cont de faptul că nucleul dur al contractului îl reprezintă prestațiile specifice contractului de antrepriză³⁹. Calificarea poate fi una distributivă, drepturile și obligațiile părților urmând a fi interpretate după regulile de la antrepriză în ceea ce privește operațiunile de negociere respectiv cele de difuzare a produselor, după regulile de la mandat pentru operațiunile care implică facultatea de reprezentare (dacă există), respectiv regulile de la contractul de depozit sau transport, acolo unde este cazul.

De aceea, pentru analiza corectă a naturii contractului de agenție în dreptul român, considerăm că trebuie pornit de la faptul că agentul, conform legii și directivei, acționează întotdeauna transparent în numele și pe seama mandantului⁴⁰. Consecutiv, dacă dorim să calificăm contractul ca un mandat, fie acceptăm că ne aflăm în prezența unei forme particulare de reprezentare, care vizează cu precădere negocierea și nu încheierea unor contracte, fie, dacă rămânem consecvenți concepției clasice cu privire la reprezentare, considerăm contractul mai degrabă ca o formă de antrepriză, care poate fi completată cu un mandat pentru acele contracte de agenție, mai rare în practică, care cuprind și facultatea de a încheia contracte în numele și pe seama comitentului.

Legea română nu precizează expres, direct, natura contractului, ci doar la final face trimitere la dispozițiile aplicabile în completare. În dreptul nostru nu există o tradiție juridică cu privire la acest contract care să considere contractul legat istoric de anumite forme de mandat

(ca în dreptul francez) sau antrepriză (ca în dreptul german). De aceea apreciem că analiza naturii contractului în dreptul român poate fi concentrată doar pe realitățile juridice și economice ale raporturilor dintre părți.

În analiza acestor contracte, făcută mai ales din perspectiva dreptului comerțului internațional, s-a insistat asupra caracterului unitar al conceptului de intermediere, fapt care ar include toți intermediarii din domeniul distribuției (mandatari profesionali, comisionari, agenți, ba chiar și unii distribuitori revânzători) într-o categorie mai largă de reprezentanți. Însă această concepție, de sorginte anglo-saxonă, este preponderent una economică și nu juridică. De asemenea directiva europeană nu a reținut conceptul unitar cu privire la contractele de intermediere, agentul trebuind să lucreze în numele, nu numai pe seama mandantului⁴¹.

Dacă insistăm asupra unei figuri aparte de reprezentare, care se poate rezuma și la negocierea contractelor, dat fiind că din perspectivă economică agentul realizează o intermediere la distribuția de mărfuri și servicii, mai trebuie luat în considerare un element. O particularitate a contractelor de agenție constă în aceea că raporturile sunt de durată și că, în ambele ipoteze (numai negociere/negociere și încheiere de contracte), agentul lucrează ca reprezentant permanent al comitentului. Faptul că agentul, prin activitatea pe care o desfășoară, dezvoltă afacerea comitentului și este remunerat de către acesta este esențial pentru aplicarea acestui regim special. Contractul servește intereselor de colaborare pe termen lung dintre comitent și agent, motiv pentru care contractul este definit în dreptul francez ca fiind un contract în interes comun⁴².

Înțelesă din această dublă perspectivă, reprezentarea se depărtează de figura clasică a împuternicirii pentru încheierea unor acte juridice, agentul urmărind mai degrabă realizarea intereselor comitentului în fidelizarea clientelei, prin adaptarea ofertei acestuia la nevoile și particularitățile zonei geografice, prin prezentarea produselor comitentului potențialei clientele, după o strategie economică gândită pe termen lung.

În fine, pentru identificarea corectă a particularităților contractului de agenție nu se poate ignora o altă realitate legată de economia contractului. Practic, prin alegerea canalului de distribuție prin intermediarul agenților, intermediari independenți, se realizează pentru producător (sau furnizor intermediar) și o externalizare a serviciului de prezentare și promovare a produselor pe piață, de adaptare a ofertei și de prospectare a clientelei, operațiuni care, prin natura lor, sunt specifice unui contract de antrepriză dacă ar face singure obiectul contractului, fiind operațiuni de natură materială și nu operațiuni de natură juridică.

Legiuitorul român definește agentul ca intermediar independent care acționează cu titlu profesional (art. 2072 al. 2 C. civ.). În noua reglementare se prevede că în completarea normelor speciale contractului de agenție îi sunt aplicabile normele contractului de comision (art. 2095 al. 1 C. civ.) în măsura în care sunt compatibile, iar pentru contractul de agenție cu facultate de a încheia contracte în completare sunt aplicabile dispozițiile privitoare la contractul de mandat cu reprezentare (art. 2095 C. civ.).

Din aceste prevederi putem concluziona că și legiuitorul român a reținut diferența de regim juridic dintre cele două forme ale contractului de agenție⁴³, pentru forma obișnuită, care permite doar negocierea contractelor, neexistând o reprezentare propriu-zisă, ca în cazul contractelor de mandat. În schimb considerăm nefericită trimiterea la normele privind

contractul de comision pentru contractele de agenție fără facultatea de a încheia contracte pentru comitent. Așa cum am arătat doar în dreptul italian se face o astfel de legătură, datorită unor tradiții juridice, însă și acolo prevederea este mai degrabă superfluă și inoperantă, deoarece obligațiile prevăzute pentru comisionar sunt absorbite de obligațiile prevăzute expres pentru agent⁴⁴.

Această prevedere a generat confuzii, unii autori⁴⁵ opinând că agentul poate opera și în nume propriu, dar pe seama comitentului, dat fiind caracterul unitar al concepției cu privire la intermediere. Ori această problemă este demult tașată prin Ordonanța Curții din 10 februarie 2004⁴⁶ unde s-a statuat că Directiva nu este aplicabilă contractelor de comision, acolo unde mandatarul contractează în nume propriu. În același sens s-a pronunțat și doctrina română⁴⁷ și cea franceză cu privire la contractul de comision căruia nu îi este aplicabilă legea privitoare la contractul de agenție. Doar în sistemul anlo-saxon nu se face diferență între cele două tipuri de contracte. Chiar dacă se adoptă o concepție unitară cu privire la intermediere, care ar îngloba în obiectul său atât negocierea de contracte cât și încheierea de contracte pe seama unui comitent⁴⁸, indiferent dacă agentul are sau nu putere de reprezentare, interpretarea dată directivei de CJCE nu ne permite să ignorăm diferența de natură juridică dintre mandat și comision. Negocierea contractului are loc tot în numele comitentului, transparent, și nu în nume propriu, ca și în cazul comisionului.

Aplicarea regimului de protecție pentru agent este justificată de faptul că acesta lucrează transparent în numele comitentului. Obligația de informare existentă în sarcina agentului⁴⁹ impune acestuia comunicarea către comitent a tuturor informațiilor relevante cu privire la zona geografică conferită și clientelă. Prin urmare, spre deosebire de comisionar, agentul trebuie să transmită comitentului atât datele de contact ale clienților, deoarece contractul se încheie și se execută cel mai adesea direct între comitent și client, cât și informațiile despre piața pe care operează, pentru ca partenerul contractual să poată face estimări pe termen lung cu privire la evoluția acesteia. Această transmitere de informații din partea agentului este contrabalansată de durata și caracterul irevocabil al contractului, coroborată cu dreptul la comision pentru toți clienții procurați, pe toată durata contractului.

De aceea apreciem că trimiterea la contractul de comision, în completarea normelor speciale, pentru contractele de agenție care permit doar negocierea contractelor este o greșală a legiuitorului român. Aceste dispoziții sunt practic inaplicabile, raportat la natura contractului de agenție, deoarece nu pot fi compatibile cu cele de la comision, așa cum cere art. 2095 al. 1 C. civ.. Chiar dacă în ambele contracte intermediarul acționează cu titlu profesional, comisionarul lucrează în nume propriu, pe când agentul acționează întotdeauna transparent ca intermediar al comitentului, chiar dacă nu încheie contracte pentru acesta.

Confuzia are ca sursă, aparent, faptul că nici comisionarul și nici agentul negociator nu sunt reprezentanți în sensul clasic al conceptului, de mandatar care încheie contractul în numele și pe seama comitentului. Însă diferența esențială dintre cele două tipuri de contracte este evidentă, pe de o parte comisionarul încheie contracte pe seama comitentului, însă în nume propriu, pe când agentul negociator nu încheie contracte pentru comitent dar lucrează transparent în numele lui. Astfel dacă rațiunea asocierii reglementărilor a fost faptul că în ambele cazuri avem de a face cu intermediari care nu au facultatea de reprezentare propriu-zisă, soluția este una nefericită, în opinia noastră, datorită faptului că agentul negociator nu este

un mandatar fără reprezentare ci întotdeauna un reprezentant atipic, însă lipsit de facultatea de a încheia contracte, specifică mandatului. În consecință apreciem că nu pot fi asociate cele două forme de intermediere în aceeași categorie de reprezentare atipică datorită naturii fundamental diferite a celor două contracte.

În opinia noastră, analiza corectă a rațiunilor directivei europene și a obligațiilor asumate de către părți duc mai degrabă la regimul juridic al contractului de antrepriză, în completarea normelor speciale, așa cum se consideră în multe țări europene. Atunci când agentul primește și facultatea de a încheia contracte în numele și pe seama comitentului apreciem că se impune o calificare distributivă a contractului, în baza art. 2095 al. 2 C. civ., regulile de la mandat fiind aplicabile în completarea normelor speciale pentru toate operațiunile care vizează încheierea contractelor în numele și pe seama comitentului.

O bună ilustrare a interesului practic al discuției o constituie problema suportării cheltuielilor proprii activității. Spre deosebire de un agent de vânzări salariat, agentul independent își organizează singur activitatea, stabilind în principal programul său orar și itinerarul zilnic. În caz contrar, conform practicii din țările Uniunii, contractul riscă să fie recalificat într-un contract de muncă. Arhitectura contractului de agenție, așa cum a fost structurată în practica contractuală a statelor membre care au conceput directiva, încorporează o relație de durată și calitatea de reprezentant permanent care, coroborate cu independența în organizarea propriei activități, fac ca agentul să suporte, din remunerația primită riscul propriei activități. Prin specificul contractului, comitentul nu este obligat să suporte cheltuielile agentului cu desfășurarea activității, deoarece numirea unui reprezentant permanent independent reprezintă o externalizare a unui serviciu pentru comitent, agentul fiind cel care trebuie să-și organizeze activitatea de așa manieră încât comisioanele să acopere costurile desfășurării activității și să aducă profit.

Conform directivei⁵⁰, agentul, indiferent dacă este doar negociator sau are și facultatea de a încheia contracte pentru comitent, are dreptul la comision pentru toate contractele încheiate de comitent datorită intervenției sale sau cu clienți procurați de către agent. Dacă se bucură de exclusivitate, agentul are dreptul la comision pentru toate contractele încheiate de comitent cu clienți din zona geografică sau categoria de clienți pentru care a fost conferită exclusivitatea. Coroborat cu durata contractului și caracterul său irevocabil, aceste reglementări fac ca agentul să poată avea așteptarea rezonabilă de a încasa, de factură permanentă, comisioane de pe urma clienților săi, din aceste venituri stabile urmând a organiza, independent, propria activitate, de o manieră care să permită acoperirea costurilor și obținerea unor profituri.

Economia contractului de agenție implică pentru agent tocmai asumarea operațiunilor de difuzare a produselor și negociere a contractelor în funcție de un preț (comision), variabil în principiu în funcție de numărul de contracte negociate și de volumul vânzărilor intermediare⁵¹. În concluzie însăși cauza contractului de agenție, exclude suportarea de către comitent a cheltuielilor de desfășurare a activității agentului.

Această arhitectură contractuală este mai apropiată de antrepriză, unde antreprenorul realizează o lucrare, de regulă, pe riscul său și cu materialele sale în schimbul unui preț⁵², și nu de mandat, unde mandantele, ca regulă, suportă cheltuielile necesare realizării mandatului distinct de remunerație⁵³.

O ultimă chestiune pe care dorim să o abordăm în prezentul articol este dacă statutul agentului ar putea fi extins și pentru alte contracte de distribuție (mai puțin cel de comision), așa cum se întâmplă în unele legislații europene.

În sistemul juridic german, care fundamentează regimul juridic al indemnizației la finalul contractului de agenție pe ideea de cesiune de clientelă, regimul juridic de protecție pentru distribuitor a fost extins și la alte contracte, precum distribuția exclusivă sau franciza⁵⁴. Reglementarea de la contractul de agenție a fost considerată ca un model de sistem de protecție pentru alți distribuitori aflați în situații similare din perspectiva pierderii clientelei în favoarea partenerului de afaceri, chiar dacă natura juridică a contractului era diferită, fiind vorba de distribuitori revânzători. De asemenea, în măsura în care raporturile interne între furnizor și distribuitor sunt asemănătoare cu cele dintre comitent și agent a fost considerată legitimă aplicarea prin analogie a regulilor de la contractul de agenție⁵⁵. Pentru aplicarea regulilor de la contractul de agenție distribuitorilor exclusivi sau francizaților (beneficiarilor francizei), jurisprudența a apreciat că trebuie întrunite două reguli cumulative: distribuitorul trebuie să fie integrat în rețeaua de distribuție a furnizorului de o așa manieră încât economic să fie într-o situație similară cu agentul; la finalul contractului clientela proprie a distribuitorului să fie abandonată furnizorului. Momentul la care clientela este transferată sau forma în care are loc transferul sunt indiferente, atât timp cât acest efect se produce.

În Italia, în doctrină a fost propusă extinderea, cel puțin în parte, a regimului de protecție pentru agent și la alte contracte de distribuție nenumite, precum distribuția exclusivă, însă jurisprudența a rămas reticentă la o astfel de interpretare⁵⁶.

În schimb în spațiul juridic francez aplicarea regimului juridic special de protecție este strâns legată de calificarea contractului ca fiind unul de agenție. Prin decizia Curții de Casație franceze din 29 iunie 2010, denumită cauza Cattawak, a fost casată o decizie a unei Curți de Apel care aplicase regimul juridic al agenției comerciale unei societăți care distribuia produsele altei societăți ca distribuitor revânzător, sub motiv că din punct de vedere economic regimul juridic al distribuitorului era similar cu cel al unui agent comercial (prețul încasat era depus în contul partenerului, bonurile de casă purtau denumirea partenerului, activitatea se desfășura sub sigla partenerului etc) fapt care duce la concluzia că în realitate distribuitorul acționa în numele și pe seama partenerului, și nu în nume propriu, așa cum prevedea contractul dintre furnizor și distribuitor.⁵⁷ Curtea de casație a apreciat că primează pentru acordarea statutului de agent natura juridică a raporturilor dintre părți, iar în măsura în care furnizorul vindea produsele distribuitorului, acesta din urmă rămâne un revânzător și nu poate fi asimilat unui agent comercial doar datorită eventualei percepții a clientelei sau a unor similarități de natură economică. Și sistemul juridic britanic refuză extinderea statutului agentului pentru contracte încheiate cu distribuitori revânzători, legea de aplicare a directivei europene fiind considerată o lege specială, de strictă aplicare⁵⁸.

În opinia noastră, reglementarea română privitoare la contractul de agenție trebuie aplicată de o manieră asemănătoare cu cea exprimată de decizia casației franceze, menționată anterior. Sistemul nostru de drept a preluat regimul contractului de agenție exclusiv din normele directivei, fără a avea în completare o tradiție privitoare la un anume regim de protecție pentru distribuitori, cum este cazul sistemului german, care a încadrat normele de aplicare ale directivei în această tradiție.

Deși nu apreciem că trebuie privit regimul de protecție al agentului ca un corp străin în reglementarea internă, cum este perceput în sistemul britanic, totuși considerăm că acesta este justificat de natura particulară a raporturilor dintre comitent și agent, de economia contractului și obligația de informare a agentului față de comitent, caracteristici care nu se regăsesc în cazul altor distribuitori, fie comisionari, fie revânzători. Nu excludem necesitatea în viitor a unor măsuri de protecție și pentru alte categorii de distribuitori, care însă va trebui justificată printr-o legislație specială sau prin alte mecanisme ale dreptului (buna-credință, abuzul de drept) și nu prin aplicarea pentru identitate de rațiune, a normelor speciale referitoare la contractul de agenție.

Extinderea aplicării regimului de protecție a apărut doar în legislațiile în care o tradiție juridică apropia dintr-o anumită perspectivă intermediarii agenți de alți distribuitori, unde jurisprudența aprecia, prin prisma acestor tradiții că se impune în general protecția în ansamblu a acestor distribuitori dacă se regăsesc în situații similare, nu neapărat doar a agenților.

Cum în dreptul nostru contractul nu are o tradiție juridică propriu-zisă, nici directiva care a fost transpusă în legislația internă și nici uzanțele contractuale, preluate de la parteneri proveniți din spațiul comunitar, nu ne trimit la o concepție juridică unitară cu privire la contractele de intermediere și cele de distribuție. Dimpotrivă, din perspectiva tradițiilor dreptului nostru este esențială diferența dintre distribuitorul care cumpără mărfurile în vederea revânzării și intermediarii care doar facilitează încheierea contractelor dintre furnizor și clienții finali. Prin urmare considerăm că nu există argumente solide, nici din perspectiva legii, nici din perspectiva vreunui concept juridic care să permită, în dreptul nostru, extinderea regimului de protecție al agentului și la alte categorii de distribuitori.

* Lector dr., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca și avocat, Baroul Cluj;
sdiaconescu@law.ubbcluj.ro.

¹ Publicată în Jurnalul oficial nr. 382/31.12.1986.

² Art. 1 al. 2 din Directiva nr. 86/653/CEE.

³ Art. 2073 C. civ., intermediarii din domeniul asigurărilor precum și cei care acționează în cadrul burselor de valori, și al piețelor reglementate de mărfuri și instrumente financiare derivate, precum și serviciile neremunerate.

⁴ Art. 1742 al. 1 C. civ. it..

⁵ L. Vogel coord., *Les agents commerciaux en Europe, échec de l'harmonisation?*, Ed. Panthéon Assas, Paris, 2012, nr. 34, p. 40.

⁶ *Ibidem*, nr. 36, p. 42.

⁷ *Ibidem*, nr. 32, p. 39.

⁸ *Ibidem*, nr. 86, p. 72.

⁹ *Ibidem*, nr. 35, p. 40-41.

¹⁰ CJCE, decizia din 16.03.2006, dos. C-3/2004, *Poseidon Chatering BV c/ Marianne Zeeship Vof e.a.*

¹¹ Pentru detalii privitoare la dreptul francez, D. Ferrier, *Droit de la distribution*, ed. II, Litec, Paris, 2000, p. 84 – 102, C. Diloy, *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, Ed. L.G.D.J., Paris, 2000, p. 25 – 136.

¹² Decretul din 23 decembrie 1958.

¹³ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 84.

- ¹⁴ Legea din 25 iunie 1991.
- ¹⁵ Conform unei clasificări de referință în dreptul francez, M. Behar – Touchais, G. Virassamy, *Traite des contracts, Les contrats de la distribution*, sous la direction de J. Ghestin, L.G.D.J., Paris, L.G.D.J., 1999, p. 181, distribuția se poate realiza de către un furnizor prin intermediul salariaților (prepuși ai furnizorului), prin intermediari care acționează independent pe seama furnizorului (agenți, comisionari) sau prin intermediul distribuitorilor revânzători (concesionari de vânzări, distribuitori selecționați, francizați), care cumpără produsele/serviciile de la furnizor în vederea revânzării.
- ¹⁶ C. Diloy, *op. cit.*, p. 26 – 27.
- ¹⁷ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 83.
- ¹⁸ Art. 134-2, al. 2 C. com. fr., art. 4 al. 3 Directivă.
- ¹⁹ C. Diloy, *op. cit.*, p. 27.
- ²⁰ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 89 - 90. Obligația de livrare a produselor era prevăzută expres la art. 1 al. 1 al. 1 Decretului din 23 decembrie 1958 ca fiind de natura contractului de agenție.
- ²¹ R. Baldi, A. Venezia, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, Ed. Giuffrè, Milano, 2008, *apud* L. Vogel, *op. cit.*, pag. 30.
- ²² A Baudino, *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale – XVI – distribuzione*, Ed. UTET, Torino, 2004, p. 177.
- ²³ Negocierea nu implică numai ipoteza în care comitentul a determinat exclusiv încheierea contractului ci și ipoteza în care a contribuit de o manieră care nu poate fi neglijată la încheierea contractului.
- ²⁴ L. Vogel, *op. cit.*, nr. 24, p. 34.
- ²⁵ *Ibidem*, p. 35.
- ²⁶ C. Diloy, *op. cit.*, p. 32 – 34.
- ²⁷ L. Vogel, *op. cit.*, nr. 21, pag. 31.
- ²⁸ C. Diloy, *op. cit.*, p. 81.
- ²⁹ Codul comercial în vigoare la data adoptării legii de punere în aplicare a directivei reglementa contractul de comision agenției și oficii de afaceri și, în general, operațiunile de mijlocire (sămsărie) ca operațiuni de intermediere, însă doar contractul de comision se bucura de o reglementare mai detaliată.
- ³⁰ *Ibidem*, nr. 21, p. 31.
- ³¹ Identic cu vechea reglementare, art. 1532 C. civ. 1864.
- ³² Pentru distincția dintre contractul de mandat și cel de antrepriză în dreptul român, C. Roșu, *Contractul de mandat în dreptul intern*, Ed. C. H. Beck, București, 2008, p. 24 – 25; A. S. Banu, *Contractul de mandat*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 22; R. Dincă, *Contracte civile speciale în noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 224 - 225.
- ³³ Art. 2030 C. civ.. Pentru contractul de comision, art. 2051 C. civ..
- ³⁴ Art. 2072 al. 2 C. civ..
- ³⁵ Art. 2088 – 2090 C. civ..
- ³⁶ R. Dincă, *op. cit.*, p. 229.
- ³⁷ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Ed. Montchrestien, Paris, 2001, p. 319 – 320.
- ³⁸ C. Diloy, *op. cit.*, p. 80 – 81 și autorii acolo citați.
- ³⁹ *Ibidem*, p. 84.
- ⁴⁰ Art. 2072 al. 1 C. civ., art. 1 al. 2 din Directivă.
- ⁴¹ Art. 1 al. 2 din Directivă.

- ⁴² Art. 134-4 Cod comercial francez: “Contractele intervenite între agenții comerciali permanenți și mandanții lor sunt încheiate în interesul comun al părților.” Interesul comun în aceste contracte constă în cucerirea și fidelizarea unei clientele pentru produsele comitentului. Pentru detalii în dreptul român, Ș. Diaconescu, *Interesul comun în contractele-cadru de distribuție comercială*, în SUBB nr. 2/2007. Pentru dreptul francez T. Hassler, *L’înteret commun*, Rev.trim.dr.com., 1984, pag. 597-611.
- ⁴³ În reglementarea anterioară ambelor forme de contract de agenție le erau aplicabile, în completare dispozițiile contractului de mandat comercial, art. 26 din Legea nr. 509/2002.
- ⁴⁴ A se vedea nota 14.
- ⁴⁵ Ș. A. Stănescu în F. Baias, coordonator, *Noul Cod civil, comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 2074, comentariu la art. 2072.
- ⁴⁶ Dosar C-85/2003 - Mavrona & Sia OE contre Delta Etaireia Symmetochon AE, fostă Delta Protypos Viomichania Galaktos AE.
- ⁴⁷ I. Scheau, *Drept comercial*, Ed. Hamangiu, 2009, p. 467 – 468, T. Prescure, R. Crișan, *Contractul de agenție – un nou contract numit în dreptul comercial român*, în *Dreptul*, nr. 5/2003.
- ⁴⁸ Ș. A. Stănescu, *op. cit.*, p. 2074.
- ⁴⁹ Art. 2079 al. 2 lit. a C. civ. român, în aplicarea art. 3 al. 2 ilt. b din Directivă.
- ⁵⁰ Art. 7 Directivă.
- ⁵¹ Conform art. 2082 al. 2 C. civ., remunerația agentului poate consta într-un quantum fix sau variabil (comision). În practică cel mai adesea părțile recurg la comision.
- ⁵² Art. 1857 C. civ..
- ⁵³ Art. 2025 C. civ..
- ⁵⁴ L. Vogel, *op. cit.*, nr. 11, p. 18 – 19.
- ⁵⁵ Pentru detalii, F. X. Licari, *La protection du distributeur intégré en droit français et allemand*, Ed. Litec, Paris, 2002, p. 576 – 579.
- ⁵⁶ L. Vogel, *op. cit.*, nr. 12, p. 20.
- ⁵⁷ *Ibidem*, nr. 18, pag. 27.
- ⁵⁸ *Ibidem*, nr. 13, pag. 21.

CLAUZE ABUZIVE VERSUS CLAUZE LEZIONARE ÎN CONTRACTELE CONSUMATORILOR

Juanita GOICOVICI*

Abstract: *Unfair terms versus unreasonable disadvantage in contracts concluded by consumers.* Contractual fairness implies that, as a matter of logic, parties are subjected to good faith and contractual equilibrium from the start of negotiations through the performance of the contract, or even beyond. In Consumer Law, standard terms only bind the parties if being accepted by the consumer who has had the chance to properly consult them. This contribution looks into the goal of the national regulation on unfair terms against consumers, in a context in which an unreasonable disadvantage for the consumer may also arise from the provision not being clear and comprehensible. It is argued that the unfair terms regulation is not superposed by the regulation of unreasonable disadvantage in the Romanian New Civil Code, because of the mere fact that numerous contractual provisions against consumers are not subject of patrimonial disequilibrium. It is the case of arbitration clauses, competency clauses, confidentiality clauses etc., which do not raise the problem of excessive patrimonial benefit to the detriment of the consumer; instead, these contractual provisions raise the question of judicial disadvantages or significant imbalance between the rights and obligations of the parties in terms of procedural prerogatives.

Keywords: *Unfair terms, imbalance, contracts, consumer, judicial unfairness*

Cuvinte cheie: *Cuvinte cheie: clauze abuzive, leziune, contracte, consumator, dezechilibru procesual*

(I) Observații introductive. Reprimarea clauzelor abuzive reprezintă unul din pilonii elementari pe care a fost construit Dreptul consumului¹. Legiuitorul a definit clauza abuzivă pe suportul oferit de două elemente – unul subiectiv și celălalt obiectiv – învederate simultan: (a) *condițiile subiective* în care intervine respectivul abuz de putere economică, practicat cu recredință de către profesionistul contractant; (b) *efectele obiective, economice* ale clauzei – dezechilibrul semnificativ, disproporția economică între prestațiile reciproce ale părților și, deci, procurarea unui avantaj excesiv pentru profesionist, în detrimentul consumatorului.

Reglementarea *leziunii* în cuprinsul art. 1221-1224 din Noul Cod civil², ca și trasarea unor limite mai clare pentru noțiunea de *eroare esențială* în cuprinsul art. 1207 și de *eroare asumată* – art. 1209 din Noul Cod civil ridică problema delimitării acestora de mecanismul reprimării clauzelor abuzive cu care amintitele noțiuni se pot învecina în unele cazuri.

Noul Cod civil aduce noutăți majore și o reglementare generoasă a leziunii ca motiv de anulare a contractelor, arătând în cuprinsul art. 1221 din noul Cod civil (NCC) că există leziune atunci când una dintre părți, profitând de starea de nevoie, de lipsa de experiență ori de lipsa de cunoștințe a celeilalte părți, stipulează în favoarea sa ori a unei alte persoane o prestație de o valoare considerabil mai mare, la data încheierii contractului, decât valoarea propriei prestații. În ceea ce privește sancțiunile aplicabile, art. 1222 NCC reține că, pe de o parte, victima leziunii poate cere, la alegerea sa, anularea contractului sau reducerea obligațiilor sale cu valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățită.

Prima fisură între situațiile de leziune și cele de prezență a unei clauze abuzive relevă din *condiția* de situare a dezechilibrului semnificativ dincolo de 50% din valoarea propriei prestații în cazul leziunii în reglementarea Noului Cod civil, în vreme ce o atare condiție nu este necesară în cazul clauzelor abuzive, unde dezechilibrul poate rămâne sub 50% fără ca acțiunea consumatorului în justiție să fie blocată din acest motiv. Potrivit art. 1222 din Noul Cod civil, cu excepția cazului prevăzut de art. 1.221 alin. (3) relativ la situația minorului – victimă a leziunii, „acțiunea în anulare este admisibilă numai dacă leziunea depășește jumătate din valoarea pe care o avea, la momentul încheierii contractului, prestația promisă sau executată de partea lezată. Disproporția trebuie să subziste până la data cererii de anulare. În toate cazurile, instanța poate să mențină contractul dacă cealaltă parte oferă, în mod echitabil, o reducere a propriei creanțe sau, după caz, o majorare a propriei obligații.”

Cea de a doua falie care desparte instituția leziunii în noua reglementare de noțiunea clauzelor abuzive este reprezentată de sfera materială mult mai restrânsă a leziunii; numeroase situații practice de prezență a clauzelor abuzive nu vor ridica problema unei diferențe valorice de peste 50% între prestațiile reciproce; de pildă, inserarea unei clauze compromisorii în contractul de credit, obligând astfel consumatorul ca, mai înaintea apariției oricărui litigiu, să accepte înlăturarea competenței instanțelor statale în favoarea unora arbitrale, se va rezolva nu pe terenul leziunii, cu care nu are nimic în comun, ci pe cel al dispozițiilor Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, cu modificările ulterioare – cu toate neajunsurile care pot decurge de aici pentru consumator (ținând de costurile mai ridicate ale arbitrajului; dispariția căilor de atac ale apelului și recursului, hotărârea arbitrală putând fi atacată doar cu contestație în anulare ș. a.

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

Ne propunem în rândurile care urmează să analizăm cadrul specific pentru reprimarea judiciară a clauzelor abuzive, pornind de la criteriul absenței negocierii (i), continuând cu tipurile specifice de acțiuni în justiție (ii) și focusând discuția asupra speciilor de clauze care nu ridică problema unui dezechilibru patrimonial în detrimentul consumatorilor, ci pe cea a

dezechilibrului procesual și judiciar (iii); este cazul clauzelor de confidențialitate, al clauzelor compromisorii, al clauzelor atributive de competență etc. și care nu pot fi anulate pe suportul condițiilor leziunii, însă pot fi considerate nescrise în condițiile de reprimare a clauzelor abuzive, pentru rațiuni ce țin de crearea unui dezechilibru judiciar, procesual.

(II). Reverberații juridice ale absenței negocierii. Se impun mai întâi unele precizări referitoare la sfera contractelor în cadrul cărora putem vorbi despre clauze abuzive. Reamintim astfel că este vorba despre contractele de adeziune, în accepțiunea de contracte ale căror clauze reprezintă rodul voinței unilaterale a uneia din părți (a profesionistului), cealaltă parte (consumatorul) neavând posibilitatea de a le discuta ori negocia, ci numai pe aceea de a adera sau nu la setul global de norme private în cauză. Contractele de credit, de exemplu, reprezintă în principiu contracte de adeziune, profesionistul fiind autorul ofertei adresate consumatorului, iar ultimul putând doar să opteze – dacă dorește încheierea contractului – pentru acceptarea uneia sau alteia dintre ofertele astfel formulate. Este vorba despre uzul unor modele (tipare) contractuale construite pe suportul *condițiilor generale de contractare* practicate de către profesionistul bancar în cauză, reproduse de regulă în fiecare dintre contractele individuale încheiate cu consumatorii. Numeroase contracte de adeziune sunt, în același timp, și *contracte tipizate*; clauzele acestora din urmă sunt preredactate de către profesioniști, încheierea contractului (prin acceptarea ofertei de către consumator, urmată sau nu, după caz, de agreementul ofertantului) având loc în scris, prin completarea și / sau semnarea de către consumator a documentelor contractuale tipizate elaborate de către profesionistul bancar.

Proba negocierii directe a clauzelor incumbă profesioniștilor. Art. 4 alin. (2) al Legii nr. 193/2000, modificată prin Legea nr. 65/2002 și, ulterior, prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii prevede că: „o clauză contractuală va fi considerată ca nefiind negociată direct cu consumatorul dacă aceasta a fost stabilită fără a da posibilitatea consumatorului să influențeze natura ei, cum ar fi contractele standard preformulate sau condițiile generale de vânzare practicate de comercianți”. Mecanismul tehnico-juridic al clauzelor abuzive nu a fost gândit, în schimb, pentru contestarea ulterioară a justeței *prețului* (în raport cu calitatea produsului), cât timp prețul a fost afișat vizibil, lizibil, în moneda națională, pentru vânzările în spațiile comerciale consumatorul asumându-și consecințele financiare ale unei achiziții netemperate ori nejustificate în raport cu trebuințele sale reale; în alți termeni, prețul fixat de către comerciant nu poate fi evaluat drept „abuziv”, fiind, în principiu, rezultatul jocului cererii și al ofertei; „evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu se asociază (...) cu calitatea de a satisface cerințele de preț” – art. 4, alin.6 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive. Pentru identitate de rațiune, consumatorul nu poate contesta, de exemplu, cuantumul *dobânzii fixe* percepute în baza contractului de credit, cât timp aceasta i-a fost adusă la cunoștință în momentul încheierii contractului. Faptul că, pentru un produs similar, o altă bancă percepe o dobândă mai mică nu imprimă clauzei relative la dobândă un caracter abuziv, întrucât consumatorul a avut posibilitatea ca în intervalul de reflexie de 14 zile să consulte ofertele altor bănci și, eventual, să-și retragă consimțământul dat primei bănci.

În schimb, în privința *dobânzii variabile*, reprezintă o clauză potențial abuzivă clauza potrivit căreia banca își rezervă dreptul de a modifica valoarea dobânzii pe parcursul derulării efectelor contractului, fără a menționa în contractul de credit indicatorii de referință și modalitatea concretă de calcul a noii dobânzi³.

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

(III). Sfera personală a reglementării legale. *Persoanele juridice: nu pot invoca protecția legală specială oferită de dreptul consumului* (de exemplu, dacă ar solicita reprimarea unei clauze abuzive inserate în contractul de adeziune semnat cu un alt profesionist, ar trebui să întrunească aceleași cerințe precum cele aplicate persoanelor fizice – contractarea să fi avut loc într-un *scop extraprofesional* – or, o persoană juridică nu poate contracta valabil în afara scopului comercial sau de altă natură pentru care a fost creată / autorizată). Dispozițiile Directivei 93/13/CEE limitează sfera protecției speciale la „persoanele fizice”; în plus, persoanele juridice reprezintă abstracțiuni în cazul cărora vulnerabilitatea psihologică și informațională a consumatorului ca persoană fizică nu poate fi regăsită, astfel încât la dispoziția persoanelor juridice confruntate cu clauze abuzive practicate de alți profesioniști rămân numai remediile legale clasice de drept civil ori de dreptul afacerilor. La fel se întâmplă în cazul profesioniștilor care contractează în afara specialității lor; *de lege lata*, dispozițiile Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive sunt aplicabile numai persoanelor fizice care contractează în scopuri extraprofesionale.

Codul consumului, adoptat prin Legea nr. 296 din 18 iunie 2004 și modificat prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor descrie *consumatorul* ca fiind „orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care acționează în scopuri din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale” (*Anexa Codului consumului*, pct. 13). Elementele esențiale ale definiției consumatorului sunt, *de lege lata*, două: (1) consacrarea ca unic protejat, în dreptul consumului, a *persoanei fizice*, cu excluderea celor juridice, altele decât asociațiile de consumatori; (2) *scopul extraprofesional* al dobândirii / utilizării bunului sau serviciului. Scopul extraprofesional al dobândirii / utilizării bunului sau serviciului este marca sau reperul esențial al ocrotirii furnizate de dreptul consumului. Consumatorul protejat este definit prin opoziție cu profesionistul, primul acționând pentru uzul său personal sau familial.

Scopul extraprofesional nu trebuie confundat cu *scopul non-profit* al debitorului. Astfel, o asociație non-profit sau o fundație poate solicita un credit bancar, ceea ce nu o plasează în afara scopului profesional pentru care a fost înființată. Legiitorul poate însă opta, într-o viitoare reglementare legală, pentru extinderea protecției speciale contra clauzelor

abuzive și asupra asociațiilor și fundațiilor. În cazul *scopului mixt – parțial profesional și în parte extraprofesional* al contractului încheiat de un consumator, invocarea normelor legale protectoare relative la reprimarea clauzelor abuzive este posibilă în măsura în care scopul profesional al contractării a fost *marginal* în economia contractului, uzul extraprofesional fiind predominant, conform deciziei Curții de Justiție a Comunităților Europene (CJCE) din 20 ianuarie 2005⁴.

(IV). Acțiuni ale asociațiilor de consumatori în reprimarea clauzelor abuzive – Avantaje procesuale. Reprimarea unei clauze abuzive poate avea loc și pe calea unei acțiuni în justiție introdusă de către o asociație de consumatori, în scopul obținerii suprimării, în cuprinsul unor contracte uzuale, a uneia sau mai multor clauze care nu au putut fi negociate direct cu profesioniștii și care, contrar bunei-credințe, creează un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților. Acțiunile în reprimarea unei clauze abuzive introduse de către o asociație de consumatori se pot dovedi a fi, în practică, un mijloc mai eficace de a lupta contra unor stipulații contractuale decât acțiunile dispersate și costisitoare intentate de către consumatori izolați. Strict tehnic, în măsura în care asociației îi este adusă la cunoștință existența, într-un contract-tip propus consumatorilor, a unor clauze abuzive în accepțiunea legii – indiferent de suportul material concret de consemnare a clauzei – acțiunea în anularea clauzei abuzive (ori în reputarea acesteia ca nescrisă) introdusă de asociația de consumatori va fi admisibilă în măsura în care *modelul contractual* practicat de către profesionistul pârât în *mod uzual*, în relațiile cu clienții săi profani, cuprinde asemenea clauze (pentru a se respecta ideea „interesului colectiv” promovat de către asociația de consumatori prin acțiunile sale). Daunele-interese dispuse de către instanța de judecată în ipoteza admiterii unei atare acțiuni vor intra în patrimoniul asociației de consumatori reclamante, pentru ca sumele de bani în cauză să fie folosite pentru acțiunile viitoare de promovare a intereselor consumatorilor, întreprinse de către asociație (în cazul în care obiectul litigiului l-a reprezentat existența unei clauze abuzive în contractul-tip propus de către profesionistul pârât în mod uzual, independent de producerea unui prejudiciu concret unui consumator individual), respectiv în patrimoniul consumatorilor individuali care, fiind victimele unor clauze abuzive identice, practicate de către *același* profesionist, au mandatat asociația de consumatori să le reprezinte interesele în instanță.

Acțiunile în apărarea unui interes colectiv reprezintă o specie de acțiuni în justiție introduse de către o asociație de consumatori, în ipotezele în care o practică comercială este susceptibilă de a leza nu numai interesele unui consumator izolat, ci interese de grup, ale colectivității de consumatori care au apelat sau ar putea apela în viitor la contractarea aceluși tip de credit. Noțiunea de „interes colectiv” este situată la confluența dintre interesul individual al fiecărui consumator și interesul general al consumatorilor nediferențiați, ceea ce promovează asociațiile de consumatori printr-o asemenea acțiune reprezentând un „artificiu tehnic” plasat la granița dintre interesul social, al cetățenilor luați ca masă nediferențiată și interesul particular, al consumatorului concret lezat de una din practicile denunțate. În ipotezele în care același tip de clauză abuzivă este *susceptibilă* de a leza nu numai interesele unei persoane izolate, ci interese de grup, ale colectivității de consumatori, asociațiile de profil pot interveni în justiție pentru a bloca practicarea respectivului abuz, printr-o acțiune în apărarea unui interes colectiv.

Situațiile în care abuzul săvârșit de către profesionist (publicitate înșelătoare, de pildă ori majorări ale dobânzii fără indicarea modalităților concrete și previzibile de calcul) nu a prejudiciat în acest caz victime concrete, ci este doar *susceptibilă* de a genera un astfel de prejudiciu, riscul existenței unor victime potențiale fiind suficient în acest caz pentru admiterea acțiunii. La nivel probatoriu, asociației de consumatori reclamante i se solicită doar să probeze existența unei atingeri – efective sau potențiale – aduse unui interes legitim al consumatorilor, cu ocazia practicării unui act de consum, în sens larg. *Prejudiciul* invocat poate fi direct (i) sau indirect (ii), însă trebuie să fie unul distinct de cel suferit de un consumator concret, ca victimă a infracțiunii, întrucât asociația reclamantă promovează un *interes colectiv*, al masei consumatorilor, iar nu un interes individual concret, al unui consumator izolat⁵.

(V). Utilizarea acțiunilor de grup (acțiuni în co-reprezentare). Acestea reprezintă o specie de acțiuni în justiție care pot fi introduse de către o asociație de consumatori ori de către un grup de consumatori ca mandatar comun al unei societăți de avocatură, în ipoteza în care mai mulți consumatori au suferit un *prejudiciu individual* declanșat de o sursă comună, constând în fapta ilicită a aceluiași profesionist. Consumatorii ale căror interese au fost lezate prin aceeași clauză abuzivă, de către același profesionist pot încredința asociației de consumatori ori societății avocațiale un *mandat de reprezentare comună*, împuternicind-o să acționeze în justiție în numele lor, în vederea reparării prejudiciului. Acțiunile de grup se pot dovedi utile în ipotezele în care există o pluralitate de victime ale aceleiași practici ilicite⁶.

Spre deosebire de acțiunile în interes colectiv, discutate mai sus, în cazul cărora practica bancară denunțată are doar potențialul de a leza consumatorii prezenți sau viitori, fiind *susceptibilă* de a genera un prejudiciu, în cazul acțiunilor în co-reprezentare, este vorba despre o sumă de prejudicii individuale concrete, deja produse, pentru a căror reparare este mandatată o asociație de consumatori să acționeze în instanță în numele victimelor concrete.

Nereglementate expres în dreptul român al consumului, însă putând fi introduse în justiție, întrucât niciun principiu de drept nu se opune (*părțile putând desemna ca mandatar comun o asociație de consumatori*), acțiunile co-reprezentare au fost concepute în sisteme de drept ale unor state-membre ale Uniunii Europene, precum cel francez, de pildă, pe modelul așa-numitelor *class actions* existente în dreptul american și care oferă judecătorului posibilitatea de a se pronunța într-un singur litigiu, la inițiativa unei asociații de consumatori, asupra unei pluralități de dispute intervenite între mai mulți consumatori și același profesionist, în baza unor acte de consum similare.

Avantajul prezentat de acțiunile în co-reprezentare constă în a permite consumatorilor care au înregistrat un prejudiciu individual prin uzul aceleiași clauze bancare abuzive să se grupeze pentru a mandata o asociație de consumatori să susțină în justiție pretențiile lor (i). Totodată, acțiunile în co-reprezentare evită obținerea unor decizii judecătorești dispersate ori chiar contradictorii, în materia prejudiciilor generate de un fapt comun și care ar trebui judecate în același registru (ii). Acțiunile în co-reprezentare favorizează rolul punitiv și disuasiv al unei hotărâri judecătorești de condamnare în dreptul consumului, întrucât permite, printr-un singur gest judiciar, obligarea profesionistului la plata de daune-interese substanțiale (însușind valoarea tuturor prejudiciilor cauzate consumatorilor implicați), respectiv suprimarea clauzei

abuzive în toate contractele de credit implicate, cu reverberații economice și de imagine grave pentru pârât, în timp ce soluționarea individualizată a tuturor litigiilor fondate pe respectiva faptă nu numai că ar diminua impactul economic al rezolvării, dar ar presupune, în plus, o durată de timp mult mai mare (iii).

Pentru a fi admisibilă, acțiunea în co-reprezentare trebuie să se fondeze, în principiu, pe următoarele premise⁷: (1) mandatul de reprezentare procesuală să emane de la *persoane fizice identificabile nominal* și care să fi suferit un prejudiciu în calitate de consumatori, astfel cum este această noțiune definită prin lege; (2) prejudiciile individuale (materiale și/sau morale) să aibă o *origine comună*, cu antrenarea răspunderii – delictuale, contractuale ori extracontractuale – a aceleiași profesionist; (3) mandatul de reprezentare procesuală a asociației de consumatori agreeate să fie unul individual (acordat de fiecare consumator în parte, dintre cei reprezentați) și să îmbrace *forma scrisă*; este interzisă solicitarea unui atare mandat, de către asociația de consumatori, pe calea unui apel public televizat, radiofonic ori prin afișaj; (4) mandatul individual de reprezentare trebuie să aibă un obiect determinat (expres enunțat în cuprinsul acestuia) și să confere asociației puterea de a îndeplini toate actele de procedură necesare soluționării litigiului⁸.

(VI). Lista neagră vs. lista gri a clauzelor abuzive – implicații în materie de probațiune. Trebuie făcută precizarea că sintagme precum „lista gri”, respectiv „lista neagră” a clauzelor abuzive nu figurează ca atare în cuprinsul textelor legale în vigoare, aceste formule fiind opera doctrinei și a jurisprudenței. O a doua remarcă este necesară în privința cuprinsului Listei anexate la Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive: prezența unei clauze pe această listă nu are semnificația caracterului abuziv absolut, ci pentru fiecare dintre clauzele enumerate exemplificativ de legiuitor în cadrul listei, instanța de judecată fiind chemată să analizeze dacă are un caracter absolut abuziv (neputând fi edulcorată prin drepturi acordate contractual consumatorului) sau este o clauză potențial abuzivă, reprimarea sa depinzând de dovada dezechilibrului semnificativ concret (din punct de vedere juridic) instalat între părți.

În cazul clauzelor aflate pe „lista gri” – clauze potențial abuzive (relative) – rămâne posibilă „contrabalansarea” potestativității rezervate contractual pentru profesionist prin drepturi acordate consumatorului. În aceste ipoteze, instanța de judecată **se pronunță** asupra existenței clauzei abuzive, iar nu doar constată existența acestora. Din punct de vedere al regimului probelor, consumatorul trebuie să facă *dovada* existenței dezechilibrului semnificativ între drepturile și obligațiile părților (1), iar profesionistului i se permite răsturnarea prezumției (relative) de culpă / rea-credință (2). Dimpotrivă, în cazul clauzelor absolut abuzive, incluse pe „lista neagră”, instanța de judecată **constată** la cerere existența clauzei abuzive în cuprinsul unui text contractual, procedură în cadrul căreia nu se solicită consumatorului probarea existenței clauzei abuzive (caracterul abuziv al clauzei fiind prezumat în mod absolut), respectiv nu se admite proba bunei-credințe a profesionistului.

În ceea ce privește aprecierea existenței unui **dezechilibru semnificativ** între drepturile și obligațiile părților, este de remarcat faptul că acest dezechilibru nu trebuie înțeles drept unul „masiv”, „manifest”, „evident”, întrucât doar în anumite cazuri caracterul abuziv al clauzelor redactate de către profesioniști împrumută aspecte exorbitante, ostensibile.

Dimpotrivă, de cele mai multe ori, clauzele abuzive prezintă acest caracter doar în economia contractului (din perspectiva tuturor prestațiilor la care părțile se îndatorează), una și aceeași clauză putându-se dovedi abuzivă într-un contract concret, pentru a nu fi astfel într-un alt contract de consum, prin care consumatorului i-au fost recunoscute, de pildă, drepturi care să compenseze concesiile contractuale făcute profesionistului. Dezechilibrul semnificativ discutat este, în ultimă instanță, nu atât unul economic, cât unul *juridic*, decurgând din inegalitatea dintre drepturile și obligațiile părților. De exemplu, clauza care permite profesionistului *modificarea unilaterală ulterioară a prețului* serviciilor (de telefonie mobilă, internet, televiziune prin cablu etc.) prestate poate deveni licită în contractele în care, pentru situația majorării unilaterale a prețului, consumatorul are *dreptul denunțării unilaterale a contractului* într-un interval rezonabil de timp, rămânând a fi o clauză abuzivă în celelalte contracte în care un asemenea drept de retragere al consumatorului lipsește.

Tot astfel, o clauză prin care este suprimate posibilitatea consumatorului de a invoca *exceptio non adimpleti contractus*, cerându-i-se să procedeze la executare chiar și în ipoteza în care profesionistul nu-și execută obligațiile (i) ori clauza prin care consumatorul răspunde pentru neexecutarea obligațiilor asumate inclusiv în caz de forță majoră (ii) reprezintă stipulații contractuale *abuzive* în chip explicit. Dacă însă clauza în discuție nu afectează în întregime dreptul consumatorului la invocarea excepției de neexecutare, ci doar o limitează la anumite cazuri, impunând consumatorului să execute parțial contractul în ipoteza executării parțiale a prestației profesionistului, clauza are mari șanse (în economia contractului) de a nu fi considerată abuzivă, ci licită. Un alt exemplu: o clauză prin care profesionistul își rezervă dreptul de a rezilia unilateral și nemotivat contractul, în orice moment, este, incontestabil, abuzivă. Aceeași clauză se poate dovedi licită dacă, prin contract, i s-a rezervat consumatorului un drept de reziliere similar celui dobândit de profesionist. Amprenta clauzelor abuzive este dată în aceste cazuri de faptul că – dacă ar fi avut posibilitatea reală de a alege – consumatorul nu le-ar fi acceptat, iar mecanismul din care s-a născut reprimarea clauzelor abuzive este centrat pe ideea *prezervării libertății consimțământului consumatorului*. Există, astfel, „dezechilibru semnificativ” între prestații ori de câte ori, raportată la ansamblul stipulațiilor contractuale, respectiva clauză nu ar fi fost liber asumată de către consumator dacă ar fi fost în măsură să o negocieze. Prin definiție, clauzele abuzive sunt dispoziții contractuale marcate de *absența negocierii*, iar reprimarea lor se constituie într-o contrapondere la această absență a libertății consumatorului de a alege textul contractual.

Sancționarea caracterului abuziv al clauzelor contractului de consum, în varianta propusă de textul art. 6 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, modificată, are loc prin *anularea* (în principiu, parțială) a contractului sau prin *reputarea lor ca nescrise*; „clauzele abuzive (...) nu vor produce efecte asupra consumatorului”, după cum se exprimă legiuitorul în textul art. 6 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, modificată. În ipotezele în care clauzele abuzive nu pot fi desprinse în economia contractului de restul clauzelor, întrucât se referă la obligații și drepturi esențiale, fără de care contractul nu poate supraviețui, nulitatea (relativă a) clauzei abuzive va contamina întregul contract (nulitate totală).

Nulitatea relativă prezintă ca avantaj tradițional regimul juridic precis (sub aspectul prescripției extinctive, al posibilității confirmării și al titularilor dreptului la acțiune), în timp ce

reputarea clauzei ca nescrisă prezintă, la rândul său, avantajul de a conduce la menținerea contractului cu extirparea clauzei ilicite, fără investigarea raportului întreținut de aceasta cu restul clauzelor (în absența solicitării consumatorului în acest sens), ceea ce permite derularea raporturilor contractuale între profesionist și consumator.

Semnificative sunt modificările aduse dispozițiilor Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor, din unghiul *domenialității* noțiunii de clauză abuzivă. Astfel, conform textului modificat al art. 4 alin. (6), „evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu se asociază nici cu definirea obiectului principal al contractului, nici cu calitatea de a satisface cerințele de preț și de plată, pe de o parte, nici cu produsele și serviciile oferite în schimb, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil”; în alți termeni, cât timp consumatorul a putut lua la cunoștință despre cuantumul prețului și despre natura și conținutul serviciilor prestate, în baza unor clauze redactate astfel încât au fost facil de înțeles, acesta nu se poate plânge, la adăpostul mecanismului de reprimare a clauzelor abuzive, de costurile prea mari ale contractului, asumate în mod deliberat; de altfel, comercianții sunt titulari ai libertății de fixare a prețurilor, cât timp o fac în mod transparent și într-un limbaj ușor inteligibil în cuprinsul ofertei, mecanismul de reprimare a clauzelor abuzive neputând fi distorsionat încât să permită consumatorului să solicite desființarea unui contract pentru motive ținând de valoarea prețului fixat inițial și acceptat în cunoștință de cauză.

(VII). Dezechilibrul judiciar (procesual). Chiar și extinsă asupra actelor de dispoziție ale majorilor, prin textele Noului Cod civil, *leziunea* este concepută pentru a se aplica particularilor, în contractele civile (și, ca drept comun, contractelor comerciale), dezechilibrul fiind unul patrimonial, semnificativ și care se apreciază în raport cu *momentul încheierii contractului*; or, adesea, clauzele abuzive vor genera inegalități posterior încheierii contractului; de exemplu, o *clauză compromisorie*, care poate face arbitrajul nesustenabil financiar pentru consumator. Un alt exemplu este cel al majorării unilaterale a prețului serviciilor în baza unui drept rezervat unilateral pentru profesionist ori al dobândirii asociate creditului, deși la momentul încheierii actului nu a existat un dezechilibru semnificativ între prestații. Pe de altă parte, leziunea poate fi invocată numai în cazurile de situare a dezechilibrului semnificativ dintre prestația primită dincolo de 50% din valoarea propriei prestații, în vreme ce o atare condiție nu este necesară în cazul clauzelor abuzive, unde dezechilibrul poate rămâne sub 50% fără ca acțiunea consumatorului în justiție să fie blocată din acest motiv.

În plus, trebuie amintită sfera materială mult mai restrânsă a leziunii, întrucât numeroase situații practice de prezentă a clauzelor abuzive nu vor ridica problema unei diferențe valorice de peste 50% între prestațiile reciproce. De pildă, inserarea unei clauze compromisorii în contractul de credit, obligând astfel consumatorul ca, mai înaintea apariției oricărui litigiu, să convină înlăturarea competenței instanțelor statale în favoarea unora arbitrale; acest dezechilibru nu se va putea rezolva pe terenul leziunii, cu care nu are nimic în comun (consumatorul neinvocând o disproporție financiară nejustificată între prestații la momentul încheierii contractului).

Arbitrabilitatea litigiului (în dreptul consumului) reprezintă aptitudinea unui litigiu dintre consumatori și profesioniști de a fi supus judecării arbitrale, de a face obiectul unui arbitraj; sustragerea litigiului de sub competența instanțelor statale are loc prin încheierea unei convenții arbitrale. Sunt, în principiu, arbitrabile drepturile asupra cărora părțile au libertatea de a dispune, fiind excluse: (a) materiile care vizează în mod direct ordinea publică (inclusiv implicațiile săvârșirii unei infracțiuni penale); (b) litigiile relative la starea civilă și capacitatea persoanelor (filiație, căsătorie, divorț, numele persoanei, naționalitate și cetățenie ș.a.); (c) drepturile cu caracter extrapatrimonial în general; (d) materiile excluse în mod expres prin lege. Clauza compromisorie este o varietate a convenției de arbitraj prin care părțile se obligă să supună eventualele lor *litigii viitoare* unei instanțe arbitrale, înlăturând astfel competența instanțelor statale.

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

Pentru aceste rațiuni, clauza compromisorie este considerată *clauză abuzivă* și este lovită de *nulitate relativă* (de protecție) în contractele încheiate între profesioniști și consumatori, spre deosebire de *compromis*, care reprezintă o convenție de arbitraj încheiată posterior survenienței motivului concret de litigiu și care este licit inclusiv în contractele încheiate între profesioniști și consumatori⁹.

În contractele încheiate cu consumatorii, clauza compromisorie este nulă prin obiectul său (renunțarea anticipată la o viitoare acțiune în justiție contra profesionistului, fără a cunoaște natura acestei acțiuni), iar nu numai prin natura sa abuzivă (imposibilitatea negocierii, crearea unui dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților, contrar cerințelor bune-credințe ș.a). Potrivit lit. l) din Lista clauzelor considerate a fi abuzive anexată Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive în contractele încheiate între comercianți și consumatori, sunt considerate a fi abuzive, până la proba contrarie, cu toate consecințele atrase de o atare calificare, prevederile contractuale care „exclud dreptul consumatorului de a întreprinde o acțiune legală sau de a exercita un alt remediu legal, solicitându-i în același timp rezolvarea disputelor în special prin arbitraj”.

Compromisul, pe de altă parte, este o varietate a convenției de arbitraj prin care părțile se obligă să supună litigiul ivit între ele unei judecări arbitrale, înlăturând convențional competența instanțelor statale. Spre deosebire de *clauza compromisorie*, compromisul se încheie posterior survenienței motivului concret de litigiu, ceea ce implică consimțirea consumatorului în cunoștință de cauză. În contractele încheiate între profesioniștii serviciilor bancare și consumatori, compromisul este valabil, în principiu, fiind supus acelorași condiții de fond precum cele aplicabile formării contractelor în general; recurgerea părților la arbitraj a fost uneori expres menționată de legiuitor ca fiind permisă; de pildă, conform art. 20 din Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic, modificată, furnizorii de servicii și destinatarii acestor servicii pot supune litigiile născute între ei arbitrajului, în condițiile prevăzute de lege, precum și celorlalte căi extrajudiciare de soluționare a litigiilor, prevăzute de codurile de conduită incidente în materia comerțului electronic¹⁰.

În dreptul român al consumului „lista neagră” a clauzelor abuzive (al căror caracter abuziv este prezumat în mod irefragabil) nu este unică sau unitară, ci este formată din dispoziții izolate și disparate, prezente în textul diferitor acte normative care fac trimitere la anumite clauze interzise în mod absolut în contractele încheiate cu consumatorii. De pildă, o parte dintre clauzele enumerate în Anexa la Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive reprezintă o „listă gri”, cu potențial abuziv (depinzând de proba contrară), iar cealaltă parte a exemplurilor incluse în Anexă reprezintă o adevărată „listă neagră”, de clauze invariabil abuzive (care exclud posibilitatea ameliorării contractuale a poziției juridice a consumatorului confruntat cu o asemenea clauză). Legiuitorul nu avertizează asupra caracterului „gri” sau „negru” al fragmentelor de listă, revenind judecătorilor și juriștilor în general misiunea de a le delimita în cazuri concrete sau generice, în funcțiile de criteriile legale¹¹.

Pe „lista neagră” de clauze prohibite în mod invariabil, fără a se solicita dovada absenței negocierii cu consumatorul ori a creării unui dezechilibru semnificativ între prestațiile reciproce ale părților se află anumite clauze interzise în contractele de credit încheiate cu consumatorii, conform dispozițiilor O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori. Conform art. 35 alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010,

(i) se interzice perceperea unui *comision de depunere numerar pentru plata ratelor la credit*, indiferent dacă depunerea se efectuează de către titular sau de către o altă persoană”;

(ii) se interzice perceperea unui *comision de retragere pentru sumele trase din credit*; costurilor aferente *contului curent* nu le sunt aplicabile obligațiile prevăzute la alin. (1) lit. a), însă aceste costuri „trebuie să corespundă costurilor efective ale creditorului, să se limiteze la acoperirea acestora și să nu conducă la obținerea de venituri suplimentare pentru acesta”.

Alte clauze abuzive interzise în contractele de credit încheiate cu consumatorii (aflate pe „lista neagră” a clauzelor abuzive) sunt cele enumerate în textul alin. (4) al art. 40 din O.U.G. nr. 50/2010, fiind vorba despre dispoziții contractuale prin care se aduce atingere, direct sau indirect, **dreptului consumatorului de a formula plângeri** adresate Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor (ANPC) ori instanțelor de judecată, sub pretextul încălcării unei **clauze de confidențialitate** ori al **afectării (inerente a) reputației băncii** pârâte¹². Sunt, deci, lovite de nulitate clauzele prin care: „(i) consumatorul este obligat să păstreze confidențialitatea prevederilor și a condițiilor contractuale; (ii) creditorul poate rezilia sau denunța unilateral contractul ori poate penaliza consumatorul în cazul afectării reputației creditorului”. În aceste cazuri, nulitatea clauzei este atrasă de două resorturi: îngrădirea liberului acces la justiție (drept garantat constituțional) și timorarea consumatorului în a antrena remedii juridice în derularea raporturilor contractuale de credit, sub amenințarea cu plata de despăgubiri

(VIII). Clauze cu potențial abuziv (clauze abuzive relative). Pe de altă parte, sunt considerate a fi clauze abuzive *până la proba contrarie („Lista gri”)*, conform enumerării din Anexa la Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, cu modificările ulterioare, prevederile contractuale care, de exemplu:

(1) dau dreptul profesionistului de a modifica unilateral clauzele contractului, fără a avea un motiv întemeiat care să fie precizat în contract – clauza devine licită prin precizarea în cuprinsul contractului de repere obiective justificatoare ale modificărilor ulterioare (de

exemplu, în cazul convențiilor de credit, clauza care autorizează profesionistul bancar să majoreze ulterior dobânda, indicând în contract în mod clar și neechivoc, indicii financiari obiectivi în funcție de care va fi practică eventuala majorare);

(2) obligă consumatorul să se supună unor condiții contractuale despre care nu a avut posibilitatea reală să ia cunoștință la data semnării contractului – clauza devine licită prin asigurarea informării consumatorului de către profesionist asupra condițiilor contractuale în discuție; în schimb, este abuzivă clauza prin care se stipulează că clientul se obligă să respecte condițiile generale de contractare ale băncii „X”, iar aceste condiții sunt disponibile spre consultare numai la sediul central al băncii / la cererea expresă a consumatorului;

(3) dau dreptul profesionistului să prelungească automat un contract încheiat pentru o perioadă determinată, prin acordul tacit al consumatorului, dacă perioada limită la care acesta putea să își exprime opțiunea a fost insuficientă – clauza devine licită prin stipularea unei perioade rezonabile pentru exercițiul opțiunii consumatorului;

(4) dau dreptul profesionistului să modifice unilateral, fără acordul consumatorului, clauzele privind caracteristicile produselor și serviciilor care urmează să fie furnizate sori termenul de executare a unui serviciu – clauza devine licită prin stipularea unui drept de denunțare unilaterală a contractului în favoarea consumatorului;

(5) dau dreptul profesionistului să anuleze contractul în mod unilateral, fără să prevadă același drept și pentru consumator.

Clauza contractuală care conferă **dreptul băncii de a modifica unilateral clauzele contractului** fără încheierea unui act adițional cu consumatorul este o clauză abuzivă în sine (cu excepția modificărilor impuse de legislație). Ne semnarea de către consumator a **actelor adiționale** prevăzute la alin. (1) este considerată acceptare tacită numai în cazul modificărilor contractului impuse prin legislație; în acest caz, este interzisă introducerea de către bancă în actele adiționale a altor prevederi decât cele impuse prin dispozițiile imperative ale legii, sub sancțiunea nulității de drept a clauzelor suplimentare astfel introduse.

Conform art. 1 alin. (1) din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, modificată, orice contract încheiat între profesioniști și consumatori pentru vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii va cuprinde clauze contractuale clare, fără echivoc, pentru înțelegerea cărora nu sunt necesare cunoștințe de specialitate. În caz de dubiu asupra interpretării unor clauze contractuale, acestea vor fi **interpretate în favoarea consumatorului** [art. 1 alin. (2)]. Intră sub incidența prevederilor Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, modificată, toate contractele încheiate între profesioniști și consumatori, conținând clauze care nu au putut fi negociate direct, inclusiv contractele consemnate în înscrisuri precum: certificatele de garanție, bonurile de comandă, facturile, borderourile sau bonurile de livrare, biletele, tichetele care conțin stipulări sau referiri la condiții generale prestabilite. Faptul că anumite aspecte ale clauzelor contractuale sau numai una dintre clauze a fost negociată direct cu consumatorul nu exclude aplicarea prevederilor legii citate pentru restul contractului, în cazul în care o evaluare globală a contractului evidențiază că acesta a fost prestabilit unilateral de comerciant. Dacă un comerciant pretinde că o clauză standard a fost negociată direct cu consumatorul, comerciantului îi *incumbă sarcina probei negocierii clauzei cu consumatorul* [art. 4 alin. (3) din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive]; de altfel, în materia contractelor

Încheiate între profesioniști și consumatori, este incidentă prezumția relativă a relei-credințe a profesionistului, acestuia revenindu-i misiunea de a se dezvinovăți prin dovezile prezentate instanței de judecată.

Totodată, în cazul *contractelor standard* comerciantul are obligația să remită, la cerere, oricărei persoane interesate, un exemplar din contractul pe care îl propune în mod obișnuit spre încheiere consumatorilor (art. 5 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, modificată).

Sub aspectul sancțiunii aplicabile, conform art. 6 și 7 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, modificată, clauzele abuzive cuprinse în contract și constatate ca atare fie personal, fie prin intermediul organelor abilitate prin lege nu vor produce efecte asupra consumatorului, iar contractul se va derula în continuare, cu acordul consumatorului, numai dacă, după eliminarea acestora, raporturile contractuale mai pot continua; în măsura în care contractul nu mai poate produce efecte după înlăturarea clauzei abuzive, consumatorul este îndreptățit să ceară rezilierea contractului, putând solicita, după caz, și daune-interese. Controlul respectării dispozițiilor legii citate intră în competența reprezentanților ANPC, care efectuează verificări în acest sens, fie la sesizarea persoanelor prejudiciate, fie din oficiu. Potrivit art. 10 din lege, comercianții au obligația de a prezenta organelor de control, în original, contractele încheiate cu consumatorii. Instanța de judecată, în cazul în care constată existența clauze abuzive în contract, aplică sancțiunea contravențională conform art. 15 din lege și dispune, sub sancțiunea daunelor-interese, modificarea clauzelor contractuale de către comerciant, în măsura în care contractul rămâne în ființă sau, după caz, desființarea aceluși contract, cu sau fără daune-interese acordate consumatorului.

Pentru identificarea unei clauze abuzive, sunt determinante: **lipsa negocierii** directe între profesionist și consumator (1), **încălcarea bunei-credințe** de către profesionist (2) și existența unui **dezechilibru semnificativ** între drepturile și obligațiile părților contractului de consum (3). O clauză abuzivă prezintă pe „lista neagră”, a clauzelor interzise în mod absolut scutește consumatorul de dovada dezechilibrului semnificativ, instanța constatând existența clauzei abuzive și extirpând-o din textul contractual. „Reputarea clauzei abuzive ca nescrisă” este o sancțiune adecvată, întrucât permite **menținerea relațiilor contractuale** (ceea ce, de regulă, este în interesul consumatorului), reechilibrându-le.

Definiția legală a clauzelor abuzive surprinde faptul că, în economia acestora, sunt simultan determinante lipsa negocierii directe a stipulației contractuale în cauză, încălcarea bunei-credințe de către profesionist și existența unui dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților. În ipotezele în care clauzele abuzive nu pot fi desprinse în economia contractului de restul clauzelor, întrucât se referă la obligații și drepturi esențiale, fără de care contractul nu poate supraviețui, nulitatea (relativă a) clauzei abuzive va contamina întregul contract (nulitate totală).

Criteriul bunei-credințe aplicat profesionistului are rolul de a completa criteriul dezechilibrului semnificativ și de a preîntâmpina riscul evaluării mecanice, de către instanța de judecată, a disproporției dintre prerogativele juridice ale părților (dintre drepturile și obligațiile contractuale reciproce ale acestora), astfel încât evaluarea caracterului abuziv al clauzelor să implice analizarea tuturor circumstanțelor relevante ale încheierii contractului.

(IX) Concluzii. Numeroase clauze propuse consumatorilor în contractele de adeziune nu ridică problema unui dezechilibru patrimonial în detrimentul consumatorilor, ci pe cea a dezechilibrului procesual și judiciar; este cazul clauzelor de confidențialitate (i), al clauzelor compromisorii (ii), al clauzelor atributive de competență (iii) etc. și care nu pot fi anulate pe suportul condițiilor leziunii, însă pot fi considerate nule în condițiile de reprimare a clauzelor abuzive, pentru rațiuni ce țin de crearea unui dezechilibru judiciar, procesual.

În ceea ce privește criteriile de apreciere a existenței unui „dezechilibru semnificativ” între drepturile și obligațiile părților, este de remarcat faptul că acesta nu trebuie înțeles drept un dezechilibru „masiv”, „manifest”, „evident”; foarte rar, caracterul abuziv al clauzelor redactate de către profesioniști împrumută aspecte exorbitante, ostensibile. Dimpotrivă, de cele mai multe ori, clauzele abuzive prezintă acest caracter doar în economia contractului (din perspectiva tuturor prestațiilor la care părțile se îndatorează), una și aceeași clauză putându-se dovedi abuzivă într-un contract concret, pentru a nu fi astfel într-un alt contract de consum, prin care consumatorului i-au fost recunoscute, de pildă, drepturi care să compenseze concesiile contractuale făcute profesionistului.

În plus, trebuie amintită sfera materială mult mai restrânsă a leziunii, întrucât numeroase situații practice de prezență a clauzelor abuzive nu vor ridica problema unei diferențe valorice de peste 50% între prestațiile reciproce. De pildă, inserarea unei clauze compromisorii în contractul de credit, obligând astfel consumatorul ca, mai înaintea apariției oricărui litigiu, să convină înlăturarea competenței instanțelor statale în favoarea unora arbitrale; acest dezechilibru nu se va putea rezolva pe terenul leziunii, cu care nu are nimic în comun (consumatorul neinvocând o disproporție financiară nejustificată între prestații la momentul încheierii contractului).

* Lector dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca; juanitag@law.ubbcluj.ro.

¹ A se consulta J. Calais-Auloy, *Fr. Steinmetz, Droit de la consommation*, 5e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 185-208; Y. Picod, H. Davo, *Droit de la consommation*, Ed. Armand Colin, Paris, 2005, p. 139-156; S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, Paris, 2008, p. 342-368; M. Zachariasiewicz, Recent Developments in European Private Law: The Influence of European Consumer Law on National Legal Systems, în *European Review of Private Law*, Vol. 19, Issue 3-4/2011, p. 471-480; W.H. Van Boom, M. Loos, Effective Enforcement of Consumer Law in Europe: Synchronizing Private, Public, and Collective Mechanisms, în Erasmus University of Rotterdam (EUR) - Erasmus School of Law and University of Amsterdam - Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) *Working Papers*, 2008, p. 2-16; W.H. Van Boom, The Draft Directive on Consumer Rights: Choices Made and Arguments Used, *Journal of Contemporary European Research*, vol. 5/2009, Issue 3, p. 452-464; B. Sandvik, The Battle for the Consumer: On the Relation between the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the EU Directives on Consumer Sales, în *European Review of Private Law*, Vol. 20, Issue 4/2012, p. 1097-1118; G. Poissonier, Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation, în Le Dalloz 2006, Chroniques, p. 370; G. Poissonier, Panorama des clauses abusives en droit français du crédit à la consommation, în *Revue européenne de droit de la consommation* 1/2006, p. 171.

- ² A se consulta pentru detalii *P. Vasilescu*, Drept civil. Obligații în reglementarea Noului Cod civil, Hamangiu, București, 2012, p. 350-355; *D. Chirică*, Leziunea – între reglementarea vechiului și noului Cod civil, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Iurisprudentia* nr. 4/2013; *A. Tamba*, Leziunea în contextul Noului Cod civil. Câteva considerații, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Iurisprudentia* nr. 3/2011.
- ³ A se vedea *G. Alpa*, I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio, în *Rivista di diritto civile – Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?* 2006, p. 351-358.
- ⁴ A se consulta pentru detalii *S. Piedelièvre*, Droit de la consommation, *cit. supra*, p. 342.
- ⁵ Sancțiunile care pot fi dispuse de către instanța de judecată, cu titlu principal sau complementar, în urma admiterii acțiunii sunt: (1) *condamnarea profesionistului vinovat la plata de daune-interese*, pentru acoperirea prejudiciului colectiv; sumele acordate cu titlu de despăgubiri intră în patrimoniul asociației de consumatori reclamante, care le va folosi în viitoarele acțiuni de promovare a drepturilor consumatorilor; (2) *obligarea pârâtului la rambursarea cheltuielilor procesuale* întreprinse de asociația de consumatori reclamantă (inclusiv a celor care nu sunt cuprinse în cuantumul taxelor procesuale, precum onorariul avocatului); în dreptul român al consumului, acțiunile în ocrotirea unui interes colectiv al consumatorilor sunt *scutite de taxa de timbru* (aspect reținut expres, în privința asociațiilor de consumatori, de textul art. 47 din O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, modificată prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor); rămâne relevantă însă rambursarea de către profesionistul pârât, în cazul admiterii acțiunii, a cheltuielilor presupuse de plata onorariului avocaților; (3) *încetarea de către pârât a activității ilicite*, reclamanta putând solicita instanței să-l oblige pe pârât să înceteze practicarea în viitor a activității comerciale ilicite, sub presiunea amenzii cominatorii pentru fiecare zi de întârziere; (4) *obligarea pârâtului la difuzarea publică a hotărârii judecătorești de condamnare, pe cheltuiala sa* – pedeapsă accesorie ce poate fi pronunțată complementar condamnării la plata de daune-interese, calea de difuzare fiind aleasă în funcție de pertinenta acesteia (publicarea unui comunicat în presa scrisă, difuzarea unui comunicat televizat ori a unui audiofonon, reproducerea literală în presă a deciziei instanței, afișaj ș.a.); metoda poate avea efecte disuasive importante, dat fiind impactul său asupra reputației comerciale a băncii pârâte.
- ⁶ De cele mai multe ori, în practică, acțiunile în co-reprezentare sunt utilizate de victimele neîndeplinirii obligației de securitate incumbând producătorilor / prestatorilor de servicii, care mandatează o asociație de consumatori pentru a-i reprezenta în instanță, conexând astfel cauzele. De pildă, victimele aceluiași accident aviatic pot mandata o asociație de consumatori să le susțină în instanță, într-un unic proces, interesele în raporturile cu compania aviatică, în vederea obținerii de despăgubiri; victimele consumului unui medicament pot mandata asociația de consumatori să-i reprezinte în instanță contra companiei farmaceutice producătoare ș.a. Același tipar procesual poate fi folosit și în cauzele privitoare la contractele de credit propuse uzual de o bancă mai multor consumatori și conținând clauze abuzive identice.
- ⁷ Schițate pretorian, în practica judiciară, îndeosebi franceză, a se vedea *J. Calais-Auloy, F. Steinmetz*, Droit de la consommation, *cit. supra*, p. 576-583.
- ⁸ Acțiunea în co-reprezentare fi introdusă, în dreptul francez, atât într-o instanță civilă, cât și într-una penală, prin constituirea ca parte civilă.
- ⁹ A se consulta *Y. Picod, H. Davo*, op. cit., p. 139-156; *S. Piedelièvre*, Droit de la consommation, *cit. supra*, p. 342-368.
- ¹⁰ Sub aspectul formei, încheierea compromisului poate avea loc numai în formă scrisă (fie în varianta înscrisului sub semnătură privată, fie în cea a înscrisului autentic; compromisul poate fi încheiat și prin

utilizarea unei tehnici de comunicare la distanță, profesionistul fiind obligat să pună la dispoziția consumatorului datele relative la încheierea compromisului pe un suport durabil, care să permită stocarea acestora). A se consulta și C. Florescu, *Condițiile de formă ale convenției arbitrale*, Revista Română de Arbitraj nr. 1/2012, p. 23-38; R. B. Bobei, *Proceduri arbitrale – perspective multiple (Regulile de arbitraj UNCITRAL (2010), Regulile de arbitraj CCI Paris, Regulile austriece de arbitraj, Regulile poloneze de arbitraj, Regulile române de arbitraj)*, Revista Română de Arbitraj nr. 1/2012, p. 38-56; D. Roebuck, *Metode alternative de soluționare a disputelor în mediul de afaceri: teme de cercetare*, Revista Română de Arbitraj nr. 3/2012, p. 29-36).

- ¹¹ J. Calais-Auloy, Fr. Steinmetz, *op. cit.*, p. 185-208 ; Y. Picod, H. Davo, *op. cit.*, p. 139-156; S. Piedelièvre, *op. cit.*, p. 342-368). În dreptul francez, este reglementată existența unei *Comisii a clauzelor abuzive*, care funcționează ca organism administrativ format din 13 membrii (paritatea de voturi este evitată prin prezența a 3 practicieni și 2 teoreticieni): 3 magistrați; 2 specialiști reputați (profesori universitari, personalități recunoscute în domeniu); 4 reprezentanți ai profesioniștilor din domeniul; 4 reprezentanți ai asociațiilor de consumatori. Deciziile Comisiei au caracter de recomandare, fiind consultative, însă există tradiția ralierei instanțelor de judecată la opiniile avizate ale membrilor Comisiei.
- ¹² Orice plângere adresată de consumatori organelor statale în executarea contractelor încheiate cu profesioniștii este de natură să afecteze reputația comercianților / prestatorilor de servicii, însă o bună reputație comercială se construiește prin relații contractuale loiale, iar nu prin antrenarea de penalități contra consumatorilor nemulțumiți. În plus, o asemenea clauză este de natură să restrângă dreptul constituțional de a se adresa justiției. Tot astfel, limitarea dreptului consumatorului de a se adresa justiției sub sancțiunea plății de daune-interese este de natură să rupă echilibrul dintre drepturile procesuale ale părților. Pentru sancționarea clauzei ca abuzivă este suficient ca aceasta să aibă potențialul de a limita liberul acces la justiție al consumatorului; caracterul temeinic sau nu al plângerii face obiectul analizei instanțelor fondului.

ACCES LA JUSTIȚIE ȘI DREPTURI POLITICE ÎN CONTEXTUL DIZABILITĂȚII¹

Dorin JOREA*

Abstract: Access To Justice And Political Participation In The Context Of Disability. This report portrays the discussions from the 6th International disability law Summer School held in Galway, Ireland. It can stand both as an introduction in the field of disability law and as a rich source of information, a leading ramp concerning it's approached issues.

The main goal of the rapport is to bring attention on the right to access justice and to participate in the political life for persons with disabilities in Romania in the lights of the International Convention on rights of persons with disabilities.

There are no such things as disability rights, there are only human rights translated in the context of disability. The obligations of the State parties to the Convention follow the new way of approaching disability: inclusion and recognition without discrimination for all people. This new way demands the rediscovery of the self, the empowerment of the person, and encouragement of the self to exit its internal forum and to be recognised as a participant in the external forum of the society. And this can only be done by recognising all human rights to persons with disabilities.

The main international instrument that is used in this context approaches the rights to access justice and to participate politically in the broader context of the right to legal capacity which stands as a sine qua non condition for the existence and recognition of all the other rights.

At first, the paper will lay out the historic context of the Convention. Further, the discussions will follow the importance of the concept of legal capacity. The different contexts in which the right to access justice must be recognised and enforced for persons with disabilities and the political participation of those persons will constitute the next part of the discussions. Finally, the importance of the civil society direct participation and commitment in the process of monitoring the Convention will be analysed. Last but not least, the concept of strategic litigation will give form to the final part of this rapport.

Keywords: legal personality ; legal capacity ; disability ; International Convention on the Rights of Persons with Disabilities ; access to justice ; political participation

Résumé : Accès à la justice et droit de participation au processus politique dans le contexte du handicap. Ce rapport présente les discussions de la 6^{ème} Ecole de droit international de la déshabilité qui a eu lieu à Galway, en Irlande. Elle peut servir aussi comme une introduction dans le domaine du droit de la déshabilité que comme une riche source d'information, une rampe de lancement aux matières traitées dans ce rapport.

L'objectif principal de ce rapport est d'attirer l'attention sur le droit à l'accès à la justice et à la participation à la vie politique des personnes handicapées en Roumanie, dans le contexte de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.

Il n'y a pas de telle chose comme droits de la déshabilité, Il n'y a que des droits humains traduits dans le contexte de la déshabilité. Les obligations des Etats parties à la Convention suivent la nouvelle façon d'aborder la déshabilité: l'inclusion et la reconnaissance sans discrimination pour tous les hommes. Cette nouvelle façon réclame la redécouverte de soi, l'habilitation de la personne et l'encouragement de soi à quitter son for interne et d'être reconnu comme un participant dans le for externe de la société. Et cela ne peut se faire que en reconnaissant tous les droits de l'homme aux personnes handicapées. Le principal instrument international qui est utilisé dans cette contexte, approche les droits d'accès à la justice et de participation à la vie politique dans la contexte plus large du droit à la capacité juridique qui se présente comme une condition sine qua non pour l'existence de la reconnaissance de tous les autres droits.

Au début, le rapport va décrire le contexte historique de la Convection. En outre, les discussions vont suivre l'importance de la notion de capacité juridique. Les différents contextes dans lesquelles le droit d'accès à la justice doit être reconnu et appliqué aux personnes handicapées et la participation à la vie politique de ces personnes vont constituer la prochaine part du rapport. Enfin, l'importance de la participation et l'engagement de la société civile dans le processus de suivi de la Convention sera analysé. Sans oublier, la méthode de procès stratégiques forme la dernière partie du présent rapport.

Mot clés : *personnalité juridique ; capacité juridique ; déshabilité ; Convention relative aux droits des personnes handicapées ; accès à la justice ; participation à la vie politique*

În Galway, *Centre for Disability Law and Policy* din cadrul Universității Naționale a Irlandei (NUI) a organizat în iunie 2014, ce-a de-a VI-a ediție a Școlii de Vară internaționale² privind înțelegerea, implementarea și monitorizarea Convenției Națiunilor Unite privind drepturile persoanelor cu dizabilități³.

Două teme centrale au conturat discuțiile: *accesul la justiție și participarea politică* a persoanelor cu dizabilități în lumina instrumentelor internaționale și naționale.

Prezentul *raport* va urmări discuțiile purtate pentru a aduce în atenția juriștilor români importanța aprofundării unui domeniu prea puțin cunoscut – drepturile persoanelor cu dizabilități. Discuțiile, redate cu fidelitate lingvistică dar și teoretică vor fi acompaniate acolo unde considerăm necesar, cu trimiteri bibliografice suplimentare și cu propriile comentarii.

1. Introducere

1.1. Discursul introductiv

Prof. Dr. Gerard Quinn⁴ a deschis Școala de Vară prin prezentarea situației irlandeze: stat ce trece printr-un proces de tranziție în multe domenii dar în special în domeniul dreptului dizabilității. Stat mic și subpopulat, cu o sumbră experiență asupra tratamentului persoanelor cu dizabilități – cu rădăcini în vechea legislație victoriană, Irlanda a avut în anii '50, la nivel mondial, cel mai mare număr de persoane internate în ospicii. Această realitate era acompaniată de un sistem de instituționalizare a persoanelor cu deficiențe intelectuale și de un

sistem de asigurări sociale precar. O foarte accentuată perspectivă medicală asupra dizabilității, cu instituții (service providers) specializate, contribuiau la acest spectacol perfid. Reacțiile împotriva sistemului au apărut în anii '60 și au avut ca sursă familiile celor afectați de dizabilități. Acestora li s-a alăturat în anii '90 munca unei Comisii guvernamentale menite să examineze *Regulile Standard ale Națiunilor Unite privind egalitatea de șanse pentru persoanele cu dizabilități*⁵. Deși munca acestei comisii, ce avea în majoritate ca membri, persoane cu dizabilități, a reprezentat matricea cercetărilor ulterioare și a dorinței de schimbare, la momentul respectiv nu a produs nici un efect. Asupra acestui eșec, DI Quinn a concluzionat: "Nu este suficient să ai cercetarea, să ai un raport bine întocmit al unei comisii, trebuie să ai mijloacele necesare pentru a o pune în acțiune în cadrul procesului politic." Alături de cercetătorii britanici și suedezi, irlandezii au efectuat munca de pionierat în implementarea legislației anti-discriminare în anii '90. Întreg efortul din aria dizabilității nu a fost totuși urmat de jurisprudența Curții Supreme irlandeze din acea perioadă. La începutul anilor 2000 Guvernul irlandez a dorit o centralizare a legislației existente sub stindardul egalității.

Provocări contemporane: după 150 de ani, Irlanda este pe punctul de a schimba legislația victoriană asupra capacității legale *plenary guardianship* (tutelă totală t.n. J.D.) – o legislație a morții civile, cea mai neagră la nivel european (n.a. G.Q.), cu una ce a adoptat sistemul de *assistant decision making* – asistarea în luarea deciziilor – o legislație de pionierat.⁶

Altă provocare o reprezintă aspectul economic al problematicii, al aderării la un nou trend, cel al personalizării serviciilor oferite. Conform profesorului Quinn, Irlanda cheltuie sume enorme în domeniul dizabilității dar în direcții și pe lucruri greșite de aceea efortul este axat pe regândirea serviciilor prestate în așa fel încât serviciile să-i servească cu adevărat persoanei și nu comodității ori interesului prestatorului de servicii.

De asemenea, serviciile sociale din Irlanda creează situații capcană pentru persoanele cu dizabilități care se trezesc forțate să se însărească în cursul accesării acestora. Serviciile sociale împing astfel persoanele spre marginalizare socială și nu ating scopul primar: acela de a permite persoanei să ocupe un loc în comunitate. O politică care să evite capcanele sărăciei și ale însăririi și care să confere persoanelor cu dizabilități dreptul de a duce viața pe care și-o doresc în sânul comunității din care provin este o politică de dorit.

Un aspect central care merită subliniat este însă că întreaga politică legislativă din Irlanda se situează în trendul și contextul evoluției politicii legislative și a legislației Europene. Profesorul Quinn a subliniat „*Irish law is local government law within the European Union*”. Accentul a căzut apoi pe ratificarea Convenției de către Uniunea Europeană și pe politica de gestionare a fondurilor europene înspre ajutorarea guvernelor în procesul tranziției dinspre trecut spre viitor (spre *assisted decision making* s.n. D.J.) iar nu înapoi spre instituționalizarea pacienților.

În final DI Quinn a amintit un fapt important: Irlanda nu a ratificat încă Convenția Națiunilor Unite privind drepturile persoanelor cu dizabilități, încadrându-se astfel printre ultimele trei state europene care încă nu au ratificat instrumentul internațional, având momentan de depășit un ultim impediment: adoptarea "*Assisted Decision-Making (Capacity) Bill*"⁷ – legislația irlandeză privind capacitatea legală.

1.2. Scopul școlii de vară

Dna Eilionóir Flynn⁸ a prezentat scopul școlii de vară și înțelesul pe care organizatorii îl acordă noțiunilor de *acces la justiție și participare politică*.

Astfel, în opinia acesteia, prin *access to justice* nu trebuie să înțelegem doar dreptul de a formula o plângere ori de a te apăra în fața unei instanțe ori de a fi tratat cu demnitate în sistemul judiciar indiferent de calitatea purtată de pârât-victimă ori reclamant. Trebuie să privim imaginea de ansamblu asupra a ce înseamnă acces la justiție și justiția în general: ce înseamnă just în interacțiunea interumană, rolul indivizilor, comunităților, organizațiilor și al Statului și cum ar trebui de fapt să arate aceste roluri pentru atingerea unei lumi drepte pentru toți, inclusiv pentru oamenii cu dizabilități.

În ceea ce privește dreptul la participare politică, dincolo de dreptul de a vota și de a candida pentru alegeri, s-a dorit ca participanții să își lărgescă sfera de înțelegere a noțiunii de politică și participare politică prin abordarea problematicilor precum dreptul la acțiune directă (în sensul teoriei politice n.n. D.J.), protest, *lobbying*, liberă asociere, crearea alianțelor în cadrul societății civile, militarea pentru reformă sau tragerea la răspundere a celor ce au capacitatea de a decide politic.

Săptămâna de lucru a fost structurată sistemic:

I. Prima zi a fost dedicată prezentării muncii depuse în vederea creării și negocierii Convenției Națiunilor Unite privind dreptul persoanelor cu dizabilități, ce rol ocupă aceasta și cum poate fi utilizată.

II. A doua zi a fost dedicată Introducerii cu privire la drepturi fundamentale: dreptul de a fi luat în considerare și dreptul de a alege: „*Voice and Choice*”, introducere cu privire la problemele de capacitatea legală și trai independent (independent living).

III. A treia zi a fost dedicată problemelor centrale ale ediției școlii de vară: accesul la justiție și participarea politică.

IV. În cea de-a patra zi s-a pus accentul pe implementarea Convenției, monitorizare și *strategic litigation* (alegerea strategică a mijloacelor și cazurilor în vederea obținerii unei jurisprudențe favorabile la nivel internațional),

V. În a cincea zi a avut loc Procesul Simulat sub prezidiul judecătorului John McMenamin membru al Curții Supreme de Justiție a Irlandei, deliberarea Comitetului, nominalizarea celei mai bune echipe dar și pronunțarea punctuală a membrilor Completului asupra argumentelor invocate în cursul procesului simulat.

2. Prima zi. Istoricul Convenției și cum poate fi utilizată

2.1. Ideile și principiile Convenției

Profesorul Quinn a vorbit despre ideile ce animă și principiile organizatorice care dau structură, sens, traiectorie dreaptă și vizibilitate Convenției.

Conform acestuia, legea și dreptul, fie el național ori internațional, constituie în sine depozitarul extern al valorilor comunității.

2.1.1. Despre drepturile și obligațiile Statelor părți

Profesorul a amintit că, dacă e să luăm în considerare istoria persoanelor cu dizabilități, invizibilitatea mai mult sau mai puțin totală din viața socială, cât și din textul normativ ce reflectă asupra societății,⁹ putem sesiza că acestea sunt trecute cu vederea. Convenția reprezintă astfel un exercițiu în redarea vizibilității persoanelor cu dizabilități, în a spune ceea ce trebuie să fie evident: că oamenii cu dizabilități sunt ființe umane deci au dreptul de a le fi recunoscute toate drepturile omului de o manieră egală tuturor celorlalte ființe umane. O serie de aserțiuni extrem de logice dar care în realitate sunt departe de cultura societății noastre. Precum toate convențiile tematice ale O.N.U., și aceasta se axează pe un grup însă scopul nu este să ne aplecăm asupra grupurilor vulnerabile ci asupra descoperirii, defacerii ființei umane. Convenția merge dincolo de vulnerabilitate și de marginalizare spre ceva ce, de fapt, am uitat în sfera drepturilor omului. Literatura și drepturile omului sunt aproape exclusive în ceea ce privește drepturile însă nu și asupra a ceea ce înseamnă să fii uman, iar această chestiune nu poate fi evitată atunci când se vorbește despre dizabilitate. Convenția a fost construită în jurul următoarei aserțiuni: întrucât suntem cu toții oameni, persoanele cu dizabilități nu solicită alte drepturi, drepturi noi, drepturi speciale, întrucât nu există așa ceva ca drepturi ale dizabilității, există doar drepturi ale omului aplicabile oamenilor cu dizabilități și de aici se ridică întrebarea: de ce nu au fost recunoscute în trecut, de ce au existat aceste rezerve mentale cu privire la aplicarea drepturilor omului persoanelor cu dizabilități? Ce fel de blocaje sunt acestea? Sunt situate în mintea noastră? În cultura noastră? Sunt blocaje pe care le-am creat artificial în societate și care inhibă dezvoltarea ființelor omenești? Cum putem să garantăm că aceste drepturi ale omului, asupra cărora suntem cu toții devotați, sunt aplicate de o manieră egală și efectivă persoanelor cu dizabilități (aici profesorul insistă că folosirea termenului efectiv, deși nu a fost folosit expres de redactorii convenției, este de la sine înțeles. S.a. J.Q). Așadar, în mintea redactorilor Convenției a avut loc un mecanism de inginerie inversă: a descoperi blocajele adevărate, a face dreptul relevant în contextul acestor blocaje și mai ales a crea obligații care să dizolve respectivele blocaje. Aceasta este anatomia întregului proces de redactare, proces semnificativ îmbunătățit prin prezența și luarea în considerare a vocii persoanelor cu dizabilități. Acesta a fost scopul, iar nu de a crea drepturi noi.

2.1.2. Două Uber-norme

În contextul Convenției, **prima Uber normă** este egalitatea, *equal, effective enjoyment of all existing human rights* ceea ce acoperă atât drepturile civile și politice cât și drepturile economice, sociale și culturale. Fiecare drept surprins în Convenție cuprinde formula *on an equal basis with others*. Aceasta implică un aspect pozitiv și unul negativ. Multe State au fost de acord cu acest limbaj întrucât au crezut că *on an equal basis with others* ar însemna că ar putea trata oamenii diferit, special, iar acesta nu ar constitui doar o apărare în termeni generali ci chiar o atitudine solicitată de teoria egalității. Intenția Organizațiilor Non Guvernamentale a fost în schimb alta, exact opusă, anume folosirea teoriei egalității nu doar pentru a aduce oamenii într-o poziție simetrică în ceea ce privește exercitarea drepturilor fundamentale ci acolo unde există adevărate blocaje care să inhibe exercitarea drepturilor fundamentale, crearea obligațiilor suplimentare, pentru garantarea egalității.

2.1.3. *Despre folosirea ambiguității constructive:*

Profesorul Quinn a accentuat diferența dintre teoria egalității folosită în Convenție și teoria egalității folosită în alte tratate identificând trei diferențe între Convenție și acestea din urmă. Toate celelalte Tratatate examinează modalitatea în care este tratată persoana umană în raport cu ceilalți prin raportare la un moment sincron în timp: *acum*. Acestea nu sunt interesate de modul în care persoana a ajuns la acest *acum*, de dezavantajul suferit și acumulat pentru a ajunge aici. Convenția este conștientă de întreaga istorie privind excluderea și marginalizarea persoanelor cu dizabilități. Trebuie așadar să vedem persoana umană desfășurată în timp, afirmă profesorul Quinn, să privim înapoi spre dezavantajul acumulat (prima diferență) și să privim în lateral, spre intersecționalitate¹⁰. Tocmai atenția pentru intersecționalitate (a doua diferență) transformă Convenția în primul tratat care face un pas decent înspre acest concept. O încercare totuși imperfectă, cu toate că avem articole dedicate copiilor și femeilor. Nu avem un articol asupra celor în vârstă și dizabilitate, ceea ce profesorul o spune cu părere de rău și rușine.

A treia diferență constă în crearea unor obligații calitative diferite în cadrul teoriei egalității precum în cazul *adaptării rezonabile*, concept care este croit pentru fiecare individ în parte și este aplicabil tuturor drepturilor din Convenție, fie ele civile și politice, fie economice, sociale și culturale.

A doua uber normă (prima fiind egalitatea, vezi paragr. 0) este incluziunea. Tratatul este un mix între drepturile puternic individualizate. Cu toții suntem interdependenți unul de celălalt. Mai curând decât o subiectivitate extremă, în inima Convenției stă o recunoaștere a intersubiectivității, ca și cum am fi o funcție a interacționării cu ceilalți. Iarăși, o caracteristică istorică a dizabilității este tocmai negarea oxigenului acestei interacțiuni. Așadar există o puternică legătură între aceste două concepte, ceea ce nu se regăsește în alte convenții ori tratate. Articolul 19 din Convenție reprezintă astfel norma primară pentru dezinstituționalizare, ca un mandat ferm al intersubiectivității.

2.1.4. *Revenind la tema drepturilor și obligațiilor Statelor membre ale convenției*

Profesorul Quinn a împărțit într-o analiză sintetică, drepturile în trei mari secțiuni:

1) **Drepturi ce privesc personalitatea** - *personhood rights*, ce restaurează cu adevărat umanitatea și calitatea de subiect în vocea persoanelor cu dizabilități. În inima Convenției stă așadar art. 12 privind capacitatea legală și așa cum s-a văzut în Comentariul General nr. 1 al Comitetului O.N.U.¹¹ și din jurisprudența sa, nu există o cale de mijloc între *moartea civilă* pe de o parte și *concepte moderate de tutelă*¹² pe de cealaltă parte și *capacitatea plenară în luarea deciziilor* pentru persoanele cu dizabilități. Există doar sistemul de *assisted decision making* (asistarea în luarea deciziilor) în care ni se solicită să creăm diverse mijloace de descoperire pentru a ajunge la sinele ce a fost ascuns în decursul anilor în spatele a atât de multe învelișuri. *Personalitatea* se referă cu adevărat la vocea și alegerea persoanei și în a avea acea alegere respectată de ceilalți.

2) **Drepturile la participare** - *participation rights* ce permit sinelui ca după ce a ieșit din forul interior să pătrundă în forul exterior al societății modelând astfel lumea din jurul tău într-o manieră prielnică sieși. Drepturile la participare în variile domenii

În care se vor aplica presupun deschiderea participării persoanelor cu dizabilități în domeniile respective și apoi facilitarea participării acestora. Desigur că o ușă pe care încă o găsim închisă mai tot în lume este accesul la justiție: a oferi oamenilor posibilitatea de a introduce cereri justificabile. Mai apoi putem vorbi de o ușă închisă privind accesul la sistemul politic. Dacă nu îți poți exercita vocea de o manieră colectivă, ciclul excluziunii devine cu adevărat imuabil, motiv pentru care dreptul de a vota or dreptul de a participa politic și de a schimba lucrurile este atât de important.¹³

3) **Drepturile economice, sociale și culturale.** Acestea au fost privite de redactorii Convenției drept parte a problemei, iar nu a soluției mai ales datorită modului în care au fost abuzate decenii de-a rând. Alta este însă filosofia lor. Aceste drepturi trebuie să joace un rol important dar secundar în a echipa oamenii pentru a putea profita de noile oportunități create pentru ei, pentru a le permite să își ia locul în societate și economie. Convenția amestecă drepturile civile și politice cu drepturile economice, culturale și sociale dar perspectiva va fi mereu una din sfera drepturilor civile: persoana este cea care contează, iar nu comoditatea prestatorilor de servicii, iar această filosofie trebuie să fie transpusă mai apoi în modul în care creăm suporturile economice sociale și culturale pentru a ne asigura că acestea nu blochează persoanele ci le eliberează. Drepturile economice sociale și culturale trebuie așadar să urmeze drepturilor civile și să fie create pentru oameni, nu pentru sisteme ori programe.

Profesorul a vorbit apoi despre o altă ambiguitate pozitivă ce a permis depășirea unui impas în cadrul negocierilor: diferența dintre drepturile civile și politice cu aplicabilitate imediată (spre ex: non-discriminare, *adaptare rezonabilă* n.a. G.Q.) și drepturile economice, sociale și culturale care pot fi atinse progresiv, în timp. Convenția, prin amestecarea acestor drepturi nu spune cu claritate care sunt imediat realizabile și care nu, dând loc astfel interpretărilor. Textul nu oferă răspuns direct, acesta poate veni diferit în funcție de teoria egalității utilizate în interpretare, domnul Quinn indicând încă o dată caracterul viguros al teoriei folosite de redactorii Convenției și care a fost detaliat anterior.

În final, acesta a trecut în revistă inovarea Convenției în ceea ce privește implementarea și modalitățile de presiune în vederea punerii acesteia în executare.

Pentru transformarea normelor convenției în schimbări palpabile la nivel local, a fost introdus art. 33, văzut de profesor drept motorul convenției. Acesta imaginează o cooperare triunghiulară în vederea schimbării. Guvernele pun laolaltă un focar al colaborării, și un mecanism de coordonare, instituții independente privind drepturile omului la nivel național au rolul de a verifica realitatea schimbărilor, în ultimul rând vocea persoanelor cu dizabilități se cere să fie prezentă și angrenată în toate actele ce îi privesc (de la *policy making* la *decision making* vezi art. 4 al (3) din Convenție) pentru ca acest proces de schimbare să poată funcționa. Pe lângă această inovație, formele tradiționale de raportare s-au păstrat. Alături de acestea, există o conferință a Statelor părți destinată imboldului reciproc în soluționarea problemelor.

2.2. Despre obligațiile Statelor Părți la Convenție

A urmat prezentarea făcută de dna Janet E. Lord¹⁴ și de dna Rosemary Kayess¹⁵ cu privire la obligațiile stabilite prin Convenție în sarcina Statelor părți.

Dna Janet Lord a prezentat poziția Statelor Unite ale Americii amintind că acestea nu au ratificat Convenția și că recenta Decizie a Curții Supreme în cazul Anne Bond¹⁶ reprezintă un pas înainte întrucât a stabilit limitele în care un Tratat poate interfera cu dreptul unui Stat de a guverna.

Dna Rosemary Kayess a amintit că dizabilitatea este doar o altă arie a drepturilor omului însă că această Convenție este, așa cum s-a arătat deja, cu mult mai complexă. Convenția a creat o reprezentare vizuală a persoanelor cu dizabilități ca fiind subiecți de drepturi, un pas important în direcția opusă reprezentării acestora ca obiecte ale carității și ale asigurărilor sociale.

Convenția recunoaște natura sistemică a dezavantajului provenit din dizabilitate, dizabilitatea nu este doar un incident individualizat ci un fenomen social și datorită acestui fapt, trebuie să fie tratat la un nivel sistemic. Dizabilitatea este creată de o serie de factori economici, politici, sociali, tehnologici și ideologici, iar drepturile care reies din această Convenție încearcă să se raporteze la fiecare din aceste bariere.

2.2.1. Inovațiile Convenției în materia obligațiilor

Inovațiile Convenției, ce o diferențiază de orice alt tratat din materia drepturilor omului au făcut în continuare obiectul prezentării.

2.2.1.1. Art. 4 din Convenție

Despre art. 4¹⁷ al Convenției s-a spus că aduce cu sine, pe lângă structurile obligaționale tradiționale: de a revoca (a retrage) și a anula legislația care discriminează persoanele cu dizabilități, un nou rol, formal, pentru angajarea societății civile, iar aceasta aduce la masa negocierilor și a legislatorilor persoanele cu dizabilități pentru prima oară. Acesta recunoaște istoria dezavantajului care a lăsat pe dinafara contextului legislativ persoanele cu dizabilități. În cadrul analizei istorice s-a făcut trimitere la educația segregată ce a exclus oamenii din sistemul de învățământ superior, ce a împiedicat oamenii să ajungă în escadrelile legislative din cadrul Statelor. Obligația din cadrul art. 4 readuce așadar aceste persoane cu dizabilități în jurul mesei, aduce vocea și experiența acestora într-o poziție centrală în cadrul procesului legislativ.

2.2.1.2. Articole privind facilitările și drepturi transcrise

De asemenea, Convenția conține articole privind facilitările. Aceste articole pot fi văzute în Principiile Generale¹⁸, în cele care tratează situația femeilor¹⁹, a copiilor²⁰, creșterea gradului de conștientizare, accesibilitate, colectarea de date²¹ și constituirea de statistici, Există de asemenea *drepturi transcrise*. Convenția este construită în jurul drepturilor și libertăților fundamentale care sunt doar aplicate contextului dizabilității. Dacă am spune că drepturile cuprinse în Convenție sunt noi or că ar trebui să fie drepturi noi ori diferite vom continua să alimentăm conceptul conform căruia oamenii cu dizabilități nu se încadrează sistemului existent de drepturi și libertăți fundamentale, concept cu care dna Rosemary este într-un evident dezacord. Conform acesteia, ceea ce regăsim în Convenție sunt drepturi transcrise (*translated rights*).

2.2.1.3. Despre conexiunea dinamică a art. 4

Art. 4, privind Obligațiile Statelor părți, are o conexiune dinamică cu toate celelalte articole ale Convenției, fiecare articol trebuie văzut prin filtrul art. 4 Acest articol stabilește cerințe specifice privind modul în care trebuie abordat cadrul legal național pentru a se atinge conformitatea solicitată de Convenție. Aceasta se realizează prin: a) adoptarea de măsuri legislative, administrative și de altă natură; b) modificarea ori abrogarea legislației existente, a reglementărilor ori cutumelor și practicilor care pot constitui discriminare și c) măsuri de eliminare a discriminării provenite din partea oricărei persoane fizice, organizații ori întreprinderi private. Aceasta este, de fapt, structura standard a obligațiilor în sistemul actual al tratatelor privind drepturile omului.

Însă Convenția se îndepărtează de cadrul tradițional, stabilind obligații menite să schimbe structurile ce stau la baza societății pentru asigurarea accesibilității persoanelor cu dizabilități prin promovarea și protecția drepturilor persoanelor cu dizabilități în toate politicile și programele (art. 4 al. 2 lit. f), g), h), i)) și prin angajarea dinamică a societății civile (art. 4. al. 3). Până în prezent, implicarea societății civile în conformitate cu dreptul internațional a fost mereu un proces informal un proces prin care Organele create prin tratatele privind drepturile omului și destinate supravegherii implementării acestora, solicitau implicarea informală a societății în procesele de monitorizare și examinare a Statelor părți. Convenția promovează însă implicarea activă a persoanelor cu dizabilități de către Statele părți în procesul lor de legiferare și stabilire a strategiilor legislative, implicare ce trebuie să se constituie într-un proces efectiv.

Revenind la articolele ce creează facilități (*facilitation articles*), asemănător art. 4 și acestea au o relație dinamică cu celelalte reglementări ale Convenției. Spre exemplu orice analiză a unui articol al Convenției trebuie să fie realizată prin prisma acestora. În continuare dna Rosemary a exemplificat aplicarea unui principiu general din Convenție la art. 27 (privind angajarea): trebuie să existe libertatea de alegere privind ocupația sau meseria, să existe oportunitatea oferită fără discriminare și cu adaptarea necesară (*reasonable accommodation*²²), trebuie să fie inclusivă în sensul plasării în cadrul pieței libere a muncii. Se cere legislației muncii să îmbrățișeze diversitatea la locul de muncă, să ofere egalitate de tratament, să întreprindă măsuri pentru asigurarea accesibilității, a egalității de tratament între bărbați și femei, să fie așadar la univoc cu art. 3 din Convenție și, în cele din urmă, să ia în considerare evoluția capacității copiilor cu dizabilități și să implice oportunități în vederea tranziției către angajare în consens cu celelalte drepturi ale copilului

2.2.1.4. Obligațiile de a respecta, a proteja și a aduce la îndeplinire și drepturile materiale

S-a vorbit apoi despre drepturile substanțiale și obligațiile statelor părți în raport cu acestea: a respecta²³, a proteja²⁴ și a aduce la îndeplinire²⁵ (*respect, protect and fulfil*) precum și despre istoricul acestor obligații.²⁶ S-a amintit de asemenea că acestea sunt atât obligații negative cât și pozitive.

Dna Janet Lord a exemplificat apoi cum aceste trei obligații s-ar aplica temelor aflate în discuție: participarea politică și liberul acces la justiție. În ceea ce privește obligația de a respecta drepturile, aceasta a punctat obligația de a asigura nediscriminarea în ceea ce privește

dreptul la vot ce ar implica în cele mai multe jurisdicții și revizuirea legislației existente tocmai pentru a elimina excluziunile nepermise. Obligația de a proteja ar putea cuprinde asigurarea unei monitorizări suficiente a procesului de vot, proces care să ia în considerare măsurile de accesibilizare necesare, pe când obligația de a aduce la îndeplinire ar putea fi tradusă atât prin asigurarea pregătirii personalului participant la procesul de vot în ceea ce privește luarea la cunoștință și incluziunea persoanelor cu dizabilități, cât și prin asigurarea că materialele de vot, precum cabinele de vot ori buletinele de vot sunt accesibile

2.2.1.5. Despre egalitate și nediscriminare

Dna Rosemary a început această discuție. Egalitatea și nediscriminarea – un drept substanțial dar cu o relație arcuită asupra celorlalte drepturi. Drepturile trebuie aplicate fără discriminare și trebuie de asemenea să cuprindă *adaptare rezonabilă*. Cu privire la acest concept, s-a reamintit definiția cuprinsă în art. 2 al Convenției²⁷: În lipsa oricărei jurisprudențe care să trateze termenii de *disproportionate or undue burden* nu se cunosc limitele exacte ale acestora însă există jurisdicții care au o jurisprudență bogată cu privire la termenii de *undue hardship* și *unreasonable burden*. Nu în ultimul rând, egalitatea și nediscriminarea trebuie să creeze și un drept la un remediu (efectiv).

2.2.1.6. Reasonable accommodation – parte a conceptului de nediscriminare

Dna Janet Lord a arătat că *reasonable accommodation* este parte din conceptul de nondiscriminare și că s-a lucrat intens în procesul de redactare a Convenției spre a face clar acest aspect, eșecul în a acorda *adaptare rezonabilă* constituie discriminare. Mai mult *adaptarea rezonabilă* este o cerință care se aplică individual, distinct de măsurile de accesibilizare (*accessibility measures*) care privesc persoanele cu dizabilități *in abstracto*.

Dna Rosemary a adus apoi în discuție măsurile de implementare, măsuri pe care Statele părți trebuie să le ia pentru a asigura implementarea efectivă a drepturilor substanțiale. Spre exemplu s-a făcut trimitere la art. 11 din Convenție care reglementează situațiile de urgență și risc. Pentru a asigura dreptul la implementarea efectivă a dreptului la viață, Statele Părți vor lua măsuri pentru a se asigura că persoanele cu dizabilități sunt luate în calcul în cadrul procedurilor ce vizează situațiile de urgență și risc. Același lucru este valabil și pentru reabilitare și abilitare - art. 24, Măsurile vor viza în acest context asigurarea implementării efective în procesul educațional și de angajare. Oamenii vor dobândi astfel abilitățile ce sunt necesare pentru a putea dobândi o educație efectivă și a se putea efectiv angaja. În materie de cooperare internațională – art. 32 în contextul căreia ajutorul financiar internațional trebuie să fie în concordanță cu reglementările Convenției. În materia art. 33 ar presupune ca monitorizarea independentă și coordonarea tripartită și angrenarea societății civile să funcționeze.

2.3. Despre rezerve și declarațiile în materia tratatelor internaționale

În această prezentare Dl James Kingston²⁸ a încercat să adreseze aspectele juridice legate de rezerve și declarațiile în dreptul internațional al tratatelor. Vorbitorul a încercat să explice termenii (de rezervă și de declarație) și să traseze distincțiile dintre ei. A indicat în continuare condițiile în care Statele pot folosi rezervele și declarațiile, ce reacții pot avea celelalte State la o rezervă ori declarație din partea altui Stat și ce efecte juridice creează, în

general, aceste acte. Apoi a raportat regulile rezervelor și a declarațiilor la sfera convențiilor și tratatelor privind drepturile omului și la Convenție. A arătat că în cazul Convenției și a Protocolului Facultativ al acesteia, regulile în materie de rezerve și de declarații sunt cele standard²⁹. S-a subliniat de asemenea că nu toate rezervele sunt în sine rele, chiar și în contextul tratatelor privind drepturile omului³⁰.

În rezumat, apar interesante următoarele discuții: în ceea ce privește Convențiile privind drepturile omului, organismele speciale de monitorizare cât și Comitetul privind drepturile persoanelor cu dizabilități descurajează rezervele și solicită ca orice rezervă să fie revizuită periodic, în scopul retragerii acesteia. În materia drepturilor omului, contextul rezervelor trebuie să țină seama de natura obligațiilor, care în acest context, depășesc sfera obligațiilor inter-statale, întrucât conțin obligații ale Statului de a respecta drepturi individuale. Dl Kingston a amintit opinia Comitetului Drepturilor Omului al Națiunilor Unite într-o Opinie Generală privind rezervele³¹ cu privire la aspectul amintit. Cu privire la compatibilitatea unei rezerve cu un tratat privind drepturile omului, a indicat poziția Curții Internaționale de Justiție ce pre datează Convenția de la Viena³², o opinie a Curții Europene a Drepturilor Omului³³ precum și a Comisiei Internaționale de Drept³⁴ subliniind totodată munca acestei comisii.

În ceea ce privește rezervele la Convenție³⁵, Dl Kingston a arătat că, la data de 16.06.2014, Mexicul își retrăsese declarația interpretativă, Regatul Unit și-a retras una din cele 4 rezerve, 8 state Europene se opuseseră rezervei statului El Salvador și că existau deja obiecții la rezervele Iranului³⁶ și Malaysiei.

De asemenea autorul a indicat poziția Comitetului³⁷ cu privire la rezerve în cazul El Salvador³⁸ și Australiei³⁹, unde Comitetul a solicitat Statelor să își retragă rezerva respectiv, declarația interpretativă, precum și opinia Comitetului transmisă Suediei cu ocazia primului său raport⁴⁰.

În final Dl Kingston a indicat posibilele motive pentru care nu există încă o luare de poziție cu privire la restul rezervelor: cel mai posibil rezervele sunt noi și încă suntem în termenul de 12 luni în care Statele pot face obiecții la rezerve, ori acestea vor fi adresate de către Comitet cu prilejul examinării raportului periodic al Statelor în cauză.

Adiacent discuției, putem semnala poziția României exprimată în luna iunie al acestui an (26 iunie 2014) cu privire la rezerva Statului Singapore.⁴¹ Acest stat a formulat rezerve cu privire la trei aspecte printre care și dreptul la vot, dorind menținerea sistemului legislativ național actual prin care persoanele cu dizabilități sunt asistate obligatoriu în procedura votului de un ofițer ce a depus în prealabil un vot de păstrare a secretului. Cu privire la acest aspect, Guvernul României are următoarea poziție⁴²: "După examinarea rezervei făcute de către Republica Singapore... Guvernul României este de părere că o rezervă ce constă în referința la legislația națională ar putea crea dubii cu privire la implicarea statului în cauză în aducerea la îndeplinirea a obligațiilor ce reies din Convenție. În concordanță cu art. 29 din Convenție, exercițiul dreptului la vot este o componentă a capacității legale ce nu poate fi restrânsă (credem că, în urma analizei contextuale, Guvernul vorbește de exercitarea votului ce nu poate fi restrânsă, iar nu a capacității s.n. D.J.) decât sub condițiile și în modalitatea prevăzută în cadrul art. 12 al Convenției⁴³. (...) Guvernul României consideră că... subordonarea în aplicarea unor reglementări fundamentale ale Convenției dreptului național este incompatibilă scopului

și obiectului (Convenției), ce constă în obligația de a proteja drepturile fundamentale ale persoanelor cu dizabilități. O asemenea rezervă (a Republicii Singapore) este de asemenea, ..., supusă principiului general de interpretare a tratatelor și art. 27 al Convenției de la Viena... conform căruia un Stat parte nu poate invoca prevederile legislației interne ca o justificare în privința eșecului în implementarea propriilor obligații.

Scurte observații

Prin această poziție, Statul Român trădează o infantilă interpretare a art. 12. Astfel, precizez, pentru a nu exista neclarități, dreptul la vot nu poate fi restrâns în baza art. 12 al. (4) care nu vorbește despre așa ceva.

Pe scurt⁴⁴, în baza art. 12 State părți trebuie să asigure măsuri (*appropriate measures*) prin care persoanele cu dizabilități să beneficieze de suportul necesar în exercitarea capacității legale acolo unde este cazul. (art. 12 al. (3). Aceste măsuri trebuie să ofere garanții reale (*safeguards*) care trebuie să fie adecvate și efective. Aceste garanții trebuie să asigure ca măsurile – prin care persoanele beneficiază de suport – sunt:

- În concordanță și respectă **drepturile**, voința și preferința persoanei
- Străine de orice conflict de interese ori *undue influence*⁴⁵ (a se remarca traducerea înșelătoare a variantei oficiale românești: influență necorespunzătoare, s.n. D.J.)
- Proportionale (cu) și create pe măsura circumstanțelor în care se găsește o persoană cu dizabilități
- Aplicate pentru o durată cât mai scurtă de timp – (pentru a face loc exercițiului deplin al capacității de către chiar persoana în cauză (s.n. D.J.)
- Sunt supuse controlului periodic în fața unui organ judiciar sau autorități competente. Independente și imparțiale⁴⁶.
- Garanțiile, ni se spune, trebuie să fie proporționale cu nivelul în care măsurile ce facilitează exercițiul capacității legale afectează drepturile și interesele persoanei⁴⁷.

Așadar capacitatea legală cât și celelalte drepturi ce se află într-o simbioză cu aceasta nu pot fi restrânse în baza art. 12 care stabilește caracteristicile măsurilor și a garanțiilor acestora pe care Statele trebuie să le adopte pentru a permite, la nevoie, persoanelor cu dizabilități, exercitarea deplină a propriilor drepturi. Spun la nevoie întrucât rolul art. 12 și a întregului său eșafodaj este de a recunoaște capacitatea deplină a persoanei cu dizabilități de a avea drepturi și de a le exercita singură și doar unde este cazul prin intermediul măsurilor de suport. Nici vorbă așadar de limitare a drepturilor de către State prin măsurile amintite, **limitele nu sunt ale drepturilor ci ale măsurilor de suport**. Nici dreptul la capacitate legală și nici cel la vot⁴⁸ nu pot fi așadar restrânse ci singura restrângere vizată până încotro pot merge măsurile de suport. Aceasta este lectura art. 12.

Ceea ce se limitează însă printr-o măsură de suport ar fi exercitarea (de unul singur) al dreptului, de aceea ni se spune în text că măsura "afectează drepturile și interesele persoanei" Însă, suportul este acordat acolo unde persoana însăși nu poate exercita singură dreptul și de fapt, complinște această neputință (la cererea persoanei), așadar, iarăși, dacă e să privim finalitatea măsurii de suport, aceasta este chiar deplina realizare și exercitare a drepturilor. Firește, a exercita un drept cu ajutorul unei măsuri de suport nu e același lucru cu a-l exercita

de unul singur, de aceea se cer și garanțiile evocate, însă atunci când nu poți de unul singur exercita dreptul în deplinătatea sa, măsura de suport nu mai reprezintă decât impulsul necesar egalării decalajului provenit din dizabilitate și atingerea egalității cu ceilalți.

2.4. Din nou despre Convenție cu Prof. Amita Dhanda⁴⁹

În discursul său, aceasta a arătat că prima Convenție privind drepturile omului din mileniul al III-lea a restaurat indivizibilitatea dintre drepturile civile și politice și cele sociale, culturale și economice, întrucât în termenii Convenției, acestea trebuie privite ca fiind puternic interdependente. În continuare a indicat că normele și valorile care au fost inserate în Convenție în procesul negocierii nu au rămas doar în sfera teoretică ci au fost și practicate în cadrul acestui proces prin puternica implicare a Organizațiilor Neguvernamentale (de acum O.N.G.-uri) și a Organizațiilor Persoanelor cu Dizabilități (de acum O.P.D.-uri). Convenția nu spune așadar doar povestea Statelor care au semnat-o, ci spune povestea membrilor societății civile care au făcut parte din delegațiile statale, a membrilor delegațiilor statale care au luat parte la discuții cu membri ai societății civile, modalitate prin care Convenția a prins viață. Ambiguitatea constructivă a Convenției nu există din întâmplare ci există pentru că a fost înadins aleasă.

Amita Dhanda a ales apoi patru reglementări ale Convenției care în opinia dumneaei ar putea naște efecte productive în sensul în care ar putea convinge din ce în ce mai mulți oameni să creadă în valorile acestui acord internațional. Acestea sunt: dreptul la participare⁵⁰, incluziunea terților, (*induction of the private player*), recunoașterea capacității legale cu suport⁵¹ și discriminare multiplă și intersecționalitate⁵².

2.4.1. În privința dreptului la participare:

Textul Convenției marchează mandatează expres Statele să se consulte de a manieră activă cu persoanele dizabilități în luarea deciziilor⁵³. Acest drept la participare nu trebuie redus, în procesul de implementare al Convenției, așa cum doresc unele State, doar la consultarea acestor persoane. Însăși modalitatea în care a fost negociată Convenția ne demonstrează contrariul. Stereotipurile nu pot fi combătute decât prin participarea efectivă a acestor persoane și a organizațiilor acestora în raporturile cu legile și politicile legislative care îi afectează în mod direct. Participarea trebuie însă extinsă în opinia prof. Amita în raport cu toate legile întrucât există o perspectivă a dizabilității care a stat tăcută și mută până acum și care trebuie să se facă auzită.

2.4.2. Implicarea terților

Următorul punct în discurs a fost implicarea terților în procesul de implementare al Convenției, terți care, deși nu pot fi ținuți de obligații internaționale, trebuie acaparați și convingși în a înțelege importanța instrumentului internațional întrucât obligațiile stabilite de acesta depășesc imaginea Statelor în mediul internațional. În acest context s-a arătat că accesibilitatea de care vorbește art. 9 stă în mare parte în puterea terțelor persoane și că este necesară crearea de strategii prin care aceștia să fie înrolați. S-a punctat și că în ceea ce privește *social corporate responsibility*, aceasta nu depășește de cele mai multe ori nivelul declarative.

2.4.3. Despre capacitatea legală

În ceea ce privește capacitatea legală, o capacitate privită universal, aceasta ar presupune recunoașterea personalității umane a oamenilor cu dizabilități s-a precizat că aceasta (capacitatea) intră în alcătuirea fiecărui drept al Convenției.

2.4.4. Despre discriminarea multiplă și intersecționalitate

Legat de intersecționalitatea cuprinsă în corpul Instrumentului Internațional, spre deosebire de celelalte Convenții internaționale care își doresc tratarea de exemplu, a tuturor femeilor ca și cum toate ar fi la fel, acesta recunoaște atunci când reglementează situația particulară a femeilor și copiilor cu dizabilități, existența multiplei discriminări, că dizabilitatea constituie doar unul din parametrii după care oamenii sunt discriminați, ce se adaugă celorlalte moduri ce duc la excludere. Expunerea a trădat și îngrijorarea că dizabilitatea nu este privită la nivel politic drept o prioritate, că trebuie să avem discursuri care să celebreze diferențele, să le luăm în considerare și să le acceptăm și prin care să credem că diversitatea umană este, în toate momentele în timp, un atu, iar nu o slăbiciune. La final prof. Amita și-a exprimat convingerea că drepturile omului aplicate dizabilității și modul în care a fost construită Convenția, creează un discurs care poate fi de folos nu doar oamenilor cu dizabilități, ci înțregii omeniri.

2.5. Despre Convenție și societate - Donal Toolan⁵⁴

DI Donal S-a oprit în prezentarea sa asupra modului în care modelul legislativ din Convenție întrunește în viața de zi cu zi alte modele sociale și cum poate fi înțeleasă legea în realitatea cotidiană a dizabilității, o realitate a intereselor private ce se ascunde în spatele unei recunoașteri formale a legii.

După opinia acestuia, Convenția nu poate fi privită izolat. Pe aceeași linie de gândire anterior tratată de foștii vorbitori, DI Donal a marcat nevoia implicării societății civile și a organizațiilor care militează pentru drepturile persoanelor cu dizabilități nu doar în relația cu Statele ci și în relația cu ceilalți participanți ai societății, cei cu adevărat reticenți. Persoanele cu dizabilități își cunosc realitatea de zi cu zi, acest lucru nu înseamnă însă că și ceilalți o cunosc și o înțeleg. Prin promovarea unui discurs coerent în fața acelorora ce nu au cunoștințe juridice ori de drept internațional ori de drept al dizabilităților, prin plierea pe valori precum solidaritatea, putem contribui la schimbarea unei societăți pe zi ce trece mai dificilă și mai agresivă. În acest context putem semnala că nu doar persoanele cu dizabilități necesită să fie tratate cu demnitate și respect ci și cei care le îngrijesc. În mesajul final, DI Donal a promovat deschiderea spre un limbaj comun al drepturilor omului, ștergerea barierei legate de dizabilități și comunicarea interumană ca bază a colaborării dintre organizațiile ce apără drepturile omului.

3. Ziua a II-a Introducere cu privire la drepturile fundamentale: dreptul de a fi luat în considerare și dreptul de a alege

3.1. „Vocea mea” – Introducere în problemele legate de capacitatea legală

Discursul dlui Gabor Gombos⁵⁵ a demarat prin îndemnul acestuia la consilierea Guvernelor naționale în implementarea conceptului de capacitate legală, consiliere ce se poate face atât pozitiv cât și negativ, prin critică. Discursul trebuie să implice însă respect față de toți cei implicați indiferent de poziția acestora cu privire la ceea ce se dorește implementat.

DI Gombos a restrâns apoi sfera discuției asupra unor elemente recurente din cadrul activității de consiliere. Nu s-au făcut voit trimitere nici la lucrările academice și nici la Comentariul General nr. 1 al Comitetului asupra art. 12 ci s-a dorit ca prezentarea să fie un schimb constructiv de idei între cei prezenți, urmând ca la final DI Gombos să rezume întreaga problematică și să ofere o bibliografie tematică.

3.1.1. Capacitatea legală în viziunea art. 12 din Convenție

Prima chestiune a vizat întinderea art. 12. Reglementează acesta dreptul persoanelor de a avea drepturi ori de a și le exercita? S-a făcut în acest context o scurtă observație și paralelă istorică cu situația femeilor de-a lungul istoriei dreptului.

Al doilea exemplu l-a constituit dreptul la sănătate, iar ultima chestiune a fost reprezentată de dreptul la căsătorie.

În cadrul acestor probleme, soluții africane s-au îmbinat cu experiența celor din statele europene ori asiatice. Pentru Africa, putem reține o opinie conform căreia dreptul de a exercita prerogativele dreptului de proprietate nu constituie o prioritate atât timp cât persoana cu dizabilități aparține familiei care îi acordă îngrijirea, iar dreptul de proprietate ori nu poate fi dobândit, întrucât aceste persoane nu sunt de regulă înregistrate în evidența autorităților pentru a li se emite acte de identitate, ori titlurile de proprietate sunt păstrate tot de familie. Tot contextul legăturilor de familie face înstrăinarea terenurilor aproape imposibilă.

În acest context multicultural mi-am exprimat opinia cu privire la sistemele de protecție ale persoanelor suferinde de maladii mintale ori de deficiențe intelectuale, faptul că sistemul – care conferă drepturi dar oprește libera lor exercitare nu este rău în sine, nu ar trebui anihilat ci că trebuie doar îmbunătățit, că diferența cunoscută în sistemul continental de drept între capacitate de exercițiu și de folosință nu este de aruncat. Pentru protecția persoanei în cauză într-o manieră eficientă am propus a i se permite dorinței acesteia să străbată zidul măsurii de protecție, să fie luată în serios și în calcul, dar apoi dorința să fie ghidată spre eficiență juridică de o altă minte rațională, cea a tutorelui, capabilă să conducă voința persoanei printre rațiunile proprii celorlalți cocontractanților. Răspunsul primit a fost pentru mine insuficient. S-a făcut trimitere la experimentele neurologice privind alegerile conștiente cel mai probabil efectuate de Benjamin Libet⁵⁶ culminându-se cu o întrebare retorică: Putem construi așa zise legislații ori politici legislative empirice (*evidence based legislation*) bazate pe adevăruri științifice false? Nu susțin în acest moment că soluția avansată de mine ar fi corectă. În contextul Comentariul general nr. 1 al Comitetului indic distincția regăsită în paragr. 14 dintre capacitatea legală și capacitatea mintală (cea la care mă refeream se pare în exemplul meu, anume deferitele aptitudini ale persoanei (majore s.n. D.J.) în luarea deciziilor, ce diferă de la o persoană la alta și pot fi influențate de factori sociali ori de mediu) și fac trimitere către conținutul acestui document pentru lămurirea, cel puțin în parte, a problemei.⁵⁷ Ceea ce se afirmă însă prin Convenție implicit și explicit prin Comentariul Comitetului este dreptul oricărei persoane la recunoașterea deplinei capacități legale (cu ambele componente de folosință și de exercițiu), indiferent de dizabilitate ori de severitatea acesteia, măsurile de suport venind, la alegerea persoanei, să ajute voința acesteia să se materializeze (juridic s.n. D.J.).

O participantă din China s-a plâns apoi de aplicarea unor noțiuni abstracte, legiferați la un nivel internațional, situației concrete din diferitele culturi ale statelor. Aceasta a arătat, vorbind despre China, că mai important decât dreptul de proprietate, pentru populația chineză cu dizabilități care trăiește de cele mai multe ori la limita existenței, este supraviețuirea, că posibilitatea de a alege între a primi ori a refuza un tratament este fără importanță ci a primi ajutorul medical la timp reprezintă adevărata necesitate, punându-se astfel sub semnul întrebării universalitatea conceptului de drepturi ale omului. Profesorul Gombos s-a arătat conștient de importanța unei implementări a normelor internaționale de o manieră sensibilă condițiilor culturale și sociale și a concluzionat: „Capacitatea legală înscrisă în Convenție este o normă universală și dincolo de caracterul său normativ, care ar induce universalitatea, stă metafora demnității umane.”

3.1.2. *Despre severitatea dizabilității și diferitele regimuri de protecție*

A doua parte a discursului a fost axată în jurul severității dizabilității și capacitatea legală. S-a făcut trimitere în acest context la analiza lui Michael Bach⁵⁸ asupra problematicei dizabilității și diferitele regimuri de protecție menite să acopere diferitele grade de severitate.

Astfel s-a discutat în continuare despre *autonomous decision making regime* ce presupune autonomia persoanei cu dizabilități de a lua anumite decizii mai mult sau mai puțin raționale și de a suporta firesc consecințele acestora. Acest regim nu ar implica nici o interferență ori intervenție externă ci presupune libertatea de a acționa precum oamenii obișnuiți.

Al doilea regim este cel de *supported decision making*. Deși Comentariul general nr. 1 al Comitetului folosește expres acest termen, el nu se regăsește în cadrul Convenției. Opinia dl Gombos este că dincolo de litera art. 12, trebuie să privim la spiritul Convenției pentru că din corpul art. 12 mulți înțeleg că acesta promovează un sistem de *supported decision making*. În schimb, art. 12 vorbește de dreptul de a accesa suportul, de a exercita capacitatea legală (de a avea capacitate de exercițiu) ceea ce este altceva, un lucru cu mult mai larg ce cuprinde ca element specific ceea ce putem numi *supported decision making*. Însă din perspectiva politicii legislative este de înțeles de ce s-a pus accentul pe asistarea în luarea deciziilor întrucât acest sistem este cheia. Pentru a convinge legislatorii trebuie să le demonstrezi, să le ilustrezi, să le arăți practici și modele existente, să le narezi ceea ce înseamnă *supported decision making* în situații particulare, aceasta ți se cere din partea lor în calitate de avocat al reformei. Acest regim presupune că persoana se află în interacțiune cu una sau mai multe persoane suport, dar cu ajutorul acestui suport, persoana însăși este cea care construiește și ia decizia, deci, fără interferență.

Următorul regim este *facilitated decision making*. Aceasta presupune un suport cu mult mai accentuat decât regimul precedent. Acum nu mai poți spune că decizia care este luată are la bază cu adevărat voința și preferința persoanei. În acest regim vrei să spui: aceasta este voința și preferința persoanei, însă interferența există și trebuie să o recunoaștem.

Ultimul regim este cel de *substitute decision making*. Din înțelegerea Dlui Gombos, Michael Bach consideră că ar putea exista situații excepționale care să justifice acest regim, dar aceasta nu poate fi în sine norma generală, iar un exemplu l-ar constitui o persoană aflată în stare de comă. Dacă e să ne uităm asupra Comentariului general nr. 1 a Comitetului putem

observa că nu se vorbește de *facilitated decision making* ori *substituted decision making* ci doar de *autonomous și supported decision making*, orice alt sistem fiind lăsat în sfera incompatibilității conceptuale cu art. 12.

Un participant din Mexic a atras atenția asupra extinderii nejustificate a sistemelor de tutelă fără a se ține cont de capacitatea *in concreto* a persoanei și a adus în discuție capacitatea persoanei în sfera dreptului penal. Dl. Gombos a răspuns arătând că problema capacității din art. 12 ar trebui să se extindă și sferei dreptului penal dar că s-a evitat ca în Comentariul General să se facă trimitere la acest aspect întrucât ar fi prelungit nejustificat de mult adoptarea acestuia. A urmat o intervenție din partea unui participant din Kenya cu privire la situațiile extreme unde utilizarea unui limbaj gestual pentru a înțelege voința și preferința persoanei ține de interpretarea dată respectivului limbaj și, în opinia grupului de lucru din Kenya care lucrează pe probleme de capacitate, este greu a se distinge între voința și preferința persoanei și interpretare. Întrebarea sa privea ipoteza unui Stat care nu are abilitatea de a dezvolta tehnologiile necesare pentru a comunica cu persoana în cauză.

3.1.2.1. Noul standard – cea mai bună interpretare a voinței persoanei

Art. 12 nu definește, spune dl Gombos, ceea ce înseamnă suport ori substituie ci se referă la ceva mai profund – voința și preferința persoanei. Acestea se pot regăsi chiar acum în unele legislații care, deși sunt forjate pe substituirea voinței persoanei prin cea a tutorelui, stabilesc ca deziderat că orice decizie a tutorelui se va lua ținând cont de voința și preferința persoanei substituite. Și acolo apare o întrebare atunci când nu putem cunoaște efectiv voința și preferința persoanelor. O altă situație este aceea în care persoana își poate exprima foarte limpede voința ori preferința dar este ignorat de cei din jur pe motivul că nu are cum să fie voința sa reală întrucât trebuie să fie ieșit din minți ca să aleagă astfel. În aceste situații, mecanismele de substituie a deciziei fac uz de standardul celui mai bun interes al persoanei (*best interest standard*). Și cine stabilește (și după ce criterii?) care este cel mai bun interes?⁵⁹ Sunt obligate persoanele fără dizabilități să își exercite capacitatea de exercițiu informate și în conformitate cu cel mai bun interes al lor?. Ceea ce propune ori stabilește ca standard, ca normă, Comentariul General nr. 1 este cea mai bună interpretare a voinței persoanei. Bineînțeles că vor exista situații în care nici cu cel mai susținut efort nu vom putea desluși voința ori preferința persoanei. Dar unul din modurile care ne sunt deschise este acela al reconstrucției voinței și preferinței acestei persoane în baza istoricului acesteia. Există posibilitatea greșelilor în interpretarea semnelor însă scopul rămâne și trebuie urmărit - este cea mai bună interpretare a voinței persoanei.

Abordând problema persoanelor în comă, dl Gombos a definit această stare drept o condiție ce presupune lipsa totală de reacție la orice stimul extern sau intern, cu ochii închiși. Nici o interacțiune între persoană și mediu (nici măcar între cortex și restul corpului). Dacă astfel ar fi definită starea de comă, o persoană în acest stadiu nu ar fi o persoană cu dizabilități întrucât, art. 1 din Convenție, vorbind despre persoana cu dizabilități face trimitere la noțiunea de *impairment with barriers*, or aici avem doar *impairment*. Imediat ce persoana deschide ochii, iar acest lucru se întâmplă mereu, coma fiind o stare temporară, persoana, dacă nu a decedat, intră într-o stare vegetativă în care este prezentă de foarte multe ori o minimă stare de conștiință, deci cea mai bună interpretare a voinței și preferinței persoanei devine posibilă și

unica soluție, întrucât *substitute decision making* nu și-ar găsi justificarea, persoana putând fi capabilă să reacționeze și chiar dacă nu ar putea, aceeași soluție s-ar impune.

3.1.3. *Tensiunea dintre conținutul normativ și implementarea schimbării*

Dl Gombos a afirmat că suntem în situația în care Statele sunt dispuse să implementeze conținutul normativ dar nu imediat, ci gradual. După cum a menționat și prof. Amita și prof. Quinn, drepturile civile și politice presupun însă imediata lor realizare din partea Statelor. Nu ar trebui să intereseze dacă există sau nu suportul necesar, capacitatea legală a persoanei trebuie respectată.

Când vorbim despre capacitatea legală în contextul mai amplu, nu doar al legii, implementarea recunoașterii capacității legale necesită de asemenea intervenții sociale, culturale și măsuri relaționale. Persoana trebuie, prin deciziile pe care le ia, să construiască relații, să fie lăsată să construiască relații și prin aceasta să poată fi privită ca o persoană care contribuie efectiv în colectivitatea sa, și prin aceasta să fie o persoană deplină. Capacitatea legală poate fi recunoscută sub toate legile dar a recunoaște legal capacitatea nu este suficient dacă nimeni nu va crede că celui care i s-ar recunoscut aceasta este capabil să construiască relații și prin relații, comunități. Așadar implementarea deplină a Convenției necesită mai mult decât ceea ce este de competența legii.

Mesajul final a fost acela că, pe lângă faptul că am acordat ființei umane un rol aparte, metafora demnității reflectând acest aspect, ființa umană este instinctiv făcută să acționeze. Atunci când intervenim și oprim oamenii în a acționa, forțăm statutul persoanei și îl aducem la unul care nici măcar nu se poate asemăna celui a fătusului (care în pântecul mamei are libertatea să acționeze). Pentru dl Gombos, elementul acțiunii și al capacității de alegere (autonomiei de voință) (*agency*) precum și cel al identității nu sunt abstracțiuni ci sunt adânc întipărite în noi. Capacitatea legală, pe de cealaltă parte, este o ficțiune juridică. Dacă este să construim o ficțiune juridică într-o manieră care nu reflectă realitatea naturală, cu mult mai profundă a identității și a capacității de alegere (autonomiei de voință), afirmă acesta, atunci aceasta va agresa ceva ce este întipărit în noi și dacă acționăm astfel, ori vom lăsa să se acționeze astfel, nu vom mai putea vorbi despre drepturi ale omului.

3.2. *„Alegerea mea” – introducere în conceptul de trai independent*

Dna Rannvieng Traustadottir⁶⁰ din Islanda și dna Ciara Brennan⁶¹ pentru Irlanda și Islanda au discutat despre *trai independent* (art. 19 al Convenției)⁶²

Prof. Traustadottir a amintit că articolele din Convenție sunt interconectate, capacitatea legală fiind legată de dreptul la autodeterminare, de aceea art. 19 și art. 12 trebuie privite laolaltă. Aceasta a continuat prin a conferi un istoric al traiului independent înțeles ca filosofie de viață (cu origini în Statele Unite ale Americii) apoi s-a oprit asupra acestui concept în Europa contemporană.

Fondatorul mișcării ce pre datează Convenției a fost identificat drept Ed Roberts⁶³ cel care a înființat și primul centru pentru trai independent menit să asigure persoanelor cu dizabilități posibilitatea de a face parte din societate, oferindu-le servicii care să le permită să facă acest lucru.

Ceea ce este poate cel mai important de spus despre traiul independent este că acesta nu se referă la un mod de viață izolat, în afara societății, ci la un trai interdependent, în cadrul societății, mod de viață prin care persoanele în cauză solicită și dobândesc dreptul la o viață normală prin intermediul suportului, iar cel mai important loc în cadrul acestui suport îl ocupă asistentul personal.

În Europa, ideologia traiului independent este promovată prin European Network of independent living (de acum ENIL)⁶⁴. O rețea amplă, fondată în 1989. Conform acesteia, traiul independent este posibil printr-o combinație de factori individuali și de mediu care pot permite tuturor persoanelor cu dizabilități să preia și să dețină controlul asupra propriilor vieți și să creeze oportunitatea pentru aceștia de a putea alege și decide unde să trăiască, cu cine și cum. ENIL militează pentru dezinstituționalizare, iar în concepția lor, o instituție nu este definită după dimensiunea sa ci reprezintă orice loc în care oamenii care au fost catalogați drept având o dizabilitate, sunt izolați, segregăți și sau obligați să locuiască împreună. O instituție este acel loc unde oamenii nu au și sau nu le este permis să își exercite controlul asupra propriilor vieți și asupra deciziilor lor zilnice. Prof. Traustadottir a vorbit în continuare despre solicitările ENIL afirmând apoi că art. 19 din Convenție se referă la dreptul de a trăi independent și de a fi inclus în comunitate și presupune ca statele să ia măsuri adecvate și efective pentru a asigura deplina incluziune și participare a persoanelor cu dizabilități în comunitate, amintind că dizabilitatea nu este o chestiune medicală ci una socială și că înțelegerea dizabilității în contextul relațional este importantă.

Dna Ciara Brennan a prezentat trei probleme pe care le-a identificat în cercetarea întreprinsă asupra traiului independent în Suedia, Norvegia și Islanda: sustenabilitatea financiară a asistentului personal, efectele atacurilor politice și mediatic asupra serviciilor oferite acestor persoane, mai ales în Suedia și conceptul de trai independent văzut din perspectivă evolutivă.

În țările nordice, mai ales în Suedia, dreptul la asistent personal există de aproximativ 20 de ani. Pe plan financiar, problemele au apărut ca urmare a suplimentării cererilor prin introducerea acestora de către persoane care anterior depindeau exclusiv de ajutorul gratuit din partea familiei, ori care anterior s-au supus unor riscuri serioase încercând să trăiască pe cont propriu. De altfel părăsirea instituțiilor de către persoanele cu dizabilități nu a condus automat la dirijarea fondurilor alocate instituțiilor spre persoanele în cauză, creând astfel costuri suplimentare.

În ceea ce privește chestiunile politicii statale, în țările nordice, întregul sistem (complex de altfel) a fost creat în așa fel încât comunitățile locale trebuiau să suporte cheltuielile cu asistența personală. Perspectiva normativă nu răspundea nevoilor dar nici capacităților comunităților locale. Ca urmare a unui scandal mediatic legat de atribuirea frauduloasă a unor fonduri, în Suedia a avut loc o mișcare ce a afectat aceste persoane prin aceea că li s-a cerut ulterior să justifice *in extenso* orele de asistență solicitate, lucru pe care nu toate persoanele au fost capabile să îl facă. Se poate constata de asemenea că persoanele cu dizabilități au fost împinse înspre marginea sistemului, instituțiile statale fiind cele care hotărâsc din ce în ce mai mult cine și ce merită.

La final, aceasta a adus în lumina reflectoarelor unele aspecte ale ideologiei traiului independent care au iscat numeroase controverse în practică, ca de exemplu, cerința unei educații și calificări superioare a asistenților personali solicitată de persoanele în cauză vis a vis de salarizarea proastă pentru aceste posturi; alegerea asistentului personal din perspectiva creării unor companii comerciale care să asigure varietatea ofertei (în detrimentul ideii de non-profit al unor astfel de companii), precum și utilizarea cu rea credință din partea unor legislatori ori membrii ai executivului a unor secvențe din ideologia traiului independent în detrimentul persoanelor în cauză: copiii nu vor putea deveni independenți dacă părinții vor fi desemnați cu asigurarea asistenței personale; ori problema solicitării unui consimțământ clar din partea persoanelor în vederea solicitării unui astfel de suport pentru nașterea dreptului la acesta.

4. Ziua a III-a Accesul la justiție și participare politică

A început sub deviza justiție pentru toți și a mijloacelor de utilizare a sistemului judiciar

Dna Eilionóir Flynn a precizat că ziua de lucru va fi împărțită în două părți: prima va fi dedicată accesului la justiție din perspectiva dreptului internațional, urmând ca partea a doua să se axeze pe accesul la justiție la nivel național.

4.1. Accesul la justiție din perspectiva dreptului internațional

Dr. Flynn a continuat arătând că dreptul la acces la justiție apare pentru prima oară într-o Convenție privind drepturile omului și că dreptul se bazează pe prevederile anterioare cum ar fi: *dreptul la un proces echitabil* și *dreptul la remedii efective* precum acestea apar în Declarația Universală a Drepturilor Omului ori Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice. Acest drept apare strâns legat de alte drepturi din sfera drepturilor omului precum dreptul la egalitate și nediscriminare, la capacitate legală și dreptul (la) ori măsura (de) accesibilitate.

Din istoricul negocierilor Convenției s-a dedus apoi că art. 13 a făcut parte inițial din prevederile art. 12 dar s-a desprins și a format în final un articol distinct. Ceea ce trebuie păstrat în vedere este însă origina lui, în cadrul discuțiilor legate de art. 12 deci interconectarea acestui drept cu cel al capacității legale.

Din limbajul al. (1) și (2) ale art. 13 putem reține expresia *on an equal basis with others*, utilizată de-a lungul întregii Convenții De asemenea se mai vorbește despre *procedural and age appropriate accommodations* și nu de *adaptare rezonabilă*⁶⁵. Articolul vorbește și de un rol efectiv al participanților fie ei direcți ori indirecti. De asemenea nu se referă doar la procedura din fața curților ci și la etapele investigative anterioare acestora precum și la cele posteroare.

Paragraful al (3)-lea, reiterează nevoia de pregătire a personalului (administrativ, dar mai ales al celui din poliție și penitenciare).

În ceea ce privește observațiile Comitetului cu privire la art. 13 putem reține că pregătirea de care se vorbește trebuie să fie standard și obligatorie. De asemenea, dna Flynn a identificat domeniile unde această pregătire este necesară: poliție și personal al închisorilor dar

și pentru avocați, judecători, personal al curților, asistenți sociali. Educația nu trebuie să vizeze doar dizabilitatea ci și intersecționalitatea acesteia cu alte identități precum: gen, etnie (după cum reiese din recomandările făcute Statelor El Salvador, Tunisia și Australia.). Comitetul a punctat de asemenea ca *adaptarea rezonabilă* trebuie să fie oferit femeilor și fetelor mai ales în ceea ce privește sistemul penal, în special față de victimele abuzurilor (El Salvador). În ceea ce privește China, Comitetul a făcut o observație expresă în ceea ce privește reforma în domeniul asigurării ajutorului judiciar legal și în stabilirea de centre de ajutor judiciar pentru persoanele cu dizabilități care să recunoască identitatea acestora, deplina capacitate legală a persoanelor și prin aceasta egalitatea în fața legii.

În ceea ce privește interacțiunea art. 13 cu alte articole ale Convenției, s-a făcut trimitere la legătura care există între acesta și art. 9 privind accesibilitatea, art. 5 privind egalitatea și nediscriminarea și art. 12 privind egalitatea în fața legii. Art. 5 și 9 au fost analizate de dna Anna Lawson⁶⁶, iar art. 12 de dna Flynn.

Pentru a vorbi despre art. 5 și art. 9, dna Anna a vrut să aducă la cunoștință unele exemple practice. Au fost prezentate două cazuri cu persoane aparținând sistemului judiciar. Primul l-a reprezentat cazul unui avocat cu dizabilități care trebuia să fie purtat pe sus pentru a avea acces în sala de judecată, al doilea l-a reprezentat un caz din Polonia în care un membru al procuraturii, în urma unui accident, a dobândit o dizabilitate și, pe acest motiv, i-a fost refuzat dreptul de a mai profesa. S-au menționat apoi cazuri în care pârâții ori reclamanții erau cei care sufereau de o dizabilitate dintre care *Stanford vs. Regatul Unit*⁶⁷ în care un bărbat acuzat de infracțiuni, datorită faptului că era surd, nu a putut asculta procedurile.

Obligațiile de accesibilizare se regăsesc în art. 9 al Convenției și pentru înțelegerea lor ne putem folosi și de Comentariul General nr. 2 al Comitetului. Câteva chestiuni tot rămân nerezolvate în special legătura dintre accesibilizare și discriminare. Ceea ce este însă limpede este obligația statelor de a identifica și elimina barierele, de a folosi standarde minime privind accesibilitatea și a impune respectarea lor, obligația de consultare cu asociațiile persoanelor cu dizabilități (art. 4 al. (3)) pentru identificarea adevăratelor bariere, identificarea persoanelor cu dizabilități ca un grup⁶⁸, întrucât măsurile de accesibilitate privesc în principal barierele identificate la nivel de grup, nu la nivel individual.

În ceea ce privește art. 5 privind nediscriminarea, există obligații pentru State de a interzice discriminarea atât în art. 5 cât și în art. 4. Discriminarea presupune mai ales eșecul în a conferi *adaptarea rezonabilă* (definit în art. 2) Aceasta presupune modificarea ori adaptările necesare pentru a înlătura un dezavantaj creat unei persoane într-un caz particular, barierele pe care o persoană în concret le poate întâmpina, spre deosebire așadar de *accesibilizare și acomodările procedurale sau în legătură cu vârsta*. Este permisă în acest context, al *adaptărilor rezonabile (reasonable accommodation)*, apărarea bazată pe *undue or disproportionate burden*.

Dna Flynn a vorbit apoi despre art. 12 în relația sa cu art. 13. În opinia Comitetului exprimată în Comentariul General nr. 1 putem regăsi conceptul de personalitate legală în corelație cu cel de *legal standing (locus standi)*⁶⁹ atunci când se solicită explicit recunoașterea fiecărui individ dincolo de orice dizabilitate, aparență dizabilitate ori impediment, ca persoană în fața legii. Iar „*enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life*” are

deosebită importanță în contextul *litigation capacity*. În acest context subliniindu-se că a și se recunoaște capacitatea legală este o premisă a dreptului de a-ți înstructa apărătorul ales, dar și în contextul răspunderii penale, în stabilirea a ceea ce în sistemul de common law se numește *fitness to plead*⁷⁰. În discuțiile cu privire la asigurarea accesului persoanelor cu dizabilități la suportul necesar acestora în vederea exercitării capacității legale, s-a făcut trimitere la relațiile stabilite de Comitetul Convenției în Comentariul General nr.1 (paragr. 38 și 39)⁷¹

Pe scurt, mesajul Comitetului este acela că, în toate etapele procesuale, nu doar în faza judecății ci și în cele preliminare, investigative dar și ulterioare acesteia, chiar și în etapa detenției, trebuie să existe suportul necesar persoanei pentru exercitarea capacității sale legale. De asemenea persoanele cu dizabilități trebuie să fie recunoscute ca având *litigation capacity* (și să li se confere suportul de care ar putea avea nevoie pentru aceasta) dar și *legal standing*.

4.2. Accesul la justiție din perspectiva dreptului național

Continuând asupra celui de-al doilea obiectiv al zilei, accesul la justiție la nivel național s-a abordat, pentru început, problema accesului la serviciile unui avocat dar și a dreptului de instruire al acestuia de către clientul cu dizabilități. S-a punctat că în orice țară în care există o legislație antidiscriminare, aceasta se aplică și furnizării bunurilor și serviciilor, deci se va aplica și la prestarea de servicii de asistență juridică, ceea ce înseamnă că avocaților li se aplică obligația de a furniza *adaptare rezonabilă*. Tot în acest context trebuie avut în vedere și conceptul de design universal și accesibilitate.

4.2.1. Accesul la asistență juridică și dreptul de a îndruma propriul avocat

Discuțiile au demarat prin abordarea conceptelor de *Litigation capacity* și răspundere (*liability*) a avocaților în contextul prezenței dizabilităților. S-a arătat că testele actuale care sunt menite să stabilească *litigation capacity* solicită ca viitorul client să înțeleagă la modul general problema care face obiectul litigiului și să fie capabil să exprime un punct de vedere clar și consecvent cu privire la finalitatea demersului. Opinia dnei Eilionoir este că standardul setat este unul ridicat, chiar și pentru cei fără dizabilități, punctând că în practică standardul tinde să fie aplicat doar persoanelor cu dizabilități. În ceea ce privește evaluarea capacității de a instruce s-a arătat că multe state au mijloace de a determina capacitatea mentală a persoanelor pentru a stabili dacă acestea își pot instruce proprii avocați, arătându-se că multe coduri de etică ori practică a corpurilor profesionale ale avocaților încă mai conțin evaluări bazate pe statutul persoanei în stabilirea capacității mentale de a instruce prin care se arată că avocații nu pot reprezenta *persons of unsound mind*, în caz contrar, fiind pasibili de răspundere. Cu toate acestea, există și evaluări funcționale ale capacității de a instruce un avocat ce implică testarea a patru elemente: a) înțelegerea informației, b) memorarea, c) capacitatea de a o analiza în vederea ajungerii la o decizie și d) comunicarea deciziei celorlalți. (iarăși un standard foarte ridicat s.a. E.F.) Dar din Comentariul General nr. 1 reiese că „deficiențele percepute ori reale ale capacității mentale nu pot servi în a justifica refuzul recunoașterii (*to justify denials of*) capacității legale” ceea ce prezintă o adevărată problemă pentru sistemele care folosesc astfel de mijloace de evaluare. Capacitatea legală înglobează capacitatea de a instruce propriul avocat. Astfel într-o lume ideală, post art. 12 ar trebui să

dispară orice asemenea test din partea avocaților care interacționează cu persoane cu deficiențe mentale. Aceștia ar trebui să acționeze cu bună-credință în baza comunicării pe care o au cu persoana în cauză, pentru a descoperi voința și preferința acesteia și să se folosească de voința și preferințele persoanei în identificarea instrucțiunilor de care trebuie să țină seama. Însă avem nevoie de asigurare de răspundere pentru avocații în cauză pentru a atinge o astfel de reprezentare. De asemenea avem nevoie de recunoașterea legală a persoanelor de suport liber-alese de persoanele cu dizabilități, persoane care pot conferi suportul necesar comunicării și instruirii corecte a avocaților, atunci când aceștia nu pot înțelege ei înșiși voința persoanei cu dizabilități, iar aceasta presupune o disponibilitate din partea avocaților de a accepta ceea ce li se comunică de către persoana de suport,

Dna Eilionoir a furnizat exemple pozitive de comunicare din Regatul Unit. A arătat de asemenea că în relația avocat-client, clientul este cel care are dreptul să dicteze cum își dorește finalizat litigiul rămânând în sarcina avocatului să identifice și să aplice mijloacele în vederea atingerii aceluia obiectiv trasat de client.

Reprezentativitatea din partea persoanelor cu dizabilități în poziții de autoritate în cadrul profesiilor juridice, precum în cadrul oricărei comunități marginalizate din punct de vedere al accesului la justiție⁷², este esențială întrucât aceste persoane din cadrul sistemului judiciar, pot înțelege circumstanțele în care se găsesc persoanele cu dizabilități și le pot insufla acestora încredere.

4.2.2. Sisteme de acces în alte ramuri de drept

Sistemele pe care Statele sunt obligate să le dezvolte în materie de soluționare a plângerilor nu vizează doar dreptul penal ci toate celelalte ramuri de drept, a afirmat dna Anna continuând apoi să vorbească despre mecanismele de acces în fața instanțelor civile.. S-au adus ca exemple de astfel de mecanisme: *Ombud officers* delegați cu plângerile în materia administrației publice, *Equality commissions*, pentru egalitate și nediscriminare, *Instituții în materia drepturilor omului*, *mecanisme interne* de soluționare a plângerilor în materia diferiților furnizori de servicii precum cele educaționale ori din domeniul sănătății. Și acestor mecanisme li se aplică standardele privind accesibilitatea, *adaptarea rezonabilă*, recunoașterea capacității legale și conferirea, la nevoie, de suport în vederea exercitării acesteia. S-a folosit apoi ca exemplu cauza *Durdevic v. Croația*⁷³ pentru a demonstra consecințele negative ale lipsei unor mecanisme efective de soluționare a plângerilor.

4.2.3. Accesul la justiție prin intermediul poliției

În ceea ce privește accesul la justiție prin intermediul poliției, s-a făcut trimitere la art. 13 și 16 din Convenție, protecția împotriva exploatării, violenței și abuzului. De asemenea s-a indicat că normele dinamice ale Convenției (precum cele privind accesibilitatea, nediscriminarea etc.) se aplică și poliției. În minutele următoare s-a vorbit despre barierele ridicate de relația cu poliția. Acestea ar fi: stigma cu privire la persoanele cu dizabilități,⁷⁴ bariere provenind din percepția unei lipse de credibilitate,⁷⁵ din lipsa accesului fizic sau a lipsei de comunicare cu poliția. O altă barieră provine din ceea ce s-a numit *controlling care*, faptul că victimele cu dizabilități nu sunt întrebate direct dacă vor să renunțe la o procedură judiciară, ci este consultat fie tutorele, fie un membru al familiei.⁷⁶ Și nu în ultimul rând bariere create de lipsa din încredere a persoanelor cu dizabilități față de poliție sau lipsa cunoștințelor acestor cu privire la drepturile lor.

În ceea ce privește situația persoanelor cu dizabilități având calitatea de suspect și s-a subliniat nevoia schimbării practicilor poliției pentru a facilita comunicarea. S-a vorbit despre cauza *Jasinski vs Lituania*⁷⁷. De asemenea schimbarea practicilor în materia reținerii (situații exemplificate prin cazurile *Abdulkarriem*⁷⁸ din Irlanda și *Ethan Saylor* din Maryland⁷⁹). S-au oferit apoi și exemple de bune-practici.

4.2.4. Participarea în sala de judecată

În ceea ce privește participarea în sala de judecată discuțiile s-au purtat în jurul accesului fizic și al designului sălilor în care se țin procesele dar și despre comunicarea în instanță, crearea de proceduri menite să combată prejudecățile create de dizabilitate, modalități adiacente oferite acestor persoane pentru a proba, modalități prin care persoanele cu dizabilități să poată comunica efectiv. S-a făcut trimitere la cauza *V vs. U.K.*⁸⁰.

4.2.4.1. Exemple de bune practici:

S-a permis copiilor cu autism și sindrom Asperger ca în pauzele dintre interogatorii să sară pe o trambulină ori să pedaleze o tricicletă, unei fetițe de 15 ani cu deficiențe psihice și de comunicare i s-a permis să își scrie răspunsurile la interogatoriu și să poarte gluga hanoracului pe cap. unui bărbat suferind de autism i s-a permis să depună mărturie în timp ce purta cu el o coadă de leu – obiectul său de confort. De asemenea s-a făcut trimitere la un material informativ pentru judecătorii britanici⁸¹ și la legea israeliană privind investigarea și procedurile de ascultare adoptată persoanelor cu dizabilități mintale și psihologice. (Legea 5765 -2005).

La final dna Flynn a expus caracteristicile raționale ale sistemelor juridice actuale, iar cei prezenți au fost invitați să mediteze cu privire la ce este cu adevărat prețios pentru sistemul judiciar, ce putem păstra și totodată să asigurăm *adaptare rezonabilă* pentru persoanele cu dizabilități în situațiile acestora de pârâți ori reclamanți.

4.3. Participarea în sfera politică: „Vocea mea – votul meu”

Dna Janet Lord a atribuit Convenției cea mai clară articulație a drepturilor de participare din întreaga sferă a drepturilor omului.

Limitările și restricțiile, în sfera dreptului internațional și a drepturilor omului, sunt în general permise dar supuse unei interpretări stricte. Drepturile politice sunt de regulă derogabile în sfera drepturilor dizabilității (spre deosebire de sistemul inter-american unde drepturile politice sunt inderogabile). De aceea, limitările și restricțiile trebuie să fie necesare și proporționale într-o societate democratică. Este necesar ca avocații ai drepturilor omului să înțelegem ce înseamnă aceasta. În opinia dnei Lord, limitările dreptului la vot pentru persoanele cu dizabilități nu sunt niciodată necesare într-o societate democratică. În continuare, dna Lord a vorbit de procesul electiv, S-au reluat apoi standardele impuse de Convenție în materia drepturilor politice: obligația de a asigura *adaptarea rezonabilă* pentru a facilita dreptul la participare politică, dreptul de acces la înregistrare (pe listele electorale) și acces egal și efectiv la procesul de vot, asigurarea că procedurile de vot, locațiile și materialele de vot sunt adecvate, accesibile și ușor de înțeles și folosit, acces efectiv la locațiile de vot, dreptul de a vota în secret, suport în exercitarea dreptului de vot doar din partea unei persoane de suport aleasă de persoana cu dizabilități. S-au oferit diferite exemple de punere în practică a acestor standarde în diferite țări.

4.4. Candidatura în viața politică și persoanele cu dizabilități

DI Steven Estey⁸² a exemplificat apoi dificultățile întâmpinate de persoanele cu dizabilități în încercarea de a candida în viața politică. După opinia sa, art. 29 din Convenție reprezintă cu mult mai mult decât dreptul la voi și doar implicarea persoanelor cu dizabilități în funcții de conducere ce presupun ori se află în legătură cu procese de luare a deciziilor, va produce schimbare. Doar prin utilizarea art. 29 vom ajunge să avem în funcții de conducere persoane sensibile și în cunoștință de cauză cu privire la normele convenției și dispuși să le aplice⁸³. S-a menționat totodată constituirea în U.K. a unui fond destinat cheltuielilor legate de dizabilitate pentru cei care vor să candideze în funcții publice.

4.5. Kiss vs. Ungaria în lumina C.E.D.O. și a Convenției

Sub îndrumarea dnei Lord, s-a abordat apoi într-un exercițiu colectiv cazul Kiss vs. Ungaria⁸⁴ pentru a se răspunde la o serie de întrebări: dacă legea ungară încălca principiile Convenției, dacă persoanelor puse sub interdicție trebuie să li se retragă automat drepturile politice și dacă există situații în care ar trebui să li se retragă drepturile politice fie cu titlu permanent fie temporar, dacă a împiedica o anumită categorie de oameni de la vot protejează sistemul electoral și dacă este licit să retragi în unele cazuri, dreptul la vot, când, de ce ori de ce nu. Răspunsurile la aceste întrebări au fost identificate apoi în Comunicarea Comitetului nr. 4/2011.⁸⁵ Statele părți trebuie să se asigure că persoanele cu dizabilități pot participa în viața publică și politică deplin și efectiv, de o manieră egală cu ceilalți, inclusiv prin garantarea dreptului lor la vot; art. 29 nu întrevode nici o posibilă restricție și nici nu permite vreo excluziune a vreunui grup de persoane cu dizabilități; excluderea de la dreptul la vot bazată pe o dizabilitate fizică sau psihică, percepută ori reală, inclusiv o restricție bazată pe o analiză individuală, constituie discriminare pe bază de dizabilitate; în ceea ce privește legea ungară, aceasta viola atât art. 29 cât și art. 12 din Convenție.

Regatul Unit a fost apoi conferită ca exemplu de stat ce a abolit din 2006 orice principiu care interzice persoanelor să voteze ca urmare a sau în legătură cu incapacitatea ori capacitatea lor mentală⁸⁶.

4.6. O perspectivă a dizabilității privind dreptul de vot

A urmat discursul dnei Gáinne Murphy⁸⁷ și al dnei Katie Troy din partea Down Syndrom Ireland. Acestea au abordat, din perspectiva persoanelor cu sindrom Down, dificultățile dar și soluțiile din cadrul procesului de vot.

Dna Gáinne Murphy a făcut trimitere la proiectul european *My opinion, my vote*⁸⁸. A încercat apoi, ca în lumina studiului efectuat prin acest program, să răspundă la întrebarea: de ce doresc persoanele cu dizabilități să participe în procesul votului? Răspunsurile au fost că aceștia doresc să își urmărească interesele strâns legate de dizabilitatea lor, alte interese ce coincid cu cele ale unui segment mult mai mare al societății și că doresc ca, la fel ca ceilalți cetățeni, să își modeleze comunitățile și prin aceasta să devină persoane recunoscute și membri care să conteze în comunitate.

Problemele cu care se confruntă persoanele cu dizabilități nu sunt în Irlanda atât cele legate de procesul votului (buletinele de vot sunt tipărite cu litere mari și conțin și imagini) cât cu cine să voteze. Aceasta întrucât informațiile despre alegeri, politicieni și partide sunt dificil de înțeles.

Dna Katie Troy a vorbit despre implicarea Down Syndrome Ireland National Advisory Council în soluționarea acestor aspecte. Aceștia au militat pe lângă partidele politice și instituțiile publice să introducă materiale informative ușor de citit, au creat propriile materiale pentru o campanie de educare a publicului cu privire la dreptul la vot a persoanelor cu sindrom Down, inclusiv materiale ușor de citit. au ajutat la dezvoltarea unui program public educațional.

S-a punctat necesitatea educării atât a persoanelor cu dizabilități cât și a personalului electoral în așa fel încât primele să își poată cunoaște propriile drepturi politice și să poată da un vot informat. În Irlanda a funcționat și funcționează un program educațional pentru aceste persoane creat din mai multe module⁸⁹ care prin diferite tehnici educaționale a informat aceste persoane despre dreptul lor și cum pot, dacă așa doresc, să și-l exercite. De asemenea și politicienii care au venit să se adreseze acestor persoane au fost educați cu privire la ce limbaj și cum trebuie să se adreseze pentru a fi înțeleși cu ușurință.

4.7. Masă rotundă

După aceste prezentări a urmat o masă rotundă de discuții axată pe tema accesului la justiție și participare politică în care au fost abordate problemele din practică cum ar fi: accesul în sistemele de justiție informală (în Kenya), problemele legate de mecanismele de sesizare cu privire la abuzuri în sistemul și serviciile medicale (Marea Britanie), insuficiența prezență a centrelor de studii juridice privind dizabilitatea și a centrelor de informare și asistență juridică pentru persoanele cu dizabilități cu privire la drepturile lor (Irlanda), lipsa informării cu privire la funcționarea sistemului judiciar, respectul acordat sesizărilor și a voinței persoanelor cu dizabilități agresate fizic ori sexual cu privire la demersurile ulterioare de către procuratură (în Statele Unite ale Americii) în sistemul de asistență juridică, pregătirea unui număr suficient de specialiști în probleme de dizabilitate (Australia) importanța interdisciplinarității între sfera academică și a diferiților practicieni în domeniul dizabilității, existența barierelor în accesul la educația superioară pentru persoanele cu dizabilități, a accesului la sistemele de justiție informale (și la mediere), despre rolul de acuzat în procedurile judiciare și a tratamentului persoanelor cu dizabilități în cursul procesului dar și ulterior, în etapa ispășirii pedepselor în închisoare. Despre accesul la justiție a persoanelor cu dizabilități în sistemul de drept penal australian s-a făcut trimitere la raportul Comisiei Australiene a drepturilor Omului pe care îl indicăm mai jos.⁹⁰

5. Ziua a IV-a Implementare, monitorizare și *strategic litigation*

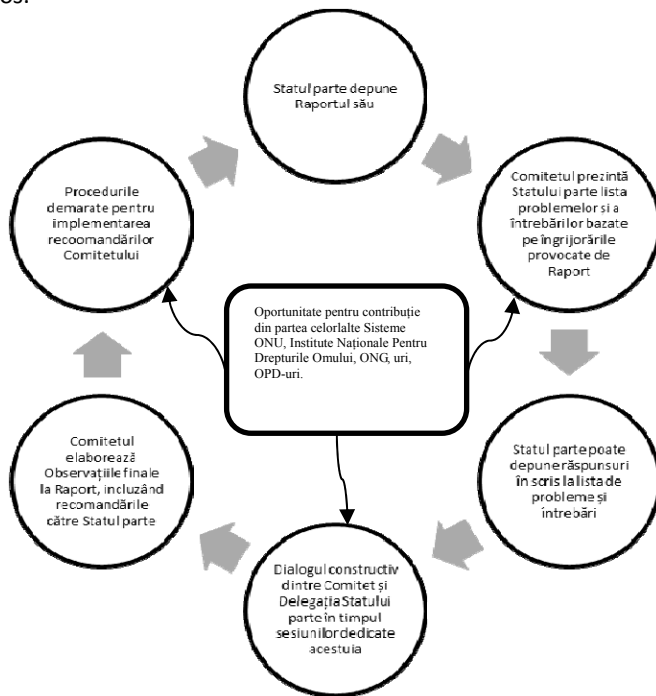
5.1. Despre monitorizare și munca Comitetului

DI Gabor Gombos a discutat despre monitorizarea implementării Convenției și munca Comitetului în acest sens.

Nevoia monitorizării a fost justificată prin trei argumente: există state care ratifică convențiile doar dintr-o dorință de a se pune într-o lumină mai bună în plan internațional. Aceste state vor îndeplini o parte din obligații dar vor uita de celelalte. Un alt motiv îl constituie dorința de a crea o modificare sistemică iar nu doar cosmetică la nivel social și de aceea avem nevoie să știm care sunt problemele sistemului. Nu în ultimul rând, monitorizarea de către un organism extern creează spațiul necesar îndrumării din exterior.

Referitor la cum este privită munca Comitetului de către asociațiile și participanții la nivel local, s-au arătat trei motive de scepticism care ulterior au fost combătute: Primul l-ar reprezenta distanța fizică înspre Geneva ceea ce ar implica cunoașterea atât a situației de la nivel local cât și a materialelor elaborate de către Comitet. Această îngrijorare a fost tratată de către Comitet prin deschiderea sa față de utilizarea mijloacelor de comunicare la distanță chiar și în cazurile grupurilor informale ale persoanelor cu dizabilități. Al doilea motiv l-ar reprezenta lipsa unui mecanism efectiv de punere în executare a recomandărilor Comitetului, iar al treilea, teama că deciziile Comitetului sunt influențate de considerente politice. S-au adus argumente pentru contracararea celor două motive de scepticism. Cu privire la maximizarea efortului Comitetului și creșterea efectivității sistemului internațional s-a accentuat puternic nevoia implicării active a societății civile doar cu ajutorul căreia se poate ajunge la reformă.

În legătură cu procesul de raportare, s-a discutat pe baza diagramei ONU⁹¹ pe care o traducem mai jos:



1) Raportul Guvernului Statului parte trebuie să implice OPD-urile și societatea Civilă. Atât ONG-urile cât și OPD-urile trebuie să fie pregătite să realizeze rapoarte independente. Sunt implicate de asemenea Instituțiile Naționale Privind Drepturile Omului.

2) După primirea Raportului Statului se eliberează o listă cu un număr limitat de probleme. Comitetul este conștient că există diferențe între ceea ce raportează Guvernele și ce raportează sursele autonome (independente). În această etapă le este permis societății civile și experților independenți să ofere un punct de vedere, însă, într-o manieră coordonată. Aceștia pot trimite recomandări cu privire la întrebările ce vor fi incluse în lista Comitetului.

3) În etapa următoare, Guvernele răspund în scris cu cel puțin două săptămâni înaintea audierilor. Societatea civilă și experții independenți pot oferi și ele răspunsurile proprii la lista de întrebări, urmând ca răspunsurile surselor independente să fie comparate de Comitet cu cele oferite de Statul examinat.

4) Dialogul constructiv are loc în următoarea etapă la Geneva. Comitetul adresează de o manieră constructivă întrebări delegației statului. Dacă Guvernul cooperează prin răspunsurile sale, se intră într-un dialog real. Comitetul se poate întâlni cu reprezentanți ai OPD-urilor în informări de ultim minut înainte de dialogul constructiv. Comunicările pot fi făcute, în lipsa posibilității de deplasare, și prin e-mail.

5) Rezultatul dialogului îl constituie Observațiile finale (*Concluding Observations*). Acestea conțin lista îngrijorărilor Comitetului și modul de rezolvare propus pentru acestea. Pentru a fi constructive, recomandările trebuie să nu fie generice dar nici excesiv de descriptive. Comitetul nu poate face trimiteri în sensul modificării de paragrafe din actele normative, el nu cunoaște situația legislației domestice. Membrii Comitetului atunci când se discută raportul Țării din care provin, pentru a nu se afla în conflict de interese, nu intră în constituirea acestuia. Este așadar foarte important ca Observațiile Finale să fie redactate în baza unor informații temeinice provenite din partea raportorilor independenți. Atât *live webcast*-urile dialogurilor Comitetului cu delegațiile statelor membre cât și arhiva acestora este disponibilă spre consultare surselor independente. Unele raporturi alternative își încheie în avans capitolele cu recomandări pe care se așteaptă să fie luate în considerare de Comitet la redactarea observațiilor finale.

6) Cu Observațiile finale se încheie implicarea Comitetului, urmând ca munca să fie efectuată la nivel local prin consultarea continuă și implicarea ONG-urilor și OPD-urilor. După patru ani, urmează un nou raport din partea Statului.

În concluzie, dl Gabor Gombos a arătat că dacă Comitetul este abandonat de societatea civilă, nu ne putem aștepta decât ca slăbiciunile sistemului să își facă simțită prezența.

S-a discutat apoi despre posibilitățile dar și capcanele din procesul raportării.

A urmat prezentarea mecanismului de *Inquiry Procedure*⁹² ce se activează dacă există suspiciuni de grave și sistematice violări ale drepturilor omului indicându-se că Regatul Unit se află momentan într-o astfel de procedură pornită de Comitetul Convenției.

De asemenea, Protocolul Facultativ al Convenției permite plângeri individuale. Acestea sunt permise persoanelor care fac parte dintr-un Stat parte la Convenție care a ratificat și Protocolul Facultativ, persoană căreia i-au fost violate drepturile garantate de Convenție și a epuizat în prealabil toate remediile interne. Rezultatul procedurii în fața Comitetului nu poate fi o hotărâre ci o Opinie a Comitetului (*View of the Committee*)⁹³. Avantajele folosirii acestui instrument în detrimentul apelării la Curtea Europeană a Drepturilor Omului au fost prezentat în intervenția dlui Duncan Wilson.⁹⁴ Aceasta a arătat că subiectul plângerii poate influența demersul ales. Astfel dacă este vorba despre drepturi civile și politice, Curtea de la Strasbourg ar putea reprezenta, prin mecanismele de punere în executare, o alegere mai potrivită. Cu toate acestea și acolo există limitări în privința modului de abordare a drepturilor persoanelor cu dizabilități. Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-ar putea referi

la Convenție, dar ar avea o interpretare mai limitată a acesteia. În ceea ce privește drepturile economice sociale și culturale ori drepturile hibride cuprinse în Convenție, este posibil ca Înalta instanță să nu aibă competență materială ori dacă s-ar referi la acestea, să le privească dintr-o perspectivă parțială și îngustă. De asemenea alegerea depinde și de țara din care provin plângerile, Țări precum Olanda iau foarte în serios procedura individuală în fața Comitetelor O.N.U.

Prezentarea a fost apoi orientat spre nevoia de extindere a sferei discuțiilor legate de dizabilitate și dincolo de Comitetul prezentei Convenții, spre celelalte Comitete O.N.U. De asemenea monitorizarea nu trebuie restrânsă doar la un Organ al unei Convenții O.N.U. ci trebuie extinsă; colectarea de date statistice autentice în teren permite o abordare inter-instituțională la nivel O.N.U.

S-au precizat apoi trăsăturile ultimului mecanism de raportare *Universal Periodic Review*.

Un ultim aspect l-a vizat transformarea monitorizării în schimbări palpabile. S-a apreciat că orice critică trebuie făcută doar în vederea reformei, conformitatea cu o Convenție poate fi obținută doar în baza așteptărilor, a dorinței sociale înspre conformitate, în timp ce monitorizarea este o articulație a așteptărilor de pe plan internațional.

5.2. Ce se monitorizează

DI Nail Crowther⁹⁵ și DI Duncan Wilson au vorbit apoi despre cum se realizează monitorizarea

DI Nail Crowther a abordat problema monitorizării. A prezentat monitorizarea așa cum este ea reglementată de Convenție și a precizat unele abordări pe care monitorizarea le-a luat sub Convenție.

Monitorizarea reprezintă un instrument al implementării și prin ea se realizează scopul convenției: redarea puterii și recunoașterii persoanelor cu dizabilități. Abordarea Convenției este una inedită prin încercarea de a aclimatiza monitorizarea la nivel local în baza unui principiu al subsidiarității. Acest proces de monitorizare se mai întâlnește doar sub Mecanismul de protecție național⁹⁶ cuprins în Protocolul Facultativ al Convenției împotriva torturii și a altor tratamente sau pedepse inumane degradante sau crude⁹⁷.

A urmat analiza art. 33 art. 34 și 31. Monitorizarea ar trebui să se realizeze sub trei nivele: structuri⁹⁸, procese⁹⁹ și rezultate¹⁰⁰.

Despre modelele de monitorizare s-a făcut referire la analiza și colectarea de date¹⁰¹, la nevoia de a implanta Convenția în sistemele actuale de monitorizare¹⁰² la supravegherea, tragerea la răspundere și reportajul, (ultimele modalități informale dar cheie)¹⁰³. Mesajul de final a fost că monitorizarea este o acțiune civică și că ar trebui să existe în viața și preocupările tuturor.

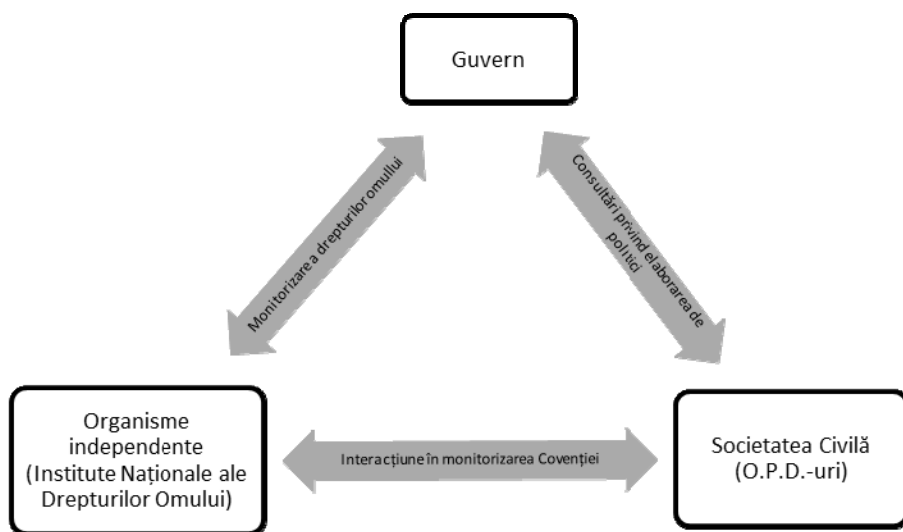
DI Duncan Wilson a oferit exemple practice asupra arhitecturii expuse anterior. A explicat rolul instituțiilor localizate în Scoția cu privire la protecția și implementarea drepturilor persoanelor cu dizabilități pe întreg teritoriul Regatului Unit (*Scottish Human Rights Commission* și *Equality and Human Rights Commission*). Acestea au creat programe de informare, de monitorizare prin interacțiunea și antrenarea persoanelor cu dizabilități, au promovat metode inovative prin intermediul internetului, au contribuit la realizarea unei strategii naționale privind drepturile persoanelor cu dizabilități.

S-a discutat apoi despre importanța și limitele metodelor cantitative și calitative de colectare a datelor în baza art. 34. Pentru a se putea progresa în implementarea obligațiilor Convenției, metodele utilizate ar trebui să adune date calitative și cantitative dezagregate pentru a puncta intersecționalitatea și interrelaționalitatea dezavantajelor sistemice suferite de persoanele cu dizabilități.

5.3. Art. 33, exemple

Dna Meredith Raley¹⁰⁴ a oferit exemple concrete în ceea ce privește art. 33. Aceasta a abordat istoricul Instituțiilor Naționale privind Drepturile Omului¹⁰⁵ și a Principiilor de la Paris¹⁰⁶. Totodată a scos în evidență promovarea acestora în cadrul Națiunilor Unite și a *International Coordinating Committee* și de prezența, pentru prima oară într-un proces de redactare a acestor Instituții Naționale, în cadrul Convenției. S-a amintit despre precedentul Mecanismului de protecție național din cadrul Protocolului facultativ al Convenției împotriva torturii și a altor tratamente sau pedepse inumane degradante sau crude, anterior amintit în prezentarea dlui Nail Crowther. Dna Meredith a făcut apoi distincțiile necesare între Mecanismul de protecție național și mecanismul din Convenție.

În final a reamintit istoricul art. 33 din Convenție și cum obligația statelor de a asigura participarea iar nu doar consultarea persoanelor cu dizabilități a ajuns să fie trecută în Convenție.



5.4. Structura triunghiulară a art. 33

Dna Magdi Britha¹⁰⁷ a vorbit apoi despre structura triunghiulară cuprinsă în art. 33 și despre implementarea acestuia articol într-o manieră conformă Convenției Totodată a prezentat practici promițătoare din partea Australiei și Noii Zeelande și pus în lumina reflectoarelor mișcarea ce promovează drepturile persoanelor cu dizabilități din Zambia. În concluzii a evidențiat printre altele că modalitatea de lucru a Guvernelor și a Instituțiilor Naționale privind Drepturile Omului au reprezentat în trecut o abordare inaccesibilă și că noi metode funcționale, accesibile și transparente, care să ofere *adaptare rezonabilă*, trebuie dezvoltate Redăm mai jos diagrama structurii tripartite din art. 33:

5.5. Convenția și situațiile de risc și urgențe umanitare

Dna Nora Grace¹⁰⁸ a abordat apoi problema utilizării Convenției în situații de risc și urgențe umanitare

Aceasta a abordat caracterul individualist al drepturilor omului în gândirea europeană și l-a prezentat în confruntarea acestuia cu abordările privind dezvoltarea axate pe un puternic model economic și matematic și cu țelurile dezvoltării durabile¹⁰⁹. Un alt aspect al discursului l-a reprezentat impactul ori rolul pe care membrii diverselor profesii juridice îl pot avea în transplantul cauzelor internaționale la nivel național, colectiv și individual. Astfel de metode ar putea fi: conștientizarea de către practicieni a barierelor și depășirea obstacolelor de clasă, educație și gen prin comunicarea și conștientizarea existenței persoanelor cu dizabilități în cadrul comunităților. De asemenea dna Grace a considerat ca fiind deosebit de importantă pregătirea specializată a profesioniștilor din domeniul juridic cu privire la aria dizabilității fie că lucrează direct fie că nu au nici un interes în acest domeniu. Tot în acest context, un dialog real cu cei ce lucrează în domeniul internațional al dezvoltării (precum cei din domeniul sănătății și medicinei care adesea fac trimiteri la drepturile omului deși nu le înțeleg în profunzime). Tot un dialog deschis și susținut trebuie să existe și cu reprezentanții sistemelor de justiție informale. De asemenea energia și timpul Organizațiilor persoanelor cu dizabilități trebuie să fie utilizate în acest demers prin crearea unui dialog productiv între cei cu experiență în domeniul drepturilor omului și nevoile acestor persoane. Nu în ultimul rând, mult mai multe persoane cu dizabilități trebuie atrase în profesii juridice. Legea poate fi infinit de creativă și are o putere pe care nici un alt segment al societății nu îl are. De cele mai multe ori, spune dna Grace suntem legați de tradiție și orientați înspre a cita ceea ce s-a spus anterior în detrimentul întrebuirii gândirii de o manieră creativă în utilizarea legii pentru a atinge, crea, susține o diferență reală în societate. O un alt punct de interes al discursului l-a reprezentat abordarea modelului social al drepturilor omului în încercarea de emancipare față de modelul medical. Opinia dnei Grace fiind că în realitate lucrurile sunt mult mai complexe și că mereu va exista și o problemă medicală. De asemenea, există țări în care modelul medical este inexistent, în lipsa unui sistem de asigurări medicale ori a medicilor necesari și că, dincolo de modelul medical, există un model al carității care continuă să existe și care trebuie repudiat. În acest context și a controverselor existente și anterior expuse, o abordare din perspectiva drepturilor omului și a Convenției este un instrument deosebit de important.

5.6. Despre *strategic litigation*

Dna Andrea Comber¹¹⁰ a început prin a arăta că în plan internațional nu există o jurisprudență bogată în materia dizabilității întrucât prea puține din cazurile bune ajung în fața instanțelor internaționale. Lucrurile se vor schimba odată ce Convenția va prinde rădăcini și va penetra sistemele regionale de protecție a drepturilor omului.

A prezentat apoi ce reprezintă *strategic litigation*¹¹¹, cum se poate aborda aceasta în perspectiva Convenției, la nivel național și apoi în sistemele regionale, precum și în fața Comitetului, și câteva aspecte generale privind strategia

Referitor la definirea conceptului, dna Comber a arătat că un caz devine strategic atunci când impactul său depășește sfera individualului. În acest context, legea este folosită pentru a obține un rezultat de durată, dincolo de cauza individuală, și pentru a avea un efect în politica legislativă și în legislația viitoare. În ceea ce privește spațiul european și african, cazurile strategice (care au avut impactul descris anterior) au fost cazuri obișnuite dar care au fost privite într-o manieră creativă. După ce a examinat conceptul în raport cu CEDO, Inter American Court of Human Rights și African Commission on Human and People's Rights, Dna Comber a prezentat structura mecanismului în fața Comitetului Convenției în baza Protocolului Facultativ al Convenției.

În ceea ce privește alegerile strategice în fața Comitetului, cauze vizând dezinstituționalizarea (art. 19), educația (art. 24) precum și cele privind drepturile femeilor (art. 6) ar reprezenta, în opinia dnei Comber, direcția pe care ar trebui să o traseze avocații în etapele următoare. S-a discutat și despre jurisprudența Comitetului care, la data de 19 iunie 2014, însuma 6 cauze: H.M. vs. Suedia, Nyusti și Takács vs. Ungaria, Bujdosó ș.a. vs. Ungaria, Mr. X. vs. Argentina, Gröninger vs. Germania și McAlpine vs. Regatul Unit (caz respins ca inadmisibil *ratione temporis*).¹¹²

În încheiere dna Comber a reamintit nevoia de a fi selectiv în ceea ce privește cauzele înaintate în fața organelor internaționale. De asemenea că obligațiile față de proprii clienți sunt la fel de importante precum obținerea unei hotărâri de impact și că niciodată nu este greșit să ceri pentru atingerea rezultatului dorit, îndrumarea și suportul din partea persoanelor cu experiență.

6. În loc de încheiere

Mesajul Convenției privind drepturile persoanelor cu dizabilități pare să transpară limpede din experiența și expunerile vorbitorilor și participanților la cea de-a VI-a ediție a școlii internaționale de vară privind dreptul dizabilității: mai mult decât orice, suntem oameni iar natura umană trebuie să ne unească în diversitatea manifestărilor noastre. În spatele unui text, cel al Convenției, se află, așa cum am putut afla, o dorință comună de schimbare și de educare a comportamentului uman.

Un exercițiu în vizibilitatea persoanelor cu dizabilități, Convenția Națiunilor Unite vine să reafirme ceea ce pare, nu a fost suficient de bine înțeles: aceste persoane au dreptul să li se recunoască aceleași drepturi ca tuturor celorlalți oameni, iar Statele părți, inclusiv România, s-au angajat să aducă la îndeplinire prin politicile și legislațiile adoptate, acest deziderat.

În ceea ce privește evoluția înspre această dreptate socială și legislativă ce ni se cere să o îmfăptuim la nivel național, lucrurile sunt cât se poate de mohorâte și necesită un studiu distinct. Ceea ce putem remarca acum este că în momentul de față România încă păstrează în noile sale coduri atât perspectiva unui regim de substituire a voinței persoanelor puse sub interdicție judecătorească cât și o îndepărtare a acestora din cadrul procedurilor judiciare¹¹³, accesul la justiție pentru aceste persoane apărând mai curând o himeră. O puternică prezență a persoanei tutorelui în toate procedurile fie ele civile ori penale, precum și lipsa unei proceduri veritabile de plângere recunoscută interzisului judecătoresc împotriva actelor sau faptelor păgubitoare ale tutorelui, vine să însoțească în continuarea imaginea excluderii și ignorării interzișilor judecătorești de către sistemul de drept național. Alăturat acestora, o excludere a dreptului la vot a tuturor celor puși sub interdicție judecătorească pare să fie consfințită, dincolo de textul Constituției¹¹⁴, în toate textele de lege ce vizează exercitarea dreptului la vot.¹¹⁵ Rămâne la latitudinea și la curajul jurisprudenței naționale să facă aplicarea articolelor¹¹⁶ ce prevăd aplicarea prioritară a tratatelor privind drepturile omului atunci când vor fi chemate să soluționeze un conflict de norme și să recunoască *drepturile omului* și persoanelor cu dizabilități.

¹ Această lucrare este rezultatul cercetării doctorale ce a fost posibilă prin sprijinul financiar oferit prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013, cofinanțat prin Fondul Social European, în cadrul proiectului POSDRU/159/1.5/S/132400, cu titlul "Tineri cercetători de succes – dezvoltare profesională în context interdisciplinar și internațional".

* *Doctorand al Școlii Doctorale de Drept a Universității Babeș-Bolyai*; email: jorea_dorin@law.ubbcluj.ro

² http://www.nuigalway.ie/cDlp/Summer_School_2014/summer_school_2014_info.html, data ultimei accesări: 30.08.2014.

³ Convenția Națiunilor Unite privind drepturile persoanelor cu dizabilități (în continuare, *Convenția* s.n. D.J.) adoptată la New York de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la 13 decembrie 2006 (A/RES/61/106), deschisă spre semnare la 30 martie 2007 și semnată de România la 26 septembrie 2007. Convenția a intrat în vigoare în 3 mai 2008, fiind ratificată de România prin Legea 221/2010 publicată în M. Of. al României Partea I. nr. 792 din 26 noiembrie 2010 și a intrat în vigoare pentru România la 2 martie 2011. (În baza art. 45, (2) al Convenției, aceasta intră în vigoare pentru fiecare Stat la 30 de zile de la data depunerii instrumentelor de ratificare la Secretariatul General al Organizației Națiunilor Unite (a se vedea confirmarea depunerii nr. C.N.44.2011.TREATIES-1 (Notification dépositaire), accesată la <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2011/CN.44.2011-Frn.pdf>, data ultimei accesări 14.07.2014.) – ce atestă pentru România data depunerii ca fiind 31 ianuarie 2011 n.n. J.D. A se vedea și art. 14 și 16 a Convenției de la Viena din 23 mai 1969 privind dreptul Tratatelor). Informația oficială privind Ratificarea convenției accesibile și la https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=fr&clang=fr, data ultimei accesări: 14.07.2014. România a semnat în 25 septembrie 2007 și Protocolul Facultativ la Convenție, însă nu l-a ratificat până la această dată. (cf. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&chapter=4&lang=fr&clang=fr data ultimei accesări: 14.07.2014)

- ⁴ Professor of law, director al *Centre for Disability Law and Policy* at the School of Law at National University of Ireland (NUI), Galway.
- ⁵ "The standard Rules on the Equalisation of Opportunities for Persons with disabilities" Adoptate de Adunarea Generală a Națiunilor Unite în cea de-a 48-a sesiune, prin Rezoluția 48/96, anexă din 20 decembrie 1993, accesibilă la <http://www.un.org/esa/socdev/enable/dissre00.htm>. Data ultimei accesări: 06.07.2014.
- ⁶ Un sistem paralel celui de *assistent decision making* este cel al *substitute decision making*, substituirea în luarea deciziilor, identificabil și în sistemul românesc al interdicției judecătorești.
- ⁷ <http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?DocID=24147&&CatID=59>, data ultimei accesări: 14.07.2014.
- ⁸ *Senior Lecturer* al the School of Law (NUI), Deputy Director of the *Centre for Disability Law and Policy* at N.U.I. Galway.
- ⁹ Precum tratatele, legile și legile privind discriminarea n.a. G.Q.
- ¹⁰ Intersecționalitatea privește acumularea dezavantajului provenit nu doar din dizabilitate ci și din marginalizarea persoanelor cu dizabilități provenită din alte considerente, spre exemplu apartenența rasială, orientare sexuală, gen, vârstă.
- ¹¹ CRPD/C/GC/1, accesibil la: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en, data ultimei accesări: 25.08.2014.
- ¹² Tutelă înțeles aici cu sensul de *guardianship*, cuvântul folosit de profesor s.n. J.D.
- ¹³ Aici profesorul Quinn face trimitere la poziția Comisiei de la Veneția și a Consiliului Europei afirmând că aceste foruri nu au înțeles cândva importanța drepturilor politice în relația cu persoanele cu dizabilități dar că acesta consideră că acum o înțeleg și că sunt pe drumul schimbării.
- ¹⁴ Adjunct Professor of Law at American University, School of International, Service, and the University of Maryland Francis King Carey School of Law, international human rights lawyer, Senior Fellow for Human Rights and Inclusive Development at Burton Blatt Institute, Washington D.C.
- ¹⁵ Director, Human Rights and Disability Projects at Australian Human Rights Centre, Faculty of Law UNSW.
- ¹⁶ Bond V. United States: Deciphering Missouri V. Holland and the appropriate scope Of Congress's Powers When Implementing A Non-Self-Executing Treaty, disponibil la <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=9+Duke+J.+Const.+Law+%26+PP+Sidebar+179&srctype=smi&srcid=3B15&key=e3e3053866707728f41ce30c91952aba>, data ultimei accesări: 16.08.2014.
- ¹⁷ (În traducerea română oficială, însoțită de completările noastre) Art. 4 Obligații generale:
1. Statele Părți se angajează să asigure și să promoveze exercitarea deplină a tuturor drepturilor și libertăților fundamentale ale omului pentru toate persoanele cu dizabilități, fără nici un fel de discriminare pe criteriile de dizabilitate. În acest scop, statele părți se angajează:
 - a) Să adopte toate măsurile adecvate legislative, administrative și de altă natură pentru implementarea drepturilor recunoscute prin prezenta convenție;
 - b) Să ia toate măsurile corespunzătoare, inclusiv cele legislative, pentru a modifica sau abroga legile, reglementările, cutumele și practicile existente care constituie discriminare a persoanelor cu dizabilități;
 - c) Să ia în considerare protecția și promovarea drepturilor omului pentru persoanele cu dizabilități în toate politicile și programele;
 - d) Să se abțină de la a se angaja în orice act sau practică ce contravine prezentei convenții și să se asigure că autoritățile și instituțiile publice acționează în conformitate cu prezenta convenție;

e) Să ia toate măsurile corespunzătoare pentru a elimina discriminarea pe criterii de dizabilitate de către orice persoană, organizație sau întreprindere privată;

f) Să inițieze sau să promoveze cercetarea și dezvoltarea bunurilor, serviciilor, echipamentelor și facilităților concepute pe baza designului universal, așa cum este definit acesta în art. 2, care ar presupune o adaptare minimă și la cel mai scăzut cost, pentru a răspunde nevoilor specifice ale persoanelor cu dizabilități, să promoveze existența și să încurajeze utilizarea acestor bunuri, servicii, echipamente și facilități, concepute pe baza designului universal, precum și să promoveze designul universal în elaborarea standardelor și liniilor directoare;

- (*"to promote their availability and use"* textul original folosește termenul de *availability* ceea ce diferă de *existence*. Disponibilitatea este așadar scopul articolului s.n. D.J.)

g) Să întreprindă sau să promoveze cercetarea și dezvoltarea, să facă cunoscută oferta și să încurajeze utilizarea de noi tehnologii, inclusiv tehnologii informatice și de comunicații, dispozitive de suport pentru mobilitate, dispozitive și tehnologii de asistare, adecvate persoanelor cu dizabilități, acordând prioritate tehnologiilor cu prețuri accesibile;

h) Să furnizeze informații accesibile persoanelor cu dizabilități despre dispozitivele auxiliare pentru mobilitate, dispozitivele și tehnologiile de asistare, inclusiv noile tehnologii, precum și alte forme de asistență, servicii de suport și facilități;

i) Să susțină formarea, în domeniul drepturilor recunoscute de prezenta convenție, a profesioniștilor și a personalului care lucrează cu persoane cu dizabilități, în vederea îmbunătățirii furnizării asistenței și serviciilor;

- (*"so as to better provide assistance and services guaranteed by those rights"* textul englez original subliniază că asistența și serviciile furnizate sunt garantate de drepturile recunoscute în Convenție s.n. D.J.)

2. În privința drepturilor economice, sociale și culturale, fiecare stat parte se angajează să acționeze cu toate resursele disponibile și în cadrul cooperării internaționale, dacă este cazul, pentru a asigura, în mod progresiv, exercitarea deplină a acestor drepturi, fără a aduce vreun prejudiciu obligațiilor cu aplicabilitate imediată cuprinse în prezenta convenție, în conformitate cu dreptul internațional;

3. În dezvoltarea și implementarea legislațiilor și a politicilor de implementare a prezentei convenții, ca și în alte procese de luare a deciziilor referitoare la problemele privind persoanele cu dizabilități, statele părți se vor consulta îndeaproape și vor implica în mod activ persoanele cu dizabilități, inclusiv copiii cu dizabilități, prin organizațiile care îi reprezintă.

- (*"and in other decision-making processes concerning issues relating to persons with disabilities"* textul englez original. Problemele (issues) nu privesc persoanele cu dizabilități ci se află în legătură cu acestea. s.n. D.J. Nu se urmărește așadar rezolvarea nevoilor individuale ale persoanelor cu dizabilități, nevoi ce pot cunoaște variații pastelate în funcție de persoană, ci nevoile și barierele comune, semnalate și agreeate la nivel organizațional. De aceea, nu va fi implicată atât persoana cu dizabilități în procesul mai sus amintit, cât organizațiile ce reprezintă persoanele, pentru a da o voce colectivă barierelor ce trebuie îndepărtate. s.n. J.D.)

4. Nimic din ceea ce conține prezenta convenție nu va afecta vreo prevedere care este mai favorabilă respectării drepturilor persoanelor cu dizabilități și care poate fi cuprinsă în legislația unui stat parte sau în legislația internațională în vigoare pentru acel stat. Nu va exista nicio restricție sau derogare de la nici un drept al omului și de la nicio libertate fundamentală recunoscută sau existentă în oricare dintre statele părți la prezenta convenție conform legii, convențiilor, reglementărilor sau cutumelor, sub pretextul că prezenta convenție nu recunoaște asemenea drepturi sau libertăți ori că le recunoaște într-o mai mică măsură.

5. Prevederile prezentei convenții se vor extinde asupra tuturor unităților administrative ale statelor federale, fără nicio limitare sau excepție.
- ¹⁸ Cuprinse în Articolul 3 al Convenției.
- ¹⁹ Articol ce are ca menire recunoașterea dezavantajului dublu pe care femeile cu dizabilități în acumulează. Statele au obligația să asigure că există pe plan național o sensibilizare cu privire la acest aspect și să ia măsuri care să ia în considerare dezavantajul reieșit din diferența de sex.
- ²⁰ Același multiplu dezavantaj se întâlnește, precum în cazul femeilor, și în cazul copiilor cu dizabilități.
- ²¹ Statele sunt obligate să colecteze date corecte, dezagregate pentru o politică legislativă informată.
- ²² Noțiunile de *reasonable accommodation* și *accessibility* nu sunt termeni sinonimi după cum nici termenii de *disability* și *impairment* nu au un sens comun s.n. D.J.
- ²³ Statele trebuie să se abțină în a interveni în exercițiul drepturilor. (În implementarea acestui principiu la Convenție, se poate observa art. 4 al. 1 lit., b), d) s.n.D.J.)
- ²⁴ Datoria Statelor de a împiedica violarea acestor drepturi de către terțe persoane. (a se vedea aplicarea principiului în Convenție în art. 4 al. 1 lit. e) s.n. J.D.)
- ²⁵ Statele trebuie să adopte măsuri adecvate în materie legislativă, administrativă, bugetară, judecătorească și alte asemenea măsuri pentru deplina realizare a acestor drepturi. (a se vedea aplicarea principiului în art. 4 al. 1 lit. a), b) c) s.n. D.J.)
- ²⁶ International Commission of Jurists (ICJ), Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, 26.01.1997, accesat la : <http://www.refworld.org/docid/48abd5730.html>, data ultimei accesări: 18 August 2014.
- ²⁷ (În traducerea română oficială, însoțită de comentariile noastre): Art. 2, al. 5
- Adaptare rezonabilă înseamnă modificările și ajustările necesare și adecvate, care nu impun un efort disproporționat sau nejustificat atunci când este necesar într-un caz particular, pentru a permite (to ensure to persons...) persoanelor cu dizabilități să se bucure ori să își exercite, în condiții de egalitate cu ceilalți, toate drepturile și libertățile fundamentale ale omului.
- Cu privire la efortul disproporționat sau „nejustificat” (*not imposing a disproportionate or undue burden* – redăm varianta textului englez original, pentru a lămurii terminologia utilizată, de *undue burden*, termen care în sfera juridică ar însemna altceva decât nejustificat: “*A substantial and unjust obstacle to the performance of a duty or enjoyment of a right*” cf. Bryan Garner. Henry Campbell Black: *Black’s Law Dictionary*, ediția a IX-a, Ed. West, St. Paul MN, 2009, s.n. D.J.).
- ²⁸ Member of the Permanent Court of Arbitration, member of the Legal Division of the Department of Foreign Affairs, Ireland, vorbind în nume propriu.
- ²⁹ Vezi art. 46 din Convenție și art. 14 din Protocol. Rezervele și Declarațiile sunt abordate în materia regulilor generale trasate de Convenția de la Viena, așa cum se aplică acestea tratatelor privind drepturile omului (s.a. J.K.).
- ³⁰ Spre exemplu un Stat dorește să devină parte la un tratat privind drepturile omului însă nu se află în situația de a aduce la îndeplinire toate obligațiile trasate prin Tratat. În aceste circumstanțe, având în față perspectiva de a nu face parte la tratat ori a întârzia ratificarea, ar putea alege să devină Parte la tratat făcând o rezervă (poziția autorului J.K.).
- ³¹ CCPR, General Comment Nr. 24. Issues Relating to Reservations Made Upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 od the Covenant, 4 noiembrie 1994, CCPR/C/21/Rev/1/Add.6.
- ³² Reservations to the Convention on the Prevention and Crime of Genocide, Advisory Opinion (1951) ICJ, Rep. 24.
- ³³ Belilos v. Switzerland, 29 aprilie 1988, Seria A nr. 132 și jurisprudența subsecventă.
- ³⁴ Guide to Practice on Reservations to Trieties, Yrbk ILC (2011), II, Part. 2.

- ³⁵ Pentru situația acestora se poate consulta:
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=IV-15&chapter=4&lang=en#5 data ultimei accesări: 20.08.2014.
- ³⁶ Stat care considera că regulile aplicabile ar putea include Sharia – legea islamică. Remarca DI Kingston viza faptul că deși Iranul făcuse o declarație interpretativă, statele care au criticat-o, au văzut-o drept o rezervă/.
- ³⁷ Este vorba despre Comitetul creat prin art. 34 al Convenției, corp independent de experți creat cu sarcina de a monitoriza implementarea Convenției de către Statele Părți. Pentru pagina comitetului: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>, data ultimei accesări: 20.08.2014.
- ³⁸ CRPD/C/SLV/CO/1, par. 5 și 6, disponibil la:
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2fSLV%2fCO%2f1&Lang=en, data ultimei accesări: 20.08.2014.
- ³⁹ CRPD/C/AUS/CO/1, par. 8, 9 disponibil la:
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2fAUS%2fCO%2f1&Lang=en, data ultimei accesări: 20.08.2014.
- ⁴⁰ Cu această ocazie, Comitetul a arătat îngrijorarea cu privire la faptul că indicatorii statistici stabiliți de către stat apar drept non obligatorii la nivel local. În timp ce Suedia nu a uzat de dreptul de a face o rezervă la Convenție CRPD/C/SWE/CO/1, par. 5 disponibil la:
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2fSWE%2fCO%2f1&Lang=en, data ultimei accesări: 20.08.2014.
- ⁴¹ A se vedea nota 35.
- ⁴² Traducerea noastră. D.J.
- ⁴³ Extras din varianta oficială a obiecției Guvernului României: In accordance to article 29 of the Convention, the exercise of the right to vote is a component of the legal capacity **which cannot be restricted except** under the conditions and in the manner provided by article 12 of the Convention, not as provided in paragraph 1 and 3 of the reservation, by applying the domestic legal framework.
- ⁴⁴ Interpretarea *in extenso* a prevederilor art. 12 de către Comitetul privind Implementarea Convenției chiar este în concordanță cu cele afirmate de noi. Textul poate fi consultat la: „CRPD/C/GC/1”, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>, data ultimei accesări: 21 august 2014.
- ⁴⁵ Pentru înțelegerea corectă a termenului de *undue influence*, facem următoarele precizări: în doctrina de drept comparat, Konrad Yweigert și Hein Kötz surprind evoluția termenului în cadrul *Courts of Equity* arătând că acesta este folosit în *common law* în principal pentru a descrie abuzul de poziție de încredere ce există în relații precum cele dintre părinte și copil, tutore și persoana aflată sub tutelă, avocat și client, doctor și pacient, confesor și penitent. Termenul este de asemenea utilizat, în *common law*, și pentru a descrie, similar reglementării din dreptul german, din cadrul §138 par. 2 din BGB, cazurile de exploatare nedreaptă a dificultății unei persoane. (Cf. Konrad Zweigert și Hein Kötz: *Introduction to comparative law*, Third Revised Edition, Clarendon Press, Oxford, 2011, p. 428) Același sens îl regăsim și în Black’s Law Dictionary: *the improper use of power or trust in a way that deprives a person of free will and substitutes another’s objective*. Tot acolo se arată că, deși distincția dintre *duress* și *undue influence* și-a pierdut din utilitate odată ce conceptul de *duress* s-a extins pentru a include orice tip de constrângere, astăzi, doctrinar, termenul de *undue influence* descrie mai degrabă persuasiunea nedreaptă decât constrângerea. „Starea mentală a persoanei influențate este, de cele mai multe ori, dar nu în totdeauna, una de euforie, iar nu de frică.” *apud*. John D. Calamari & Joseph M. Perillo, *The Law of Contracts, Third edition, 1987*, §9-9, 351-352, cf. Black’s Law Dictionary, ... p. 1666.

- ⁴⁶ De remarcat că, aceleași caracteristici sunt solicitate și organului judiciar: și autorității competența, independența și imparțialitatea, întrucât se folosește conjuncția *Or* în varianta engleză. Varianta franceză nu surprinde acest aspect însă apare cu același sens în varianta spaniolă (*de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*) de aceea am tradus (păstrând sensul) autorități sau organ judiciar însă din rațiuni stilistice, inversat... spre deosebire de traducerea oficială românească care plasează organul judiciar la final, după ce stabilește caracteristicile ce le atribuie (doar) autorității: "autoritate competentă, independentă și imparțială sau de către un organ judiciar. s.n.D.J.
- ⁴⁷ „*Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée.*” ne spune clar varianta franceză.
- ⁴⁸ În ceea ce privește restrângerea dreptului la vot în cazul persoanelor cu deficiențe intelectuale, fac trimitere la studiul Oficiului pentru Înaltul Comisar al ONU pentru drepturile omului, în care se militează pentru revizuirea și actualizarea Comentarului General nr. 25(1996) al Comitetului privind Drepturile Omului (În ceea ce privește aplicarea Cartei Internaționale privind Drepturile Economice și Politice), studiu disponibil la: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SubmissionThematicStudy/A.HRC.19.36_en.doc, data ultimei accesări: 30.08.2014, precum și la Comunicarea nr. 4/2011 a Comitetului Convenției, anexă la CRPD/C/10/D/4/2011 disponibil la: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Jurisprudence/CRPD-C-10-DR-4-2011_en.doc, data ultimei accesări: 30.08.2014 din care citez: paragr. 9.4 " *The Committee recalls that article 29 of the Convention requires States parties to ensure that persons with disabilities can effectively and fully participate in political and public life on an equal basis with others, including by guaranteeing their right to vote. Article 29 does not foresee any reasonable restriction, nor does it allow any exception for any group of persons with disabilities. Therefore, an exclusion of the right to vote on the basis of a perceived, or actual psychosocial or intellectual disability, including a restriction pursuant to an individualized assessment, constitutes discrimination on the basis of disability, within the meaning of article 2 of the Convention.*"
- ⁴⁹ Professor of Law and Head of Centre for Disability Studies in NALSAR, University of Law, Hyderabad, India.
- ⁵⁰ Care se regăsește printre altele în: Art. 3 al. (1) lit. c); Art. 29, art. 30 din Convenție n.n.D.J.
- ⁵¹ Art. 12 și celelalte art. în strânsă legătură cu acesta.
- ⁵² A se vedea Preambulul convenției, art. 1 al. (1) lit. p) g), Art. 6, Art. 7.
- ⁵³ Art. 4 al. (3) din Convenție.
- ⁵⁴ Director al Forum for People with Disabilities, scriitor, actor și jurnalist.
- ⁵⁵ Adjunct Professor at NALSAR Law University in Hyderabad, India and at the N.U.I. Galway, Centre for Disability Law and Policy.
- ⁵⁶ Despre experimentele neurologice dar și despre critica acestora din perspectivă filosofică, precum și despre conceptele filosofice de autonomie de voință și determinism: *Great philosophical debates free will and determinism*, Teaching Co., Chantilly, Va., 2008, cap. 14.
- ⁵⁷ CRPD/C/GC/1 accesibil la: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CRPD/C/GC/1&Lang=en, data ultimei accesări: 21.08.2014.
- ⁵⁸ Indic în acest context lucrările care mi se par esențiale întrucât în cadrul conferinței nu s-a menționat cu exactitate sursa indicată: Michael Bach, Lana Kerzner, „*A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity*”, *Law Commission of Ontario* (2010), [136](http://www.lco-cdo.org/disabilities-</p></div><div data-bbox=)

[commissioned-paper-bach-kerzner.pdf](#), data accesării: 21 august 2014; Michael Bach, *The Right to Legal Capacity under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Key Concepts and Directions from Law Reform*, Institute for Research on Inclusion and Society, 2012,

http://www.supportedemployment.ca/en/images/employment-program-best-practices_iris.pdf, data accesării: 21 august 2014.

⁵⁹ Am putea adăuga aici că interesele pot diferi în funcție de natura acestora: financiar, cultural, social, familial n.n. D.J.

⁶⁰ Professor and Director of the Centre for Disability Studies at the University of Iceland.

⁶¹ PhD candidate at the Centre for Disability Studies in the Faculty of Social and Human Sciences at the University of Iceland.

⁶² *Independent living*, termen pe care am preferat să îl traducem prin trai independent. Varianta română folosește *viață independentă*.

⁶³ Despre Ed Roberts vezi: <http://www.edrobertscampus.org/about/>, data ultimei accesări: 21.08.2014.

⁶⁴ <http://www.enil.eu/>, data ultimei accesări: 21.08.2014.

⁶⁵ Aceasta întrucât termenii de *procedural and age-related accommodations* ar constitui termeni cu mult mai generici decât *reasonable accommodation*. Mai mult, obligația de a asigura acomodările nu ar putea fi combătută prin argumente legate de rezonabilitate și gradul de împovărare pe care l-ar aduce asupra celui ținut de îndeplinirea obligației. (n.a. E.F).

- textul român folosește termenii de *ajustări de ordin procedural și adecvate vârstei* de o manieră de a complica inutil înțelegerea sensului acestora dacă avem în vedere că același termen de *ajustări* este folosit și atunci când se vorbește de adaptarea rezonabilă. Pentru a păstra consecvența sensului, iar nu a limbajului, am folosit termenul de acomodare n.n. D.J.

Despre relația dintre *reasonable accommodation* și *procedural and age appropriate accommodations* din art. 13 Prof. Anna Lawson a subliniat și dumneai lipsa termenului de *reasonable* din cadrul construcției normative cât și a conceptului de *aplicare individuală*, dar a arătat că, așa cum reiese din Comentariile generale ale Comitetului, acesta caută expres conceptul de *reasonable accommodation* în contextul justiției, lipsa acordării acestor adaptări este văzută drept o încălcare a obligației de a conferi *reasonable accommodation*.

Putem așadar concluziona că acomodările procedurale și în legătură cu vârsta trebuie să fie acordate obligatoriu, indiferent dacă sunt ori nu rezonabile ori împovăraătoare și că depășesc nevoile individuale, iar efectul neacordării lor este acela al considerării comportamentului drept discriminator.

⁶⁶ Senior Law Lecturer at the University of Leeds, member of the University's Centre for Disability Studies.

⁶⁷ C.E.D.O. cauza *Stanford vs. Regatul Unit*. Nr. 16757/90 din 23 februarie 1994, accesibil la: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57874#{%22itemid%22:\[%22001-57874%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57874#{%22itemid%22:[%22001-57874%22]}), data ultimei accesări: 30.08.2014.

⁶⁸ Spre deosebire de *reasonable accommodation* care se aplică la nivel individual.

⁶⁹ În context suntem ferm convingși că *locus standi* se referă la capacitatea procesuală de folosință și exercițiu.

⁷⁰ Determinarea *in concreto* a capacității de a sta ca acuzat în propriul proces ce se realiza după criteriile determinate în cazul *R. v. Pritchard* 1836. Ulterior a fost formulat un test care dacă nu era trecut, conducea la judecarea faptei fără a se vorbi despre vinovăția persoanei și fără prezența acesteia. La finalul procesului se alegeau una din cele trei posibile soluții: *absolute discharge*, *supervision order* ori *hospital order*. Pentru explicarea în detaliu a procedurii în Regatul Unit, precum și despre opinie din

partea *Royal College of Psychiatrists*:

http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/cp197_Unfitness_to_Plead_consultation.pdf și

<http://www.rcpsych.ac.uk/pdf/Final%20response%20to%20Unfitness%20to%20Plead.pdf>, data ultimei accesări: 25.08.2014.

⁷¹ Pentru trimitere, a se vedea nota 11.

⁷² S-a făcut trimitere la: Ghai, Yash P, și Cottrell, *Marginalized Communities and Access to Justice*, Abingdon [England]; New York, Routledge, 2010.

⁷³ A se vedea C.E.D.O., cauza Đorđević v. Croatia, nr. 41526/10 din 24 iulie 2012, accesat la: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:\[%22OF%20%C4%90OR%C4%90EVI%C4%86%20v.%20CROATIA%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-112322%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22OF%20%C4%90OR%C4%90EVI%C4%86%20v.%20CROATIA%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-112322%22]}), data ultimei accesări: 28.08.2014. În această cauză o persoană cu multiple dizabilități și mama acesteia a fost hărțuită și agresată fizic și psihic pe considerentul dizabilității și a originii etnice pe o perioadă de doi ani și jumătate de un grup de copii sub vârsta ce ar fi permis antrenarea răspunderii penale a acestora. În lipsa unor mecanisme de soluționare efective a plângerilor persoanelor agresate, Curtea de la Strasbourg a constatat încălcarea art. 3, 8 și 13 din C.E.D.O. De notat că și Convenția Privind drepturile persoanelor cu dizabilități fusese ratificată de Croația.

⁷⁴ A se vedea Studiul efectuat de European Union Agency for Fundamental Rights: Choice and control: the right to independent living, disponibil la: <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/choice-and-control-right-independent-living>, data ultimei accesări: 28.08.2014.

⁷⁵ A se vedea B. v. DPP (England and Wales High Court) cazul unui bărbat căruia în urma unei bătăi dintr-un *pub* i-a fost mușcată o ureche, iar procurorul a decis să nu trimită cauza instanței pe motiv că istoricul problemelor psihice ale bărbatului i-ar putea afecta credibilitatea.

⁷⁶ În acest context s-a făcut trimitere la *Winterbourne View abuse scandal*. Persoane cu dizabilități instituționalizate au solicitat de nenumărate ori ajutorul poliției sunând la numărul de urgență întrucât erau abuzate însă poliția a considerat că instituția se va ocupa de acea problemă. A se vedea reportajul BBC Panorama: <http://www.bbc.co.uk/programmes/b011pwt6>, <http://www.bbc.com/news/uk-england-bristol-20092894>, data ultimei accesări: 28.08.2014.

⁷⁷ C.E.D.O., cauza Jasinskis vs. Latvia, nr. 45744/08 din 21 decembrie 2010, disponibilă la: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102393#{%22itemid%22:\[%22001-102393%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102393#{%22itemid%22:[%22001-102393%22]}), data ultimei accesări: 28.08.2014. În această cauză Curtea a fost chemată să se pronunțe asupra violării dreptului la viață apărât de art. 2 din Convenția Europeană privind Drepturile Omului în cazul unui tânăr surdo-mut care, după ce s-a accidentat lovindu-se la cap la o petrecere, a fost condus la secția de poliție unde polițiștii au considerat că semnele pe care acesta le făcea se datorau stării de ebrietate. Nici un polițist nu cunoștea limbajul mimico-gestual. Tânărului nu i s-a acordat vreun instrument de scris ci a fost închis într-o celulă pe durata nopții și deși a bătut în ușă ori pereți, a fost ignorat. Tânărul a decedat a doua zi în urma mai multor lovituri suferite în zona capului, aspect pe care nu a putut să îl semnaleze nimănui datorită tratamentului la care a fost supus.

⁷⁸ <http://www.change.org/p/victor-olisa-withdraw-the-police-caution-given-to-my-19-year-old-with-downs-syndrome>, data ultimei accesări: 28.08.2014.

⁷⁹ Indic un articol din presă dedicat morții acestuia: <http://edition.cnn.com/2013/08/29/opinion/perry-down-syndrome-death/>, data ultimei accesări: 28.08.2014.

⁸⁰ Linda Mulcahy, „Architects of Justice: the Politics of Courtroom Design”, *Social & Legal Studies* 16, 3 (2007). Cu trimitere la C.E.D.O. cauza V v. U.K. nr.

- ⁸¹ Este vorba despre Equal Treatment Bench Book al Judicial College U.K. accesibil la: <http://www.judiciary.gov.uk/publications/equal-treatment-bench-book/>, data ultimei accesări: 29.08.2014.
- ⁸² Consultant independent privind dreptul internațional al dizabilității.
- ⁸³ S-a indicat în acest context un studiu tematic realizat de Biroul Înaltului Comisar ONU pentru drepturile Omului pe tema participării politice și în viața publică a persoanelor cu dizabilități în aplicarea Convenției, studiu pe care îl recomand cu căldură și care completează teoretic discuțiile aici redate. Accesibil la: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SubmissionThematicStudy/A.HRC.19.36_en.doc, data ultimei accesări: 30.08.2014.
- ⁸⁴ A se vedea C.E.D.O., cauza *Alajos Kiss vs. Hungary*, nr. 38832/06, din 20 mai 2010.
- ⁸⁵ A se consulta CRPD/C/10/D/4/2011 din 20 septembrie 2013 (anexă), accesibil la: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/Jurisprudence/CRPD-C-10-DR-4-2011_en.doc, data ultimei accesări: 30.08.2014.
- ⁸⁶ Una dintre problemele din practică în această țară o reprezintă cazurile de neînregistrare a acestor persoane de către instituțiile unde sunt îngrijiți. Este de salutat însă poziția comisiei electorale care a luat poziție față de această practică.
- ⁸⁷ Director of Policy, Down Syndrome Ireland.
- ⁸⁸ Site-ul proiectului: http://www.myopinionmyvote.eu/index.php?option=com_content&task=view&id=14&Itemid=52, data ultimei accesări: 06.09.2014.
- ⁸⁹ A se consulta: http://www.myopinionmyvote.eu/index.php?option=com_content&task=blogsection&id=6&Itemid=71, data ultimei accesări: 06.08.2014.
- ⁹⁰ <https://www.humanrights.gov.au/access-justice-criminal-justice-system-people-disability>, data ultimei accesări: 06.09.2014.
- ⁹¹ Disponibilă la <http://www.ohchr.org/SiteCollectionImages/Bodies/ReportingCycle.gif>, data ultimei accesări: 09.09.2014.
- ⁹² Despre aceasta se poate consulta pagina: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/InquiryProcedure.aspx>, data ultimei accesări: 09.09.2014.
- ⁹³ Aceasta nu poate fi folosită ca un remediu la un eșec în fața C.E.D.O. ci doar alternativă unei plângeri în fața acelei instanțe. Ar mai fi de spus că *Opinia Comitetului* nu poate fi pusă în executare în Statul parte chiar atunci când stabilește despăgubiri bănești.
- ⁹⁴ Head of Strategy and Legal at the Scottish Human Rights Commission.
- ⁹⁵ Expert și consultant independent privind egalitatea și drepturile omului.
- ⁹⁶ Despre ce se întâmplă actualmente cu acest mecanism în România, un articol dedicat subiectului poate fi consultat la: http://www.crj.ro/*articleID_1478-articles, data ultimei accesări: 09.09.2014.
- ⁹⁷ A se vedea Partea a IV-a din Protocolul adițional al Convenției împotriva torturii și altor tratamente cu cruzime, inumane sau degradante, adoptat prin Rezoluția Adunării Generale ONU A/RES/57/1999, intrat în vigoare la 22 iunie 2006, disponibil la: <http://www.ohchr.org/EN/Prof.essionalInterest/Pages/OPCAT.aspx>, data ultimei accesări: 09.09.2014.
- ⁹⁸ Legi, regulamente, instituții, politici, standarde sunt în conformitate cu Convenția?
- ⁹⁹ Modalități de implementare spre exemplu strategii, programe de dezinstituționalizare, procese de ridicarea nivelului de conștientizare care să arate că schimbarea este într-adevăr pe drum.

- ¹⁰⁰ Se referă la experiența persoanelor cu dizabilități în viața reală: nivelul de instituționalizare, participarea școlară, rata angajărilor, venituri și sărăcie, participare politică. La acest nivel colectarea de date și calitatea acestora devine deosebit de importantă.
- ¹⁰¹ Ce ar cuprinde (exemplificativ n.n.D.J.): Analizarea Strategiilor Naționale cu privire la atingerea rezultatelor planificate de acestea, cercetare calitativă și cantitativă, analiză legală, rapoarte tematice și anchete.
- ¹⁰² Ce presupune ca în procedurile de inspecție să existe așa zișii "experts by experience". Convenția trebuie să fie introdusă și în Comisiile naționale și locale cu funcție de control (s-a dat ca exemplu instituția de control al audiovizualului din Regatul Unit) în organismele cu atribuții de preluare a plângerilor, în instituția avocatului poporului (și instituții similare), în cele cu atribuții în protecția consumatorilor. În "whistleblower schemes" prin care se pot sesiza din interior abuzurile comise în instituții, în statisticile naționale și procesele de colectare a datelor, în anchetele dezbaterile și întrebările din Parlamentele naționale.
- ¹⁰³ Aceste modalități presupun consultarea și implicarea persoanelor cu dizabilități, utilizarea mass-mediei și a rețelelor de socializare, încurajarea persoanelor în cauză să vorbească despre dizabilitate și asigurarea că mesajul lor este auzit, angajarea jurnaliștilor, antrenarea publicului și depășirea *efectului spectator (bystander effect)*, etc.
- ¹⁰⁴ Ph.D. student at the Centre for Disability Law and Policy at the National University of Ireland, Galway.
- ¹⁰⁵ Pentru România a se vedea: <http://www.irdo.ro>, data ultimei accesări: 09.09.2014.
- ¹⁰⁶ Fiind create la Paris în 1991 și adoptate prin rezoluția A/Rez/48/134 din 1993 a Adunării Generale a Națiunilor Unite accesibilă la: <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r134.htm>, data ultimei accesări: 09.09.2014.
- ¹⁰⁷ Marie Curie Research Fellow and Ph.D candidate at the Centre for Disability Law and Policy at National University of Ireland, Galway.
- ¹⁰⁸ Director and Leonard Cheshire Chair of the Leonard Cheshire Disability and Inclusive Development Centre at the University College London.
- ¹⁰⁹ <http://sustainabledevelopment.un.org/index.php?menu=1300>, data ultimei accesări: 10.09.2014.
- ¹¹⁰ Australian qualified lawyer, Director of JUSTICE since February 2013.
- ¹¹¹ Termenul în S.U.A. poate fi întâlnit sub forma de *test litigation* ori *impact litigation*.
- ¹¹² Textul Opiniilor Comitetului disponibile la: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Jurisprudence.aspx>, data ultimei accesări: 13.09.2014.
- ¹¹³ De exemplu art. 355 al. (1) pct. 4 Cod Procedură Civilă elimină din sfera martorilor persoanele puse sub interdicție judecătorească, în timp ce art. 114 și 115 din Cod Procedură penală, după ce afirmă dreptul oricărei persoane de a fi audiată ca martor, introduce un test al capacității de a fi martor (art. 115 al. (2) și (3) Cod Procedură Penală).
- ¹¹⁴ Art. 36 al. (2) Constituția României.
- ¹¹⁵ Art. 5 al. (6) din Legea nr. 33/2007 privind organizarea și desfășurarea alegerilor pentru Parlamentul European, art. 3 al. (5) din Legea nr. 35/2008 pentru alegerea Camerei Deputaților și a Senatului și pentru modificarea și completarea Legii nr. 67/2004 pentru alegerea autorităților administrației publice locale, a legii administrației publice locale nr. 215/2001 și a legii nr. 393/2004 privind Statutul aleșilor locali.
- ¹¹⁶ Art. 20 al. (2) din Constituția României, art. 4 din Codul Civil, art. 3 Cod Procedură Civilă.

ARTICOLE

REGIMUL JURIDIC AL PROBELOR DIN AUZITE ÎN LEGISLAȚIA STATELOR UNITE ALE AMERICII. PROPUNERI DE LEGE FERENDA PRIVIND REGLEMENTAREA PROBELOR DIN AUZITE ÎN DREPTUL PROCESUAL PENAL ROMÂN

Hunor KÁDÁR*

Abstract: *The legal system of hearsay evidence in the legislation of the United States of America. Legal proposals for the regulation of hearsay evidence in the Romanian Code of Criminal Procedure. In the present paper the author undertakes a detailed analysis of the Hearsay Rule, an uncommon legal procedure in the continental legal systems, but which benefits from a very rigorous and well elaborated corpus of regulations under the Federal Rules of Evidence. The aforementioned corpus of regulations was developed and constructed over many decades on the basis of judicial practice and it is specific to the common law system being a fundamental institution of it, which governs the procedures of administering the testimonial evidence. In contrary to the continental legal systems where the rules governing the administering of testimonial evidence are contained in the codes of criminal and civil procedure, in the common law system, besides the codes of procedures, there is also a specific regulation regarding the admissibility of evidence, applicable in both civil and criminal cases.*

The particularity of the present paper is given by the fact that it brings into the attention of the domestic legal profession a foreign legal construction, which was the object of very few studies in Romania, and which assures a plus of dependability to the use of testimonial evidence. This system works perfectly in the US legal system. In my opinion the lack of clear dispositions in the new Romanian codes of criminal and civil procedures which would interdict expressly the administering of hearsay evidence or the use of a testimonial evidence administered in another case, without the possibility of the interrogation of the witness in a case in which the testimony is being used, does great prejudices to the procedural rights of the parties. Furthermore the basic principles of finding out the truth is violated not to mention the serious devaluation of the quality of the administration of justice reported to fact of the questionable nature of such evidence.

I consider that the various aspects presented in this paper could constitute a source of inspiration for the future regulation of the problematical nature of the hearsay evidence in the Romanian legal system. The simple fact that the domestic procedural tradition did not know the regulation of this institution it is not a convincing argument for the omission of taking on the question of the hearsay evidence. The unconvincing nature of the argument is further emphasized by the fact that the new Romanian Code of Criminal Procedures took over institutions specific for the common law system, institutions which are alien in our country, like the plea bargaining or the institution of the admission of guilt.

Cuvinte cheie: declarații extrajudiciare, Regula Probelor din Auzite, Regulile Federale de Admisibilitate a Probelor, Excepții de la Regula Probelor din Auzite, Clauza de Confruntare

Keywords: extrajudicial statements, Hearsay Rule, Federal Rules of Evidence, Exceptions to the Hearsay Rule, Confrontation Clause

1. Aspecte introductive

Renumitul profesor și practician al dreptului *J. H. Wigmore* a afirmat faptul că „după instituția procesului cu jurați (jury trial), Regula Probelor din Auzite (Hearsay Rule) poate fi considerată ca fiind cea mai caracteristică creație juridică a întregului sistem procesual anglo-american”¹.

Într-o opinie², s-a considerat că această regulă s-a născut odată cu dezvoltarea sistemului cu jurați, bazându-se pe premisa că – prin admiterea unor probe din auzite, care urmează să fie apreciate de către persoane fără cunoștințe juridice (jurații) – se pot cauza prejudicii mai mari decât beneficiile care ar putea rezulta din administrarea unor asemenea mijloace de probă. Așadar, se poate afirma că la baza elaborării acestei reguli a stat atitudinea “sceptică” a juriștilor care aveau dubii serioase în ceea ce privește abilitatea juraților, oameni fără pregătire juridică, de a aprecia în mod corect și echitabil valoarea probantă care trebuie asociată unei probe din auzite³. În ipoteza în care o declarație este invocată în instanță pentru a proba caracterul real al susținerilor cuprinse în respectiva declarație (statement offered in evidence to prove the truth of the matter asserted) și ulterior martorul nu se prezintă în fața instanței de judecată, iar apărarea nu a avut o posibilitate adecvată de a-l interoga sau contrainteroga martorul, juriul (the fact-finder) poate avea dificultăți majore în ceea ce privește aprecierea fiabilității unei asemenea mărturii⁴.

Într-o altă opinie⁵, s-a considerat că Regula Probelor din Auzite s-a dezvoltat odată cu trecerea de la sistemul inchiuzitorial la cel acuzatorial. Potrivit acestei opinii, la baza excluderii probelor din auzite stă un principiu fundamental care caracterizează sistemul procesual anglo-saxon și anume că acuzatul are dreptul ca decizia juraților să nu fie influențată de declarația unui martor care nu s-a înfățișat în fața instanței de judecată și care nu a fost supus contrainterogării (cross-examination). Astfel, regula privind excluderea probelor din auzite (exclusionary rule) stabilește în mod indirect condițiile în care o mărturie, care nu a făcut obiectul unei contrainterogări, poate fi admisă ca mijloc de probă în proces, în ciuda faptului că, de regulă, o asemenea mărturie nu prezintă “suficiente indicii de fiabilitate” pentru a putea fi utilizată într-un proces penal⁶. În consecință, dacă ne raliem la cea de a doua opinie, trebuie să admitem că Regula Probelor din Auzite are menirea de a garanta că martorul va fi audiat în fața juraților și va fi supus contrainterogării. Instituția procesuală a contrainterogării are o importanță deosebită, scopul ei fiind acela de a evidenția semnele care relevă nervozitatea martorului, ezitarea sau atitudinea ostilă a acestuia și, totodată, permite juraților să aprecieze

gradul de acuratețe în perceperea și memorarea evenimentelor la care se referă declarația⁷. Având în vedere aceste aspecte, este cât se poate de evident motivul pentru care un asemenea sistem acuzatorial nu preferă informațiile de “mâna a doua” (second-hand information). În sistemul anglo-saxon sunt admisibile doar informațiile care provin din surse primare (first-hand knowledge), de la persoana care a luat cunoștință în mod direct, nemijlocit despre problema care trebuie lămurită în vederea soluționării cauzei⁸. O probă din auzite este în mod inerent o probă de “mâna a doua” și este inadmisibilă într-un proces pentru că persoana care posedă informația primară și care relatează evenimentele percepute unei alte persoane, nu este obligată să depună jurământ și nici nu este supusă contrainterogării⁹.

S. L. Phipson a întocmit o listă cu motivele pentru care, în opinia lui, fiabilitatea unei probe din auzite este atât de redusă, încât aceasta nu poate fi utilizată în procesul penal. Aceste motive sunt următoarele¹⁰: a) credibilitatea redusă de care beneficiază persoana, care nu a făcut declarația sub prestare de jurământ și nici nu a fost interogată de către apărare; b) alterarea informației primare, datorită procesului de repetare; c) posibilitatea ca prin asemenea declarații să se urmărească tergiversarea procesului penal; d) tendința clară a organelor judiciare de a facilita substituirea unor probe, a căror fiabilitate poate fi pusă sub semnul îndoielii, cu alte probe care prezintă un grad de fiabilitate mult mai ridicată. Judecătorul *Weinstein* a arătat că în timp ce majoritatea avocaților cunosc în mod detaliat toate excepțiile de la Regula Probelor din Auzite, ei omit să acorde atenția cuvenită regulii însăși, deoarece adesea nu înțeleg pe deplin rațiunea pentru care aceasta a fost edictată¹¹. În literatura de specialitate s-a arătat¹² că înțelegerea corectă a regulii menționate nu se impune doar din considerente pur teoretice, aceasta având consecințe practice deosebit de importante, putând afecta soarta unei anumite cauze. Astfel, un avocat care nu posedă toate cunoștințele în această materie riscă¹³: a) să nu solicite administrarea unui mijloc de probă care ar putea decide soarta cauzei, având reprezentarea eronată că utilizarea acestuia este interzisă de Regula Probelor din Auzite; b) să nu facă obiecțiuni cu privire la admiterea unui mijloc de probă care îi este defavorabilă, neștiind că administrarea acestuia este interzisă de Regula Probelor din Auzite; c) să facă obiecțiuni nefondate cu privire la admiterea unor mijloace de probă a căror utilizare nu este interzisă de regula menționată, micșorând astfel șansele de a câștiga procesul, având în vedere că prin invocarea unor asemenea obiecțiuni nefondate se poate simți ofensat atât judecătorul, cât și juriul; d) să fie dat în judecată de către un client nemulțumit și astfel să pună în pericol propria reputație profesională.

2. Definiția probelor din auzite și elementele acestei definiții

Instituția procesuală denumită “Regula Probelor din Auzite” a fost consacrată prin regula 802 din Regulile Federale de Admisibilitate a Probelor (Federal Rules of Evidence, în continuare: FRE). Potrivit textului legal menționat, o probă din auzite nu este admisibilă în proces, cu excepția situației în care utilizarea acesteia este permisă de o altă regulă din FRE, de o normă adoptată la nivel federal sau de o regulă recunoscută de jurisprudența Curții Supreme

de Justiție a Statelor Unite ale Americii. Regula 801 (c) din FRE definește noțiunea de “probă din auzite” (hearsay) ca fiind o declarație care: (1) nu a fost dată de către “declarant” în cursul judecății sau audierii în cadrul căreia este invocată și (2) este invocată de către o parte din proces pentru a proba caracterul real al susținerilor cuprinse în respectiva declarație¹⁴. Prin regulile 801 (a) și (b) din FRE sunt explicate două elemente din cuprinsul definiției date probelor din auzite prin regula 801 (c) FRE și anume noțiunea de “declarație” (statement) și cea de “declarant” (declarant). Astfel, potrivit regulii 801 (a) FRE prin “declarație” se înțelege: (1) o afirmație orală sau scrisă ori (2) o conduită nonverbală a unei persoane, dacă prin aceasta persoana respectivă a avut intenția să facă o afirmație, iar conform regulii 801 (b) din FRE prin noțiunea de “declarant” se înțelege persoana care face o anumită declarație. Având în vedere aceste dispoziții legale, în literatura de specialitate s-a susținut¹⁵ că Regula Probelor din Auzite are menirea de a exclude (a) probele obținute din declarații (b) date în afara instanței de judecată (în afara procedurii în care este invocat) (c) de către o persoană (d) dacă sunt invocate pentru a proba caracterul real al susținerilor cuprinse în respectiva declarație (d). În continuare voi analiza separat fiecare dintre aceste elemente.

a) Declarația (Statement)

În literatura juridică americană s-a arătat¹⁶ că prin dispozițiile înscrise în regula 801 (a) FRE posibilitatea excluderii probelor din auzite a fost lărgită în mod semnificativ, deoarece legiuitorul a optat pentru o definiție largă a noțiunii de “declarație”. Elementul central al definiției cuprinse în regula 801 (a) FRE, indiferent de caracterul verbal sau nonverbal al declarației, este reprezentat de faptul că prin exteriorizarea “declarației” persoana care a făcut-o trebuia să fi avut intenția de a face o afirmație (s.n. – H.K.)¹⁷. Exemplul clasic pentru “declarația” care îmbracă forma unei conduite nonverbale este reprezentat de situația în care la fața locului, fiind întrebat de organele de poliție despre identitatea persoanei care a săvârșit fapta, martorul arată cu mâna spre suspect. Având în vedere faptul că în definiția oferită de FRE se face referire doar la acele conduite nonverbale prin care “declarantul” a avut intenția de a face o afirmație (assertive nonverbal conduct), s-a ajuns la concluzia că dispozițiile cuprinse în regula 801 (a) FRE nu permit aplicarea așa numitei “*implied assertion doctrine*”¹⁸. Astfel, se poate pune întrebarea dacă putem considera ca fiind o conduită nonverbală, susceptibilă de a constitui o declarație și, în consecință, aptă de a atrage excluderea sa în baza regulii 802 FRE, fapta unui căpitan, care după ce a făcut toate verificările necesare, își trimite familia pe navă¹⁹? Pe baza dispozițiilor cuprinse în regula 801 (a) FRE o asemenea conduită poate fi considerată ca fiind o declarație doar în ipoteza în care prin verificările efectuate și prin plasarea propriei familii pe navă, căpitanul a avut intenția de a dovedi că nava este în bună stare de navigabilitate²⁰. În cauza *United States v. Zenni*²¹ un paznic de la aeroport, după ce a verificat cu detectorul de metal dacă călătorul avea asupra sa o armă, a rostit următoarele cuvinte: “Puteți să vă duceți mai departe!”. În mod obișnuit, aceste cuvinte nu au conotația unei declarații, deoarece definiția declarației, reglementată în regula 801 (a) FRE, exclude posibilitatea aplicării așa numitei “*implied assertion doctrine*”. Totuși, instanța poate susține că cuvintele rostite de paznic au valoarea unei declarații și poate cenzura admisibilitatea acesteia în situația în care

paznicul nu a fost interogat în mod nemijlocit în fața juraților, dacă se dovedește faptul că prin cuvintele rostite paznicul a avut intenția de a afirma că persoana verificată nu era înarmată²². În practica judiciară s-a reținut că o persoană poate să aibă intenția de a face o afirmație chiar și în ipoteza în care se afirmă în mod indirect, spre exemplu, prin punerea unor întrebări sau prin circumscriere. În cauza *Summers v. United States*²³ unul dintre suspectii prezenți la fața locului a adresat următoarea întrebare către agenții de poliție: “Cum ați reușit, băieți, să ne găsiți așa de repede?”. Instanța a arătat că în acest caz intenția celui care a făcut “declarația” de a-i implica și pe ceilalți suspecti, prezenți la fața locului, rezulta implicit din modul în care a fost formulată întrebarea. S-a argumentat că datorită impreciziei cu care au fost formulate dispozițiile cuprinse în regula 801 (a) FRE, potrivit cărora din conduita persoanei trebuie să rezulte intenția de a face o afirmație, instanțele nu au reușit să adopte un concept unitar pentru determinarea acelor conduite care trebuie calificate drept declarații și care pot fi excluse în baza Regulii Probelor din Auzite²⁴. Astfel, o instanță poate califica o anumită conduită ca fiind o declarație, iar o altă instanță poate ajunge la concluzia că aceeași conduită nu constituie o declarație și, în consecință, nu este supusă exigențelor conscarate prin regula 802 FRE.

b) Declarație dată în afara instanței de judecată (Made out of court)

Prin declarație dată în afara instanței de judecată se înțelege declarația obținută de la un martor care nu a fost audiat nemijlocit de către instanța de judecată în fața căreia s-a solicitat admiterea acestui mijloc de probă²⁵. Cu alte cuvinte, o declarație nu este considerată ca fiind dată în afara instanței de judecată, dacă martorul s-a prezentat și a fost interogat în fața instanței care a decis asupra admisibilității declarației. Astfel, chiar și declarația dată în fața instanței de fond, invocată într-o cale de atac²⁶, precum și declarația obținută cu ocazia audierii preliminară, invocată în cursul judecății²⁷ constituie declarații date în afara instanței de judecată sau “declarații extrajudiciare” (extrajudicial statements). În ipoteza în care persoana care a făcut declarația extrajudiciară se prezintă în fața instanței de judecată și este supusă contrainterogării, declarația ei este admisibilă ca mijloc de probă în proces, chiar și în situația în care, din cauza unei pierderi de memorie sau a unor leziuni craniane, nu mai este în stare să aducă aminte de anumite aspecte relatate cu ocazia administrării declarației extrajudiciare²⁸. În asemenea situații, chiar dacă persoana care a dat declarația ulterior se prezintă în fața instanței de judecată și este audiată în ședință publică, declarația sa va rămâne în continuare una extrajudiciară, însă datorită faptului că apărarea are posibilitatea de a o contrainteroga în fața instanței și a juraților, această declarație extrajudiciară va fi admisibilă pentru că satisface exigențele impuse de Amendamentul VI. la Constituția SUA²⁹.

c) Declarație făcută de către o persoană (Made by a person)

Având în vedere dispoziția cuprinsă în regula 801 (b) FRE, potrivit căreia prin noțiunea de “declarant” se înțelege *persoana (s.n. – K.H.)* care face o anumită declarație, comportamentul unui animal sau datele generate în mod automat de un aparat sau un dispozitiv nu pot fi calificate drept declarații susceptibile de a fi încadrate în definiția probelor din auzite. Așadar, chiar dacă comportamentul unui animal (spre exemplu “cuvintele” rostite de un papagal sau limbajul nonverbal folosit de o maimuță) seamănă cu o conduită umană care ar putea intra sub

incidența regulii 801 (a) FRE, prin care este definită noțiunea de “declarație”, în privința acestui comportament nu sunt aplicabile dispozițiile cuprinse în regula 802 FRE privind excluderea probelor din auzite³⁰. În practica judiciară s-a afirmat³¹ că un animal nu poate să dea o declarație sub prestare de jurământ și nici nu poate fi subiectul unei contrainterogări, din aceste considerente nu există nici un motiv pentru care acesta să apare în fața instanței de judecată.

În ceea ce privește datele generate în mod automat de un aparat sau un dispozitiv, în practica judiciară s-a solicitat admiterea: datelor generate de un aparat de laborator pentru testarea drogurilor, informațiilor afișate pe tabloul de bord al unei mașini, raportului generat de un calculator pe baza datelor înregistrate cu ocazia unui apel telefonic efectuat de pe un telefon celular³². În situația în care comportamentul unui animal sau datele generate în mod automat de un aparat sau un dispozitiv sunt invocate în cadrul unui proces penal, principala problemă care se ridică privește fiabilitatea unor asemenea mijloace de probă. Animalul a fost antrenat în mod corespunzător? Aparatul a fost setat în mod corespunzător? Pentru admiterea unor asemenea mijloace de probă este absolut necesar ca să se demonstreze că ființa umană și-a îndeplinit în mod corect datoria (a antrenat animalul și a setat aparatul în mod corespunzător), însă trebuie subliniat că această condiție nu este impusă de Regula Probelor din Auzite, ci de alte reguli care reglementează admisibilitatea probelor (caracterul pertinent și concludent al probei)³³. Totuși, în ipoteza în care anumite date, listate de un calculator, nu au fost generate în mod automat, ci ca urmare a introducerii lor în calculator de către o ființă umană, acestea trebuie calificate ca fiind declarații și pot fi supuse excluderii în baza regulii 802 FRE, deoarece reprezintă afirmații voluntare a unei anumite persoane³⁴.

d) Declarație invocată în scopul de a proba veridicitatea celor afirmate (Offered for its truth)

Doar admiterea unei declarații extrajudiciare care este invocată în scopul de a proba veridicitatea celor afirmate poate fi cenzurată de Regula Probelor din Auzite, deoarece doar în această situație se pune problema credibilității martorului. De regulă, o declarație, a cărei fiabilitate nu a fost testată în fața instanței și a juraților prin intermediul contrainterogării, prezintă o serie de pericole, precum eroarea de percepție, de memorare sau riscul nesincerității martorului³⁵. În situația în care declarația nu este invocată în scopul de a proba veridicitatea celor afirmate, ci pentru a demonstra că declarația a existat, aceasta nu mai poate fi exclusă pe baza regulii 802 FRE³⁶. Să ne imaginăm situația în care o persoană este trimisă în judecată pentru săvârșirea infracțiunii de calomnie, deoarece a afirmat despre o altă persoană că este o hoată. În această ipoteză, dacă persoana vătămată invocă această declarație ca mijloc de probă în fața instanței, nu o face în scopul de a proba veridicitatea celor afirmate (să demonstreze faptul că ea este o hoată, neavând niciun interes în acest sens), ci pentru a dovedi că inculpatul a făcut afirmația calomnioasă³⁷. O declarație care nu este invocată în scopul de a proba veridicitatea celor afirmate constituie o „probă originală” (original evidence)³⁸. În cazul unei asemenea declarații nu se pot identifica acele pericole, pe care le-am menționat anterior și care însoțesc, de regulă, probele din auzite. Totuși, în unele situații este absolut necesar ca persoana care face declarația să aibă convingerea că afirmațiile sale sunt adevărate, altfel ne vom afla în prezența unor declarații invocate în scopul de a proba veridicitatea celor afirmate. Pentru a

ilustra această ipoteză, vom folosi ca exemplu situația în care o persoană face anumite afirmații conform cărora ea ar fi Papa. Dacă persoana menționată este pe deplin convinsă că afirmațiile sale sunt adevărate (chiar crede că ea este Papa), instanța de judecată nu poate cenzura admiterea acestor declarații, chiar dacă declarantul nu este supus conștientizării, deoarece în această ipoteză nu avem de a face cu probe din auzite. În schimb, în situația în care se dovedește că afirmațiile au fost făcute pentru a fi invocate ulterior în fața instanței de judecată, în scopul de a demonstra faptul că declarantul suferea de o boală mintală, acestea pot fi excluse pe baza regulii 802 FRE, fiind vorba de probe din auzite, invocată în scopul de a proba veridicitatea celor afirmate³⁹. În final, trebuie subliniat faptul că, chiar și o declarație care nu este invocată în scopul de a proba veridicitatea celor afirmate, trebuie să satisfacă exigențele impuse de regula 401 FRE, cu alte cuvinte trebuie să fie pertinentă și concludentă⁴⁰. În literatura de specialitate s-a arătat că „unii avocați au impresia că admisibilitatea unei declarații este garantată în ipoteza în care fac dovada că aceasta nu este invocată în scopul de a proba veridicitatea celor afirmate, ignorând necesitatea îndeplinirii exigențelor impuse de regula 401 FRE”⁴¹. În practica judiciară s-a reținut că în cazul unei declarații care nu este invocată în scopul de a proba veridicitatea celor afirmate, dar a cărei valoare probantă este destul de redusă, instanța de judecată poate proceda la excluderea acesteia, dacă apreciază că admiterea ei ar putea prejudicia drepturile părților sau ar putea induce în eroare jurații⁴².

3. Declarații care nu sunt considerate ca fiind probe din auzite (Statements which are not hearsay)

Regula 801 (d) FRE exceptează de la definiția probelor din auzite două mari categorii de declarații extrajudiciare și anume declarațiile anterioare date de un martor (prior statements by witness) și recunoașterea făcută de către partea adversă (admission by party-opponent). Regula 801 (d) FRE prevede în mod expres că acestea nu constituie probe din auzite (are not hearsay).

3.1. Declarațiile anterioare date de un martor [Prior statements by witness - 801 (d) (1) FRE]

În această ipoteză persoana care a făcut declarația extrajudiciară este audiată în fața instanței de judecată și este supusă conștientizării cu privire la anumite aspecte cuprinse în declarația sa extrajudiciară care: a) a fost dată sub prestare de jurământ cu ocazia judecării unei alte cauze, cu ocazia unei audieri sau în cursul unei alte proceduri și care nu este în concordanță cu declarațiile sale date în fața instanței de judecată – *prior inconsistent statement* [801 (d) (1) (A) FRE]; b) este în concordanță cu declarațiile sale date în fața instanței de judecată și este invocată în scopul de a combate o acuzație făcută la adresa declarantului, potrivit căreia aceasta inventează lucruri noi față de cele cuprinse în declarația sa extrajudiciară sau declarațiile sale, date în fața instanței de judecată, au fost influențate – *prior consistent statement* [801 (d) (1) (B) FRE]; c) este o declarație prin care a fost identificată persoana care a participat la săvârșirea infracțiunii, dacă a fost dată după recunoașterea persoanei respective – *statement of identification* [801 (d) (1) (C) FRE].

a) Prin admiterea ca mijloc de probă în proces a unei declarații extrajudiciare care nu este în concordanță cu declarațiile date în fața instanței de judecată, regula 801 (d) (1) (A) FRE s-a îndepărtat în mod semnificativ de la așa numita “viziune ortodoxă” (orthodox view), potrivit căreia o asemenea declarație (prior inconsistent statement) este admisibilă doar în scopul de a compromite credibilitatea martorului care în fața instanței dă declarații neconcordante cu declarația sa extrajudiciară⁴³. Spre exemplu, în Statul Arkansas anterior adoptării Regulilor de Admisibilitate a Probelor (Arkansas Rules of Evidence) care a urmat modelul federal (FRE), declarația extrajudiciară neconcordantă cu declarațiile date în fața instanței de judecată nu era considerată ca fiind o probă din auzite atâta vreme cât aceasta nu era invocată în scopul de a proba veridicitatea celor afirmate în declarația extrajudiciară, ci pentru a demonstra lipsa de concordanță între cele două declarații (cea extrajudiciară și cea dată în fața instanței de judecată)⁴⁴. Trebuie subliniat faptul că pe baza regulii 801 (d) (1) (A) FRE așa numita “prior inconsistent statement” scapă rigorilor cenzurii exercitate de regula privind excluderea probelor din auzite doar în situația în care această declarație a fost făcută sub prestare de jurământ (martorul fiind conștient că în situația în care nu dă declarații conforme cu adevărul va comite infracțiunea de mărturie mincinoasă) cu ocazia judecării unei anumite cauze, cu ocazia unei audieri sau în cursul unei alte proceduri. Așadar, doar o declarație extrajudiciară care a fost dată cu ocazia judecării unei anumite cauze ori în fața Marelui Juriu (Grand Jury) sau la o audiere preliminară (preliminary hearing) este admisibilă ca mijloc de probă în proces pe baza regulii menționate. Rațiunea acestei limitări constă în faptul că existența materială a declarației care a fost dată cu ocazia unor asemenea proceduri nu poate fi contestată, iar contextul formal al procedurii și prestarea de jurământ conferă un grad de fiabilitate ridicată declarației⁴⁵.

b) Potrivit regulii 801 (d) (1) (B) FRE poate fi admisă ca mijloc de probă în proces declarația extrajudiciară care este în concordanță cu declarațiile date în fața instanței, dacă este invocată în scopul de a combate o acuzație făcută la adresa declarantului, potrivit căreia acesta inventează lucruri noi față de cele cuprinse în declarația sa extrajudiciară sau declarațiile sale, date în fața instanței, au fost influențate. Astfel, Regulile Federale de Admisibilitate a Probelor au adoptat o poziție mult mai restrictivă, decât regulile consacrate prin legislațiile diferitor state. Spre exemplu, în Statul California așa numita “prior consistent statement” este admisibilă în scopul de a “reabilita” credibilitatea martorului în situația în care aceasta a fost afectată printr-o declarație extrajudiciară care nu era în concordanță cu afirmațiile făcute în fața instanței, iar declarația extrajudiciară “concordanță” a fost dată anterior declarației extrajudiciare “neconcordanță”⁴⁶. Pe de altă parte, există și state în care posibilitatea utilizării unei declarații extrajudiciare care este în concordanță cu declarațiile date în fața instanței era chiar și mai restrânsă, decât posibilitățile oferite de FRE. Așadar, anterior adoptării Regulilor de Admisibilitate a Probelor, în Statul Arkansas o asemenea declarație putea fi admisă ca mijloc de probă în proces doar în scopul de a combate o acuzație făcută la adresa declarantului, potrivit căreia acesta inventează lucruri noi față de cele cuprinse în declarația sa extrajudiciară⁴⁷. În cuprinsul Regulilor Federale de Admisibilitate a Probelor nu este prevăzută în mod expres că pentru admisibilitatea așa numitei “prior consistent statement” este necesară ca aceasta să fi

fost făcută anterior datei la care a apărut motivul pentru care se presupune că martorul și-a modificat declarația anterioară sau motivul despre care se presupune că a influențat declarația dată în fața instanței. Totuși, Curtea Supremă de Justiție a Statelor Unite ale Americii (în continuare: Curtea Supremă de Justiție a SUA) a arătat că această condiție se subînțelege din interpretarea textului legal⁴⁸.

c) Pe baza regulii 801 (d) (1) (C) FRE este posibilă admiterea ca mijloc de probă în proces a unei declarații extrajudiciare prin care a fost identificată persoana care a participat la săvârșirea infracțiunii, dacă aceasta a fost dată după recunoașterea persoanei respective. Regulile Federale de Admisibilitate a Probelor nu impun nicio restricție în ceea ce privește admiterea unei asemenea mijloc de probă atât timp cât declarația a fost dată după recunoașterea persoanei care a participat la săvârșirea infracțiunii și persoana care a făcut declarația a fost supusă contrainterogării. În schimb, multe state impun anumite condiții suplimentare în privința admisibilității unor asemenea declarații. Spre exemplu, în Statul California trebuie dovedit faptul că declarația a fost făcută în perioada în care împrejurările comiterii infracțiunii erau încă proaspete în memoria martorului. Mai mult decât atât, persoana care a procedat la identificare trebuie să declare în fața instanței de judecată că declarația sa extrajudiciară "este reflecția fidelă a datelor memorate"⁴⁹.

3.2. *Recunoașterea făcută de către partea adversă [Admission by party-opponent - 801 (d) (2) FRE]*

Regula 801 (d) (2) FRE permite unei părți din proces să obțină admiterea ca mijloc de probă a declarației extrajudiciare, date de către partea adversă și invocate împotriva acesteia. Această declarație extrajudiciară poate fi invocată chiar și în scopul de a proba veridicitatea celor afirmate de către partea adversă⁵⁰. Există patru categorii de declarații extrajudiciare care pot fi admise ca mijloace de probă pe baza acestei reguli, sub singura condiție ca partea din proces să nu fi fost iresponsabilă în momentul în care a făcut declarația⁵¹: a) declarația dată de către partea însăși – the party's own statement [801 (d) (2) (A) FRE]; b) declarația dată de către o altă persoană, confirmată și recunoscută de către partea din proces – statement made by other but adopted by the party [801 (d) (2) (B) FRE]; c) declarația dată de către o persoană autorizată de către partea din proces să facă o asemenea declarație – statement a party has authorized others to make on his or her behalf [801 (d) (2) (C) FRE]; d) declarația dată de către o persoană care s-a asociat, alături de partea din proces, la un grup infracțional organizat, dacă declarația a fost făcută pe durata pregătirii sau executării planului infracțional – statement made by a party's co-conspirator during the course and in furtherance of the conspiracy [801 (d) (2) (E) FRE]. Trebuie subliniat că recunoașterea făcută de către partea adversă este calificată în anumite state ca fiind o excepție de la Hearsay Rule⁵². În literatura de specialitate s-a afirmat⁵³ că posibilitatea utilizării unor asemenea declarații extrajudiciare (admissions by party-opponent) – care scapă exigențelor impuse de regula 802 FRE (Hearsay Rule) – este un rezultat al sistemului acuzatorial. Mai mult decât atât, pentru admiterea lor nu trebuie demonstrat faptul că recunoașterea prezintă suficiente indicii de fiabilitate (sufficient indicia of reliability)⁵⁴.

Dintre toate ipotezele menționate în regula 801 (d) (2) FRE declarația dată de către o persoană care s-a asociat, alături de partea din proces, la un grup infracțional organizat prezintă cea mai mare importanță pentru procesul penal. O asemenea declarație poate fi admisă ca mijloc de probă în proces chiar și în situația în care nu există probe prin care s-ar putea demonstra că partea, împotriva căreia se admite declarația extrajudiciară, a autorizat persoana care a dat declarația să facă afirmații care sunt susceptibile de a o implica în săvârșirea unei infracțiuni. Astfel, se prezumă faptul că în cazul unor persoane care sunt membri ai unui grup infracțional organizat, oricare membru are autorizarea celuilalt membru să facă afirmații în numele acestuia, dacă sunt îndeplinite anumite condiții care se determină în funcție de circumstanțele concrete în care este dată declarația⁵⁵. Așadar, pentru admiterea unei asemenea declarații se impune ca aceasta să fi fost făcută pe durata pregătirii sau executării planului infracțional. Spre exemplu, în Statul California trebuie dovedit în mod suplimentar faptul că declarația extrajudiciară a fost dată în perioada în care partea, împotriva căreia se solicită admiterea declarației, era încă membru activ al grupului infracțional organizat⁵⁶. Trebuie subliniat faptul că, odată ce grupul infracțional organizat și-a atins scopul propus, declarațiile făcute de către foștii membri ai grupului nu sunt admisibile împotriva celorlalți membri ai grupului respectiv⁵⁷.

4. Excepții de la Regula Probelor din Auzite (Exceptions to the Hearsay Rule)

4.1. Aspecte generale

Anterior adoptării Regulilor Federale de Admisibilitate a Probelor, renumitul profesor *J. H. Wigmore* a subliniat faptul că „inflexibilitatea excepțiilor de la Regula Probelor din Auzite, construirea tehnică, rigidă a acestora de către instanțele judecătorești și aplicarea regulii de excludere în acele situații în care este cât se poate de evident că admiterea probei din auzite nu poate cauza niciun prejudiciu părților din proces, a condus la ridicarea unor obstacole inutile în fața procesului de aflare a adevărului”⁵⁸. Din aceste considerente profesorul a propus *de lege ferenda* liberalizarea și extinderea excepțiilor de la Regula Probelor din Auzite. În continuare, profesorul *Wigmore* a reținut că regula în discuție are menirea de a asigura că fiabilitatea declarațiilor extrajudiciare va fi testată în fața instanței de judecată și a juraților prin intermediul contrainterogării. Totuși, există unele situații în care, din cauza unor motive obiective, dreptul la contrainterogare nu poate fi exercitat, deoarece martorul nu poate fi adus în fața instanței de judecată. Însă ar fi absurd să susținem faptul că în asemenea ipoteze orice declarație, a cărei fiabilitate nu putea fi testată în fața juriului, va fi supusă excluderii. În literatura de specialitate s-a arătat că „nimeni nu poate apăra o regulă care susține că orice mijloc de probă, a cărui fiabilitate nu a fost testată, este lipsită de valoare probantă”⁵⁹. De asemenea, profesorul *Ch. T. McCormick* a constatat, la rândul lui, că excepțiile de la Regula Probelor din Auzite nu sunt suficient de flexibile. Profesorul, în lucrarea sa a arătat că “persoanele care constată în mod nemijlocit o anumită faptă, adesea decedază sau dispar înainte de începerea fazei de judecată a procesului, astfel scrisorile sau declarațiile lor trebuie admise ca mijloace de probe în proces, aceasta fiind o soluție secundară pentru a evita eșecul justiției”⁶⁰. În consecință, ar trebui

adoptate acte normative care să reglementeze în mod expres toate excepțiile de la Regula Probelor din Auzite, deoarece altfel există riscul ca un anumit mijloc de probă, al cărui grad de fiabilitate este destul de redus, să fie încadrat într-una dintre excepțiile construite de către instanțele judecătorești, iar un alt mijloc de probă, care ar fi fost vital pentru justa soluționare a cauzei, să fie exclus⁶¹.

După adoptarea Regulilor Federale de Admisibilitate a Probelor în doctrina nord-americană s-a subliniat faptul⁶² că prin modalitatea concretă de reglementare a probelor din auzite s-a ajuns la situația paradoxală în care două treimi dintre dispozițiile consacrate acestor probe se referă la excepțiile de la Regula Probelor din Auzite și doar o treime dintre dispozițiile menționate reglementează regula de excludere și elementele constitutive ale probelor din auzite. Regula 802 FRE precizează că o probă din auzite este supusă excluderii, în afară de situația în care poate fi încadrată într-una dintre excepțiile de la această regulă.

Excepțiile de la Regula Probelor din Auzite sunt reglementate prin două reguli. Regula 803 FRE abordează excepțiile pe baza cărora declarația extrajudiciară este admisibilă chiar și în situația în care martorul (deklarantul) nu este "indisponibil", neexistând niciun impediment care să facă imposibilă audierea acestuia în fața instanței de judecată. Prin regula 804 FRE sunt consacrate excepțiile care permit admiterea unei declarații extrajudiciare doar în situația în care se demonstrează în prealabil imposibilitatea audierii („indisponibilitatea”) martorului. Majoritatea excepțiilor au la bază ideea potrivit căreia, datorită circumstanțelor speciale în care au fost făcute declarațiile extrajudiciare, acestea prezintă suficiente indicii de fiabilitate⁶³. Astfel, prin prezența acestor circumstanțe, care atribuie fiabilitate ridicată declarației extrajudiciare, este compensată lipsa confruntării directe între martor și acuzat, care ar fi avut loc în situația în care martorul s-ar fi înfățișat în fața instanței de judecată⁶⁴. Un alt motiv care pledează pentru admiterea unor asemenea probe "indirecte" este reprezentat, după cum am anticipat, de interesele justiției care pot fi compromise în situația în care anumite declarații, vitale pentru justa soluționare a cauzei, sunt excluse pe baza Regulii Probelor din Auzite⁶⁵. Însă, trebuie subliniat faptul că interesele justiției nu pot justifica în sine admiterea unor probe din auzite. Acestea nu sunt admisibile – în lipsa unor circumstanțe speciale, la care am făcut referire în rândurile de mai sus – doar pentru simplul motiv că nu există alte mijloace de probă care să susțină acuzațiile formulate de către Ministerul Public⁶⁶. Trebuie subliniat faptul că încadrarea unei anumite declarații extrajudiciare într-una dintre excepțiile enumerate în regulile 803 sau 804 FRE nu înseamnă că aceasta va fi admisă în mod automat ca mijloc de probă în procesul penal⁶⁷. Spre exemplu, o declarație extrajudiciară care este admisibilă pe baza unei excepții de la regula 802 FRE, poate fi exclusă în situația în care prin admiterea sa s-ar încălca drepturile constituționale ale acuzatului. Tot în acest sens regula 403 FRE precizează că în situația în care valoarea probantă a unei declarații este destul de redusă, instanța de judecată poate proceda la excluderea declarației, dacă apreciază că admiterea acesteia ar putea prejudicia drepturile părților sau ar putea induce în eroare jurații. Astfel, în momentul în care instanța de judecată decide asupra admisibilității unei declarații extrajudiciare care poate fi încadrată într-una dintre excepțiile de la Regula Probelor din Auzite, trebuie să aibă în vedere aspectele specifice ale fiecărui caz în parte⁶⁸.

4.2. Excepții în cazul cărora “indisponibilitatea” martorului este irelevantă (*Availability of the declarant is immaterial*)

După cum am anticipat, în cazul excepțiilor reglementate de regula 803 FRE, în care se încadrează marea majoritate a excepțiilor de la Regula Probelor din Auzite, se acordă o semnificație atât de importantă circumstanțelor speciale în care a fost făcută declarația extrajudiciară, încât aceasta nu poate fi exclusă nici în situația în care martorul nu se prezintă în fața instanței de judecată, deși există mijloace de probă prin care se poate demonstra că acesta nu este indisponibil. Cu alte cuvinte, datorită circumstanțelor la care am făcut referire, fiabilitatea acestor declarații extrajudiciare este atât de ridicată, încât pentru admiterea lor nu se impune demonstrarea indisponibilității martorului⁶⁹.

a) *Present sense impressions and excited utterances*

Potrivit regulii 803 (1) FRE este admisibilă declarația extrajudiciară prin care este descrisă sau explicată un anumit eveniment, dacă aceasta a fost făcută în perioada în care declarantul percepea în mod direct evenimentul respectiv sau imediat după momentul perceperii (present sense impression). Conform regulii 803 (2) FRE este admisibilă declarația extrajudiciară prin care este relatată un eveniment senzațional, dacă aceasta a fost făcută în perioada în care declarantul încă se afla într-o stare de excitație, cauzată de evenimentul deosebit (excited utterance). Așadar, se poate lesne observa că în ambele situații ne aflăm în prezența unor declarații spontane care anterior adoptării Regulilor Federale de Admisibilitate a Probelor erau admisibile pe baza așa numitei “res gestae”⁷⁰. Totuși, trebuie subliniat că cele două ipoteze diferă sub mai multe aspecte⁷¹. Astfel, dacă în ipoteza prevăzută de regula 803 (2) FRE declarația extrajudiciară poate fi făcută oricând pe durata existenței stării de excitație, în situația reglementată de regula 803 (1) FRE declarația trebuie făcută în perioada în care declarantul percepea în mod direct evenimentul respectiv sau imediat după momentul perceperii. Pe de altă parte, în prima ipoteză relațiile trebuie doar să aibă legătură cu evenimentul deosebit care a provocat darea declarației, iar în cea de a doua ipoteză conținutul declarației este limitat la descrierea sau explicarea evenimentului perceput în mod direct de către declarant.

b) *State of mind declarations*

Potrivit regulii 803 (3) FRE este admisibilă declarația extrajudiciară prin care este descrisă o anumită stare de spirit, dacă aceasta a fost făcută în perioada în care declarantul se afla sub influența stării respective. În textul legal se face referire la starea de emoție și de senzație, precum și la starea de suferință, generată de o durere fizică sau psihică. Datorită faptului că declarația este făcută în perioada în care declarantul se află sub influența unora dintre stările menționate anterior și în această ipoteză ne aflăm în prezența unei declarații extrajudiciare care este caracterizată prin spontaneitate, ceea ce conferă fiabilitate ridicată acesteia⁷². O declarație care este admisibilă pe baza regulii 803 (3) FRE poate fi invocată în scopul de a proba faptul că într-o anumită perioadă declarantul era sub influența unei anumite stări de spirit. De asemenea, o astfel de declarație poate fi utilizată în scopul de a proba sau a explica o anumită conduită a declarantului. Spre exemplu, o declarație extrajudiciară prin care o

anumită persoană face referire la un plan viitor, poate fi invocată în scopul de a demonstra faptul că planul a fost pus în executare de către persoana respectivă⁷³. Însă, nu sunt admisibile declarațiile extrajudiciare prin care declarantul relatează despre anumite stări de spirit sub influența cărora s-a aflat în trecut și care au avut un efect de impact asupra declarantului, având în vedere că asemenea afirmații sunt lipsite de spontaneitate. Această limitare este absolut necesară, deoarece în lipsa ei s-ar putea eluda foarte ușor regula privind excluderea probelor din auzite, având în vedere că orice afirmație despre un eveniment din trecut este o declarație prin care declarantul descrie starea sa de spirit pe care a avut-o în momentul în care s-a petrecut evenimentul respectiv⁷⁴. Din aceste considerente nu sunt admisibile pe baza acestei excepții nici declarațiile extrajudiciare prin care persoana vătămată descrie cauza care i-a provocat o anumită leziune⁷⁵.

c) Statements for purposes of medical diagnosis or treatment

Potrivit regulii 803 (4) FRE este admisibilă declarația extrajudiciară care a fost făcută în scopul de a da un diagnostic medical, declarația făcută pe durata beneficiii de un tratament medical, declarația prin care sunt descrise bolile de care a suferit declarantul, declarația prin care sunt relatate simptomele anumitor boli, dacă relatările sunt necesare pentru stabilirea diagnosticului sau pentru acordarea asistenței medicale. În aceste ipoteze motivul care a determinat darea declarației (spre exemplu, scopul de a fi invocat ulterior într-un eventual proces) nu afectează admisibilitatea acesteia, ci doar valoarea probantă a declarației⁷⁶. Mai mult, nu este necesar ca declarația să fi fost făcută în fața unui doctor, ea putând fi făcută și în prezența unei infermiere, a persoanei care conduce salvarea sau chiar și în fața unui membru de familie⁷⁷. Rațiunea admiterii declarației extrajudiciare rezidă în faptul că într-o asemenea ipoteză interesul declarantului este acela de a da informații cât mai corecte pentru a facilita acordarea de tratamente medicale și pentru a evita o eventuală eroare de diagnostic⁷⁸. Regula 803 (4) FRE permite admiterea unei declarații extrajudiciare care se referă la cauza care a generat o anumită leziune, dacă cunoașterea acesteia este necesară pentru stabilirea diagnosticului sau pentru acordarea asistenței medicale⁷⁹. În practica judiciară s-a reținut că, chiar și declarația extrajudiciară a victimei minore, prin care aceasta relevă identitatea persoanei bănuite de săvârșirea unei infracțiuni contra libertății sexuale este admisibilă pe baza acestei excepții, în situația în care cunoașterea identității făptuitorului este utilă pentru stabilirea corectă a diagnosticului sau pentru aplicarea unui tratament medical adecvat⁸⁰. În aceste ipoteze declarația extrajudiciară a minorului este admisibilă, având în vedere că, adesea, cunoașterea identității persoanei care este bănuită de comiterea unei infracțiuni contra libertății sexuale este necesară pentru tratarea traumelor psihice care au fost generate prin săvârșirea infracțiunii⁸¹.

d) Recorded recollections

Potrivit regulii 803 (5) FRE sunt admisibile ca mijloace de probă notele sau înregistrările efectuate cu privire la un anumit eveniment, în situația în care persoana care a efectuat nota sau înregistrarea respectivă nu mai poate să-și aducă aminte de detaliile aceluiași eveniment și dacă se poate demonstra că notele sau înregistrările erau efectuate în perioada în

care detaliile evenimentului menționat erau încă proaspete în memoria persoanei respective. Spre exemplu, în Statul Arkansas, anterior adoptării Regulilor de Admisibilitate a Probelor care a urmat modelul federal, era permis ca un martor care era audiat în fața juraților și care suferea o pierdere de memorie, să-și reîmprospăteze memoria pe baza unor note sau înregistrări efectuate de către martor în perioada în care detaliile evenimentului, despre care era întrebat, erau încă proaspete în memoria acestuia⁸².

e) Business records

Potrivit regulii 803 (6) FRE sunt admisibile ca mijloace de probă în proces notele, înregistrările și rapoartele efectuate de către o anumită persoană, dacă se îndeplinesc o serie de condiții. În primul rând, efectuarea înregistrării trebuie să facă parte din acele activități care se efectuează în cursul normal al activităților curente ale unei întreprinderi și se impune ca înregistrarea să fi fost făcută în momentul în care a avut loc evenimentul înregistrat sau imediat după acest moment. În al doilea rând, trebuie demonstrat faptul că efectuarea unor asemenea înregistrări era o practică care se exercita în mod regulat în cadrul întreprinderii respective. Trebuie subliniat că chiar și în situația în care aceste condiții sunt îndeplinite, judecătorul are dreptul de a exclude o asemenea înregistrare, dacă apreciază că sursa de informație utilizată pentru efectuarea înregistrării sau circumstanțele în care a avut loc înregistrarea conferă un grad de fiabilitate redusă acesteia⁸³. Excepția consacrată prin regula 803 (6) FRE se justifică prin ideea că ținerea corectă a registrelor comerciale constituie o condiție fundamentală pentru desfășurarea normală a activităților comerciale. Cu alte cuvinte, aceste registre sunt atât de importante în viața unei întreprinderi, încât se prezumă că înregistrările efectuate în acestea prezintă suficiente indicii de fiabilitate⁸⁴. Trebuie subliniat că noțiunea de “activitate comercială” este interpretată într-un sens foarte larg, incluzând și întreprinderile constituite în mod ilegal⁸⁵. Mai mult decât atât, în practica judiciară s-a reținut că chiar și înregistrările efectuate de către un avocat sau de către secretara acestuia pot fi admise în proces pe baza excepției consacrate de regula 803 (6) FRE⁸⁶.

f) Absence of entry in business records

Potrivit regulii 803 (7) FRE, în ipoteza în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute în regula 803 (6) FRE, condiții pe care le-am analizat în rândurile de mai sus, este admisibilă utilizarea unor note, registre sau rapoarte, în care nu este consemnat un anumit eveniment, dacă sunt invocate în scopul de a demonstra că acel eveniment nu a avut loc. Spre exemplu, un creditor poate să dovedească faptul că debitorul nu și-a îndeplinit obligația de plată, invocând registrul său comercial în care nu există nicio mențiune în acest sens. În exemplul nostru, este puțin probabil că creditorul a omis să menționeze efectuarea plății în ideea ca această omisiune să fie echivalentă cu declarația conform căreia debitorul nu și-a îndeplinit obligația de plată. Cel mai probabil, creditorul nu a făcut mențiunea în registru, deoarece debitorul nu a efectuat plata⁸⁷.

g) Public records and reports

Conform regulii 803 (8) FRE sunt admisibile ca mijloace de probă în proces înregistrările efectuate de către instituțiile sau autoritățile publice dacă acestea se referă la: (A)

activități pe care instituțiile sau autoritățile respective sunt obligați să le îndeplinească conform legii; (B) faptele constatate în baza unor dispoziții legale care impun instituțiilor sau autorităților respective obligația de a raporta cele constatate, cu excepția faptelor constatate de către agenții de poliție sau de către alte persoane care pot fi încadrate în categoria de "law enforcement personal", dacă cele constatate ar urma să fie utilizate într-un proces penal⁸⁸; (C) constatările factice la care a ajuns, în urma unei investigații, o anumită entitate care avea competența legală de a efectua o asemenea investigație, dacă înregistrările urmează să fie invocate într-un proces civil sau dacă urmează să fie invocate împotriva statului într-un proces penal. În privința aplicării regulii 803 (8) (B) FRE în practica judiciară s-a reținut că nu sunt admisibile pe baza acestei excepții rapoartele efectuate de către un chimist, invocate împotriva acuzatului, deoarece acesta făcea parte din echipa care ajută organele judiciare⁸⁹. Instanța a ajuns la concluzia că în cauza supusă judecării chimistul trebuie să fie încadrat în categoria de "law enforcement personal", ceea ce conduce în mod automat la inadmisibilitatea rapoartelor. Pentru a determina categoria de "law enforcement personal", unele instanțe au făcut distincție între situația în care anumite organe ale statului se află pe o poziție adversă cu acuzatul și situația în care nu există niciun raport între acuzat și organele menționate, concluzionând că în această din urmă situație nu există niciun motiv pentru excluderea înregistrărilor efectuate de către anumite organe ale statului⁹⁰. Excepția înscrisă în regula 803 (8) (C) FRE a fost analizată în mod detaliat cu ocazia judecării cauzei *Beech Aircraft Corp. v. Rainey*⁹¹. În această cauză împotriva producătorului unei aeronave a fost intentată o acțiune în despăgubire, susținându-se că moartea a doi piloți s-a datorat unei erori de fabricație. Producătorul a solicitat admiterea unui raport care emana de la o autoritate publică și care se baza pe constatările rezultate în urma unor investigații efectuate de către un organ abilitat, prin care se preciza că accidentul aviatic a fost cauzat datorită unei manevre greșite a pilotului. Curtea Supremă de Justiție a SUA a afirmat că atât timp cât raportul a fost efectuat pe baza unei constatări factice la care s-a ajuns în urma unei investigații și se apreciază că raportul prezintă suficiente indicii de fiabilitate, nu există motive pentru excluderea acestui mijloc de probă.

Trebuie subliniat faptul că regula 803 (8) FRE cuprinde o dispoziție similară cu cea consacrată prin regula 803 (6) FRE, potrivit căreia înregistrările sau rapoartele efectuate de către instituțiile sau autoritățile publice pot fi excluse în situația în care judecătorul apreciază că sursa de informație utilizată pentru efectuarea înregistrării sau raportului conferă un grad de fiabilitate redusă acestora⁹².

h) Records of vital statistics

Potrivit regulii 803 (9) FRE sunt admisibile ca mijloace de probă în proces înregistrările privind nașterea, decesul, decesul fetal sau căsătoria, dacă acestea au fost efectuate pe baza unei declarații date cu respectarea prevederilor legale în fața unei instituții abilitate să facă o asemenea înregistrare.

i) Absence of public record entry

Conform regulii 803 (10) FRE sunt admisibile ca mijloace de probă în proces certificatele sau declarațiile prin care se atestă lipsa unei anumite înregistrări, dacă acestea au

fost eliberate de către instituția sau autoritatea publică care avea competența legală de a efectua înregistrarea respectivă și dacă sunt invocate în scopul de a dovedi că nu a avut loc evenimentul în baza căruia trebuia să fie efectuată înregistrarea⁹³. Trebuie subliniat faptul că actul prin care se constată lipsa unei anumite înregistrări poate îmbrăca atât forma unui certificat, cât și forma unei declarații prin care persoana angajată de către instituția sau autoritatea publică, care avea competența legală de a efectua înregistrarea, declară că în urma unei cercetări diligente nu a reușit să găsească înregistrarea solicitată⁹⁴.

j) Records of religious organizations

Potrivit regulii 803 (11) FRE sunt admisibile ca mijloace de probă în proces înregistrările referitoare la naștere, căsătorie, divorț, deces, descendență, rudenie, afinitate sau la alte aspecte similare care privesc trecutul personal sau familial al unei anumite persoane, dacă înregistrările au fost efectuate în registre care erau ținute în mod regulat de către anumite organizații religioase. Având în vedere că era controversată problema dacă înregistrările efectuate de către organizațiile religioase puteau fi admise pe baza regulii 803 (6) FRE (business records), s-a creat excepția prevăzută de regula 803 (11) FRE tocmai pentru a elimina orice dubiu în privința admisibilității unor asemenea înregistrări⁹⁵.

k) Marriage, baptismal, and similar certificates

Potrivit regulii 803 (12) FRE este admisibilă ca mijloc de probă în proces certificatul care atestă faptul că o anumită persoană a consimțit la încheierea căsătoriei sau la celebrarea unei alte ceremonii, ori a administrat un sacrament, dacă este eliberat de către un preot, un funcționar public sau de către orice altă persoană autorizată de dreptul canonic sau de dispozițiile legale să elibereze un asemenea certificat. Textul legal mai impune condiția suplimentară ca certificatul să fi fost întocmit în momentul în care persoana respectivă a consimțit la celebrarea ceremoniei sau la administrarea sacramentului ori după scurgerea unei anumite perioade rezonabile de la efectuarea actelor mai sus menționate.

l) Entries in family records

Potrivit regulii 803 (13) FRE sunt admisibile ca mijloace de probă în proces mențiunile efectuate în Biblia familiei, gravura efectuată pe un inel, mențiunile de pe portretul unui membru de familie ori gravura efectuată pe o urnă funerară, pe o criptă sau pe un cavou, dacă acestea servesc la stabilirea unor aspecte legate de trecutul personal sau familial al unei anumite persoane.

m) Records of documents affecting an interest in property

Potrivit regulii 803 (14) FRE este admisibilă ca mijloc de probă în proces înregistrarea efectuată pe baza unui document original având ca obiect stabilirea sau modificarea dreptului de proprietate, dacă înregistrarea este invocată în scopul de a proba conținutul documentului original sau pentru a dovedi aducerea la îndeplinire a obligațiilor asumate de către părți, în situația în care în documentul original figura o mențiune privind executarea acestor obligații. Textul legal mai impune condiția ca înregistrarea să fi fost făcută de către o instituție publică, iar aceasta să fi fost abilitată printr-un act normativ să efectueze asemenea înregistrări.

n) Statements in documents affecting an interest in property

Potrivit regulii 803 (15) FRE sunt admisibile ca mijloace de probă în proces declarațiile cuprinse într-un document având ca obiect stabilirea sau modificarea dreptului de proprietate, dacă aceste declarații au legătură cu obiectul documentului, cu excepția situației în care actele încheiate cu privire la dreptul de proprietate, după data întocmirii documentului, nu sunt în concordanță cu declarațiile cuprinse în document sau cu conținutul documentului.

o) Statements in ancient documents

Potrivit regulii 803 (16) FRE sunt admisibile ca mijloace de probă în proces declarațiile cuprinse într-un document care are o vechime de cel puțin 20 de ani și al cărui autenticitate a fost stabilită. Trebuie subliniat că spre exemplu, în Statul California vechimea documentului și certificarea autenticității acestuia nu sunt suficiente în sine pentru admisibilitatea declarațiilor cuprinse în document. Conform dispozițiilor prevăzute de Codul de Admisibilitate a Probelor, declarațiile cuprinse în documentele vechi trebuie să fi fost recunoscute ca adevărate de către persoanele care aveau un interes direct în elaborarea documentului respectiv⁹⁶. De asemenea, anterior adoptării Regulilor de Admisibilitate a Probelor (Arkansas Rules of Evidence), în Statul Arkansas practica judiciară a stabilit o serie de condiții suplimentare, față de cele consacrate prin FRE, în ceea ce privește admisibilitatea declarațiilor cuprinse în documentele vechi⁹⁷.

p) Market reports, commercial publications

Potrivit regulii 803 (17) FRE sunt admisibile ca mijloace de probă în proces ofertele comerciale, tabelurile, listele sau alte asemenea acte care au fost aduse la cunoștința publicului și care beneficiază de încrederea publică sau a persoanelor care desfășoară activități în domeniul comercial. Excepția se justifică prin ideea că persoana care aduce la cunoștința publicului acte de natura celor mai sus menționate, este interesată să furnizeze informații corecte în scopul de a spori încrederea publicului și pentru a se asigura că serviciile sale vor fi utilizate și în continuare⁹⁸.

r) Learned treatises

Potrivit regulii 803 (18) FRE sunt admisibile afirmațiile cuprinse în tratate, reviste sau alte lucrări de specialitate care au fost publicate, dacă acestea sunt aduse în atenția unui expert-martor cu ocazia contrainterogării (cross-examination) sau dacă sunt invocate de către expertul-martor pe durata interogării directe (direct examination). Pentru admisibilitatea afirmațiilor cuprinse în diferite lucrări de specialitate este necesară o declarație prin care expertul-martor, un alt expert sau instanța de judecată recunoaște caracterul științific al acestor lucrări, considerând ca fiind „surse demne de încredere”. Astfel, din momentul în care a fost stabilit caracterul științific al unei lucrări, afirmațiile cuprinse în lucrarea respectivă pot fi invocate în fața instanței de judecată, atât timp cât expertul se prezintă în fața juraților și este disponibil să ofere explicații cu privire la conținutul lucrării de specialitate⁹⁹. Aceste explicații date de către expertul-martor sunt absolut necesare în scopul de a asigura că jurații vor aprecia în deplină cunoștință de cauză afirmațiile invocate din lucrarea de specialitate, având în vedere că, de regulă, acestea se referă la probleme cu un grad științific ridicat¹⁰⁰. Trebuie subliniat faptul că în ceea ce privește afirmațiile cuprinse în diferite lucrări de specialitate, invocate cu

oazia interogării directe, acestea sunt admisibile doar în situația în care expertul-martor a făcut referire la lucrările respective în scopul de a motiva concluziile la care a ajuns în urma examinărilor efectuate¹⁰¹. Totuși, trebuie subliniat faptul că în etapa contrainterogării o anumită afirmație cuprinsă într-o lucrare de specialitate poate fi admisă, dacă aceasta a fost adusă în atenția expertului-martor, chiar și în ipoteza în care expertul nu a făcut referire la lucrarea respectivă în momentul redactării raportului de expertiză¹⁰². În situația în care există o declarație prin care expertul-martor, un alt expert sau judecătorul a recunoscut caracterul științific al lucrării de specialitate, afirmațiile cuprinse în această lucrare sunt admisibile chiar și în ipoteza în care expertul părții adverse contestă caracterul științific al lucrării invocate¹⁰³.

s) Reputation concerning personal or family history

Potrivit regulii 803 (19) FRE statutul de care se bucură o anumită persoană în rândul rudelor sau afinilor, ori în comunitate poate fi invocat în scopul de a dovedi aspecte referitoare la naștere, adopție, căsătorie, divorț, deces, relații de sânge sau la alte aspecte similare care privesc trecutul personal sau familial al persoanei respective.

t) Reputation as to character

Potrivit regulii 803 (21) FRE pot fi invocate în fața instanței de judecată aspecte referitoare la prestigiul de care se bucură o anumită persoană în rândul colegilor de muncă sau în comunitate.

t) Judgment of previous conviction

Potrivit regulii 803 (22) FRE o hotărâre penală definitivă, pronunțată în urma judecării cauzei (trial) sau în urma acordului de recunoaștere a vinovăției (plea of guilty) și prin care s-a stabilit culpabilitatea unei anumite persoane, poate fi invocată într-un proces ulterior pentru susținerea condamnării persoanei respective. Textul legal impune mai multe condiții cu privire la posibilitatea invocării hotărârii definitive. În primul rând, această hotărâre penală definitivă trebuie să fi fost pronunțată pentru o infracțiune care se pedepsește cu moartea sau cu închisoare mai mare de un an. Hotărârile penale pronunțate pentru infracțiuni minore nu sunt admisibile, ținând cont de faptul că, datorită sancțiunilor reduse care se aplică în cazul acestor infracțiuni, există posibilitatea ca acuzatul să nu fi exercitat în mod adecvat dreptul la apărare¹⁰⁴. În al doilea rând, textul legal prevede în mod expres că nu sunt admisibile hotărârile penale pronunțate în urma procedurii denumite "plea of nolo contendere". Cu ocazia unei asemenea proceduri persoana acuzată nici nu recunoaște, însă nici nu neagă în mod expres acuzațiile invocate împotriva sa. Trebuie subliniat că în ciuda acestui fapt, efectele pe care le produce procedura "plea of nolo contendere" sunt similare cu cele produse de acordul de recunoaștere a vinovăției (plea of guilty). La baza reglementării unei asemenea proceduri constă ideea de a permite acuzatului să renunțe la dreptul de a fi judecat de o instanță cu jurați, fără riscul ca hotărârea pronunțată în urma procedurii "plea of nolo contendere" să fie invocată ulterior într-un eventual proces civil, având în vedere că, spre deosebire de hotărârea pronunțată în urma acordului de recunoaștere a vinovăției, hotărârea pronunțată în urma procedurii "plea of nolo contendere" nu este admisibilă în proces pe baza regulii 801 (d) (2) FRE¹⁰⁵. În al treilea rând, hotărârea de condamnare a unei persoane nu poate fi invocată împotriva unei alte persoane care este judecată pentru săvârșirea unei infracțiuni¹⁰⁶.

4.3. Excepții în cazul cărora se impune demonstrarea “indisponibilității” martorului (Availability of the declarant is required)

În regula 804 FRE sunt reglementate acele excepții de la Regula Probelor din Auzite în cazul cărora admisibilitatea declarației extrajudiciare este subordonată condiției ca indisponibilitatea martorului să fie demonstrată prin probe. Indisponibilitatea martorului este definită în regula 804 (a) FRE, legiuitorul federal optând pentru o definiție largă a noțiunii de “indisponibilitate” (unavailability)¹⁰⁷. Potrivit dispozițiilor menționate, un martor este indisponibil în următoarele ipoteze: (1) a fost exonerat de către instanța de judecată, pe baza unui privilegiu, de obligația de a se prezenta în fața juraților și de a fi audiat în ședință publică; (2) refuză să fie audiat în ședință publică, deși a fost îndeplinită în mod legal procedura de citare¹⁰⁸; (3) a suferit o pierdere de memorie¹⁰⁹; (4) a survenit decesul martorului sau acesta suferă de o boală care nu-i permite să fie audiat în ședință publică; (5) este absent de la audiere, iar persoana care a solicitat ascultarea martorului nu poate obține prezența în instanță a acestuia prin procedura de citare sau “alte mijloace rezonabile”.

În literatura de specialitate s-a arătat¹¹⁰ că definiția “indisponibilității” este atât de largă, încât poate genera probleme serioase în ceea ce privește exercitarea dreptului de a contrainteroga martorii acuzării, drept recunoscut acuzatului de Amendamentul VI. la Constituția SUA. Trebuie subliniat că un martor nu este considerat ca fiind indisponibil în situația în care persoana care a solicitat audierea acestuia a cauzat motivul indisponibilității, în scopul de a evita ca martorul să fie audiat în fața juraților¹¹¹. Regula 804 (b) FRE reglementează cinci excepții, a căror aplicabilitate este condiționată de demonstrarea indisponibilității martorului.

a) Former testimony

Potrivit regulii 804 (b) (1) FRE este admisibilă declarația unui martor, dată cu respectarea dispozițiilor legale cu ocazia unei audieri efectuate în același proces sau într-un proces anterior. Pentru ca o declarație anterioară să fie admisibilă pe baza acestei excepții este absolut necesar, ca persoana împotriva căreia se solicită admiterea acestei declarații, să fi avut o oportunitate adecvată și un motiv similar de a interoga martorul cu ocazia audierii în cursul căreia a fost dată declarația anterioară. În cauzele civile declarația dată cu ocazia unei audieri efectuate într-un proces anterior este admisibilă și împotriva unei persoane care nu era parte în procesul respectiv, dacă predecesorul său în drepturi a avut o oportunitate adecvată și un motiv similar de a interoga martorul care a prestat declarația anterioară.

b) Statement under belief of impending death

Potrivit regulii 804 (b) (2) FRE sunt admisibile declarațiile extrajudiciare date în perioada în care declarantul avea convingerea fermă că va surveni decesul său, dacă acestea se referă la acele cauze și circumstanțe care l-au determinat pe declarant să aibă o asemenea reprezentare. În ceea ce privește condiția indisponibilității martorului, aceasta este îndeplinită nu numai în ipoteza în care a survenit decesul acestuia [804 (a) (4) FRE], ci și în situația în care indisponibilitatea martorului se datorează unei alte cauze, enumerate în regula 804 (a) FRE¹¹². Astfel, o asemenea declarație extrajudiciară poate fi admisă într-un proces civil, chiar și în

situația în care declarantul a supraviețuit¹¹³. Inițial aceste declarații puteau fi invocate în orice proces civil sau penal, însă la propunerea Curții Supreme de Justiție a Statelor Unite ale Americii, Congresul SUA a modificat textul legal, precizând că dispozițiile cuprinse în regula 804 (b) (2) FRE sunt aplicabile doar în acele cauze penale care au ca obiect infracțiuni împotriva vieții¹¹⁴. Motivul care a determinat pe legiuitorul federal să instituie o asemenea excepție este reprezentat de ideea că în situațiile susmenționate, declarantul fiind pe deplin conștient de iminența survenirii decesului, nu mai are interesul să dea declarații false¹¹⁵. Însă, în literatura de specialitate s-a arătat că aceste argumente, invocate pentru justificarea excepției analizate, sunt golite de substanță în procesele civile, având în vedere că o persoană, care este pe cale de a deceda, are interesul să dea declarații false în scopul de a furniza mijloace de probă care vor putea fi utilizate de către succesori pentru intentarea unei acțiuni în despăgubire¹¹⁶.

c) Statement against interest

Potrivit regulii 804 (b) (3) (A) FRE sunt admisibile declarațiile extrajudiciare care sunt contrare cu interesele pecuniare ale declarantului sau sunt apte să conducă la respingerea oricărei acțiuni intentate de către declarant împotriva terțelor persoane, ori pe baza acestor declarații se poate angaja răspunderea civilă sau penală a declarantului¹¹⁷. Excepția se justifică prin ideea că, având în vedere consecințele pe care le poate genera prestarea declarației extrajudiciare, o „persoană rezonabilă” ar fi dat o asemenea declarație doar în ipoteza în care ar fi fost convins de caracterul real al celor afirmate. Conform dispozițiilor cuprinse în regula 804 (b) (3) (B) FRE, o declarație extrajudiciară care este aptă să angajeze răspunderea penală a declarantului și care are un efect discolpant cu privire la persoana acuzată, este admisibilă doar în ipoteza în care se constată prezența unor circumstanțe speciale care pot garanta fiabilitatea ridicată a declarației. Astfel, în ipoteza în care o declarație extrajudiciară, care are aptitudinea de a-l incrimina pe declarant și de a-l disculpa pe acuzat, nu este acompaniată de anumite circumstanțe, denumite “corroborating circumstances”, aceasta nu poate avea efect discolpant cu privire la persoana acuzată¹¹⁸. În practica judiciară unele probleme au fost generate de acele declarații extrajudiciare care aveau aptitudinea de a angaja atât răspunderea penală a declarantului, cât și răspunderea penală a acuzatului. Curtea Supremă de Justiție a SUA a rezolvat problema arătând că pe baza regulii 804 (b) (3) (B) FRE sunt admisibile doar acele declarații extrajudiciare care pot angaja răspunderea penală a declarantului. Astfel, declarația extrajudiciară: “Duc cocaina în Atlanta pentru Williamson” nu poate fi utilizată împotriva lui Williamson într-un eventual proces penal având ca obiect infracțiunea de trafic ilicit de droguri¹¹⁹.

e) Forfeiture by wrongdoing

Potrivit regulii 804 (b) (6) FRE este admisibilă declarația extrajudiciară, dată de un martor a cărui indisponibilitate a fost provocată de către una dintre părțile din proces, dacă această declarație urmează să fie invocată împotriva părții care s-a făcut vinovat de provocarea indisponibilității martorului. Trebuie subliniat faptul că declarația extrajudiciară poate fi invocată împotriva oricărei părți din proces, indiferent dacă este vorba de un proces civil sau penal¹²⁰. Astfel, o asemenea declarație poate fi invocată și împotriva acuzării, dacă se

dovedește că acuzarea a provocat indisponibilitatea martorului. Mai mult decât atât, admisibilitatea declarației extrajudiciare nu este condiționată de faptul ca acțiunea de provocare a indisponibilității martorului să îndeplinească elementele constitutive ale unei infracțiuni¹²¹.

5. Relația dintre Regula Probelor din Auzite (Hearsay Rule) și Clauza de Confruntare (Confrontation Clause)

Înainte de adoptarea Amendamentului VI. la Constituția SUA, se considera că atât Regula Probelor din Auzite, cât și Clauza de Confruntare au origini similare și emană din sistemul common-law, astfel încât anterior anului 1791 nu s-a recurs la o delimitare clară între cele două instituții¹²². Ulterior s-a recunoscut faptul că prin aceste instituții sunt garantate drepturi care nu se suprapun, fiecare dintre cele două instituții beneficiind de o anumită autonomie. Astfel, s-a arătat că verificarea respectării drepturilor constituționale ale acuzatului pe baza Amendamentului VI. (Confrontation Clause Analysis) este o operațiune distinctă și nu se suprapune cu verificarea admisibilității probelor din auzite (Hearsay Analysis)¹²³. Așadar, simplul fapt că o declarație extrajudiciară satisface exigențele impuse de una dintre excepțiile de la Regula Probelor din Auzite nu înseamnă că această declarație este admisibilă în mod automat ca mijloc de probă în procesul penal¹²⁴. O asemenea declarație extrajudiciară poate fi exclusă dacă prin admiterea ei s-ar încălca un drept de natură constituțională, precum dreptul inculpatului de a interoga martorii acuzării¹²⁵. Spre exemplu, în Statul California există o dispoziție legală care prevede în mod expres că o declarație extrajudiciară, admisibilă pe baza unei excepții de la Regula Probelor din Auzite poate fi exclusă în situația în care prin admiterea ei s-ar încălca drepturile constituționale ale acuzatului¹²⁶. Regula Probelor din Auzite este o instituție procesuală de tip common-law, având menirea de a exclude acele probe din auzite care nu pot fi încadrate în niciuna dintre numeroasele excepții recunoscute de la regula menționată. Pe de altă parte, Clauza de Confruntare¹²⁷, consacrată prin Amendamentul VI. la Constituția SUA, conferă acuzatului dreptul de a solicita excluderea acelor declarații testimoniale care nu au fost prestate în fața instanței de judecată, în afară de cazul în care martorul nu poate fi audiat în ședință publică și apărarea a avut în prealabil o oportunitate adecvată de a contrainteroga martorul acuzării în scopul de a contesta fiabilitatea mărturiei¹²⁸.

În pofida acestor diferențe semnificative care există între cele două instituții, Regula Probelor din Auzite, prin excepțiile sale, continuă să influențeze aplicarea concretă a drepturilor garantate prin Clauza de Confruntare. Curtea Supremă de Justiție a SUA a recunoscut în mai multe rânduri că prin admiterea unei probe din auzite, în baza așa numitei "firmly rooted hearsay exception", nu s-a încălcat dreptul constituțional al inculpatului de a interoga martorii acuzării¹²⁹. Întrebarea care se pune în acest context este aceea de a ști dacă admisibilitatea unei probe din auzite, pe baza unei excepții recunoscute de la Regula Probelor din Auzite, se apreciază în mod diferențiat față de dreptul comun, în situațiile în care admiterea unei asemenea declarații ar putea intra în conflict cu drepturile constituționale ale acuzatului¹³⁰?

În mod evident, într-o asemenea ipoteză regulile care guvernează admisibilitatea probelor din auzite pot deroga de la dreptul comun, astfel încât o declarație extrajudiciară care satisface exigențele impuse de o excepție de la Regula Probelor din Auzite poate fi exclusă în situația în care contravine drepturilor constituționale ale acuzatului.

6. Propuneri de lege ferenda privind limitele utilizării probelor din auzite în dreptul procesual penal român

6.1. Argumentele juridice care impun elaborarea unei reglementări referitoare la problematica utilizării în procesul penal a unor probe din auzite

În partea introductivă a prezentei lucrări am făcut o afirmație conform căreia în sistemul de drept de tip anglo-american Regula Probelor din Auzite este una dintre cele mai caracteristici construcții juridice a acestui sistem. Trebuie subliniat faptul că motivul pentru care această instituție juridică care guvernează excluderea probelor din auzite este considerată ca fiind de o importanță fundamentală nu este reprezentat de specificul sistemului de drept common-law, adică nu este dat de acele elemente și construcții juridice prin care acest sistem de drept diferă substanțial față de sistemul de drept procesual penal de tip continental. Astfel, problematicii juridice referitoare la excluderea probelor din auzite trebuie acordată o importanță deosebită indiferent dacă culpabilitatea acuzatului este stabilită de jurați fără pregătire juridică sau de către unul sau mai mulți judecători cu pregătire juridică, ori de faptul dacă regulile care guvernează admisibilitatea mijloacelor de probă sunt reglementate într-un act normativ distinct de C.proc.pen. sau își găsesc o reglementare chiar în cuprinsul C.proc.pen. Cu alte cuvinte, importanța acestei instituții juridice nu este dat de specificul unui anumit sistem de drept, ci de rațiunea juridică pentru care trebuie instituită, fiind vorba despre o construcție juridică elaborată de către sistemul de drept anglo-american dar care poate fi și trebuie să fie implementată în toate sistemele de drept, raportat la faptul că rațiunea juridică pe care se întemeiază este independentă de apartenența unui anumit sistemul de drept la cel inchizitorial sau la cel acuzatorial. În concluzie, opinia mea fermă este în sensul că importanța de care beneficiază instituția excluderii probelor din auzite rezidă în originile sale istorice, în tradiția aplicării sale practice timp de mai multe secole, iar nu de faptul că această instituție ar fi compatibilă exclusiv cu sistemului de drept de tip common-law. Astfel, în sistemul de drept de tip anglo-saxon încă din secolul XVI. s-a înțeles importanța care trebuie acordată utilizării în procesul penal a probelor din auzite, în secolul XVIII. fiind deja elaborată o reglementare completă a instituției excluderii probelor din auzite¹³¹, având menirea de a consacra legal interdicția utilizării ca și mijloace de probă în procesul penal a unor declarații date de către martori care nu au perceput personal, cu propriile simțuri, împrejurările de fapt în legătură cu care sunt audiați sau au fost interogați în fața instanței de judecată și a juraților într-un alt proces penal decât cel în care se intenționează utilizarea ca și mijloc de probă a declarațiilor scrise, administrate în procesul anterior¹³².

Având în vedere cele expuse în rândurile de mai sus, se poate afirma că motivele care au determinat reglementarea interzicerii utilizării probelor din auzite, trebuie analizate în funcție de împrejurările în care martorul a intrat în posesia informațiilor cu privire la care este audiat sau de împrejurările în care a fost administrată declarația martorului.

Astfel, în ipoteza în care se dorește utilizarea declarației date de un martor care o intrat în posesia informațiilor de la o altă persoană care a perceput personal împrejurările în legătură cu care martorul este audiat, interdicția de a utiliza ca mijloc de probă în proces o asemenea declarație se poate explica prin două argumente. În primul rând, se consideră că prin procesul de transmitere a informației primare de la o persoană la alta, pe de o parte, se pierd detalii importante despre împrejurarea care formează informația primară, iar pe de altă parte, cu ocazia fiecărei transmiteri intervine subiectivismul persoanei la care s-a transmis informația. Cu alte cuvinte, fiecare persoană la care se transmite informația primară va relata diferit despre împrejurările de care a luat cunoștință, aspect care decurge în mod natural din firea umană, astfel existând posibilitatea ca informația primară, care trece prin mai multe procese de repetare, să fie relatată de către interceptorul final, audiat în calitate de martor, altfel decât cum s-a întâmplat în realitate și cum a fost perceput de către persoana care reprezintă sursa de informație primară. În al doilea rând, un alt argument mult mai important care pledează împotriva utilizării probelor din auzite în procesul penal este reprezentat de faptul că persoana care a perceput *ex propriis sensibus* împrejurările de fapt care interesează organele judiciare în vederea aflării adevărului, cu ocazia transmiterii informației primare către persoana care urmează să fie audiată ulterior în procesul penal în calitate de martor, nu dă o declarație în sensul juridic al cuvântului. Astfel, o asemenea „declarație” nu poate angaja răspunderea penală a persoanei respective pentru comiterea în calitate de autor al infracțiunii prevăzute de art. 273 Noul C.pen., având în vedere faptul că această “declarație” nu a fost dată în cadrul unui proces, iar persoana respectivă nu a depus jurământ. S-ar putea reține eventual instigarea la infracțiunea de mărturie mincinoasă sub forma participației impropriei, cu condiția ca persoana care urmează să fie audiată ca martor să nu cunoască caracterul nereal al informației transmise de către persoana care a perceput personal împrejurările de fapt care sunt relatate în fața instanței de judecată. Însă, pentru reținerea instigării la infracțiunea de mărturie mincinoasă sub forma participației impropriei, în opinia mea, trebuie dovedit faptul că persoana care a perceput personal împrejurările de fapt, a transmis informații nereale referitoare la aceste împrejurări potențialului martor urmărind ca prin fapta sa să determine obținerea unei mărturii neconforme adevărului, adică a acționat cu intenție directă. Cu alte cuvinte, ar fi absurdă și exagerată susținerea conform căreia orice persoană care percepe personal o împrejurare de fapt și relatează despre aceasta unei alte persoane denaturând adevărul, este un potențial instigator la infracțiunea de mărturie mincinoasă sub forma participării impropriei, asumându-și posibilitatea ca persoana căreia i-a relatat aceste împrejurări de fapt să fie audiată cu privire la acestea în calitate de martor în fața unei instanțe de judecată. În consecință, se ajunge în situația în care, pe de o parte, persoana care a perceput o anumită împrejurare de fapt și care transmite în mod denaturat această informație unei alte persoane care ulterior va fi audiată în fața instanței de judecată în calitate de martor, după cum am arătat în rândurile de mai sus, de

cele mai multe ori nu poate fi sancționată pentru instigare la infracțiunea de mărturie mincinoasă sub forma participației impropriei, iar, pe de altă parte, persoana care este audiată în fața instanței de judecată și care nu cunoaște caracterul nereal al informațiilor transmise, relatează împrejurările de fapt întocmai cum acestea i-au fost transmise în mod denaturat de către persoana care le-a perceput personal, astfel nici martorul nu poate fi sancționat în calitate de autor pentru infracțiunea de mărturie mincinoasă. Cu alte cuvinte, se ajunge într-o situație paradoxală în care împrejurările de fapt aduse la cunoștința organelor judiciare nu sunt conforme adevărului, putând fundamenta o condamnare nelegală, însă nici o persoană nu poate fi trasă la răspundere penală pentru prezentarea unor informații nereale în fața organelor judiciare care se referă la elementele esențiale ale cauzei penale. Urmărind acest raționament juridic se poate lesne înțelege motivul pentru care în sistemul de drept de tip anglo-american este interzisă utilizarea în proces a probelor din auzite.

În ipoteza în care se dorește utilizarea unei declarații date de un martor care a perceput personal împrejurările de fapt în legătură cu care a fost audiat într-o altă cauză penală, fără ca martorul să se prezinte personal în fața instanței de judecată care intenționează utilizarea ca mijloc de probă a declarației sale scrise, motivul interdicției de a utiliza o asemenea declarație de martor este reprezentat de încălcarea flagrantă a principiului contradictorialității, nemijlocirii și al dreptului la un proces echitabil. Astfel, în primul proces în care martorul a fost audiat în fața instanței de judecată, acuzatul și apărătorul acestuia nu a avut posibilitatea de a adresa întrebări martorului în vederea testării credibilității acestuia, pentru simplul motiv că acuzatul nu era parte în acel proces, iar în procesul în care este judecat acuzatul, martorul nu se mai prezintă, ci doar se citește declarația acestuia dată în primul proces. O asemenea ipoteză se poate lesne imagina și în sistemul nostru de drept procesual penal. Astfel, doi coautori sunt judecați împreună pentru comiterea unei anumite infracțiuni, însă din varii motive, spre exemplu suspendarea judecării pentru boala unuia dintre inculpați, cauza se disjunge față de celălalt inculpat cu privire la care nu sunt îndeplinite condițiile suspendării judecării. În cauza disjunsă se audiează de către instanța de judecată un martor ocular care nu a fost audiat în faza de urmărire penală și care confirmă starea de fapt consemnată în cuprinsul rechizitoriului. După dispariția motivului care a determinat suspendarea judecării, martorul ocular nu mai poate fi audiat în această cauză, deoarece din procesul-verbal de îndeplinire a mandatului de executare rezultă că acesta este plecată la lucru în Spania și nu a putut fi adusă în fața instanței. Într-o asemenea ipoteză majoritatea instanțelor de judecată nu vor insista în vederea inițierii unei comisii rogatorii pentru identificarea martorului pe teritoriul Spaniei și audierea acestuia prin videoconferință în vederea respectării dreptului la apărare al inculpatului, ci pur și simplu vor emite o adresă pentru trimiterea unei copii conforme cu originalul după declarația dată de martorul ocular în cauza disjunsă. Într-o asemenea ipoteză acuzatul poate susține în mod întemeiat faptul că apărătorul lui intenționa să adreseze și alte întrebări martorului decât cele adresate acestuia de către părțile din cauza disjunsă, totodată, poate învedera instanței de judecată și faptul că, în situația în care ar fi putut asista personal la audierea martorului, observând eventuala nesinceritate a acestuia, puteau să-i adreseze anumite întrebări care deși aparent erau nerelevante cauzei, puteau pune în evidență caracterul mincinos al declarațiilor

date de martor. Un alt inconvenient pe care ar putea invoca apărarea în vederea dovedirii încălcării dreptului la un proces echitabil este reprezentat de imposibilitatea completului de judecată de a constata personal și de a aprecia nemijlocit comportamentul martorului pe durata audierii acestuia pentru a putea forma o convingere cu privire la credibilitatea acestuia. Cu alte cuvinte, completul de judecată trebuie să se mulțumească cu faptul că judecătorii cauzei disjuncte au analizat atent și au testat credibilitatea martorului.

Din cele expuse în rândurile de mai sus rezultă fără echivoc faptul că necesitatea restricționării utilizării probelor din auzite nu decurge din faptul că această construcție juridică poate opera exclusiv într-un sistem de drept de tip anglo-american, ci se bazează pe elemente de raționament juridic conform cărora se prezumă în mod absolut că un asemenea mijloc de probă nu prezintă suficiente garanții de fiabilitate, credibilitate care ar permite utilizarea lor în procesul penal fără încălcarea dreptului la un proces echitabil al acuzatului. În acest sens trebuie evidențiat faptul că Noul C.proc.pen. în cuprinsul art. 102 alin. (4) preia o instituție nouă pentru tradiția dreptului procesual românesc, o construcție juridică creată de sistemele de drept de tip anglo-american și anume excluderea probelor derivate care au fost obținute din mijloace de probă administrate în mod nelegal. Astfel, la pag. 7 din Expunerea de motive aferentă Legii nr. 135/2010 se precizează faptul că această nouă instituție are ca sursă de inspirație teoria “fructului pomului otrăvit – fruit of the poisonous tree”, creație juridică elaborată de sistemele de drept de tip anglo-american¹³³. Am făcut referire la această instituție juridică nou introdusă în legislația noastră procesuală pentru a sublinia faptul că instituția excluderii probelor derivate, la fel ca și regula excluderii probelor din auzite, sunt considerate în sistemul de drept de tip anglo-american instituții fundamentale care guvernează administrarea mijloacelor de probă nu pentru faptul că ar fi compatibile exclusiv cu un sistem de drept de tip pur acuzatorial, ci pentru faptul că beneficiază de o reglementare juridică și aplicare practică bine cristalizată. În consecință, atâta timp cât a fost compatibilă cu sistemul nostru de drept procesual penal preluarea teoriei “fructului pomului otrăvit”, nu văd nici un impediment juridic pentru preluarea instituției excluderii probelor din auzite.

Nu poate fi primit nici argumentul potrivit căruia principiul contradictorialității și al nemijlocirii sunt specifice sistemelor de drept de tip acuzatorial, însă sistemul nostru de drept este unul inquisitorial. Sistemul de drept procesual penal român de foarte mult timp nu mai este unul pur inquisitorial, în ultima vreme fiind influențat puternic de sistemele de drept de tip acuzatorial, în principal datorită rigorilor impuse de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului¹³⁴. Astfel, în conformitate cu disp. art. 289 C.proc.pen. din 1968 și disp. art. 351 Noul C.proc.pen. contradictorialitatea și nemijlocirea sunt principii fundamentale fazei de judecată a procesului penal.

6.2. Argumentele ivite în practică care impun elaborarea unei reglementări referitoare la problematica utilizării în procesul penal a unor probe din auzite

Pentru a evidenția inconvenientele practice pe care le poate genera utilizarea în procesul penal, fără nici un fel de restricții, a probelor din auzite, în următoarele rânduri voi expune o speță din propria practică avocațială în care m-am confruntat cu această problemă juridică.

Într-o cauză penală, aflată actualmente în faza de urmărire penală, s-a înregistrat o plângere penală împotriva a două persoane sub aspectul comiterii infracțiunii de înșelăciune, iar împotriva unei alte persoane, având calitatea de notar public, sub aspectul comiterii infracțiunii de fals intelectual. În fapt, se susține că cele două persoane, profitând de influența pe care o exercitau asupra persoanei vătămate, proprietara unui imobil și care nu mai ținea legături personale cu membrii de familie, ar fi îmbătat persoana vătămată, determinând-o astfel să-și înstrăineze imobilul la un preț derizoriu. Din înscrisurile administrate în cursul urmăririi penale rezultă faptul că persoana vătămată într-adevăr a semnat un contract de vânzare-cumpărare în care se menționează faptul că în fața notarului public i s-a remis acesteia suma de 35.000 RON reprezentând prețul pe care l-a primit în schimbul transferării dreptului de proprietate. Nici în momentul în care cei doi suspecți s-au deplasat împreună cu persoana vătămată la biroul notarial, nici în momentul semnării contractului de vânzare-cumpărare nu era de față nici un martor, mai mult decât atâta, chiar la simplul examen vizual, fără efectuarea unei expertize criminalistice grafoscopice, se poate constata faptul că semnătura persoanei vătămate, existentă pe contractul de vânzare-cumpărare, nu prezintă nici una dintre elementele grafice specifice unei semnături executate de o persoană care este lipsită vremelnic de discernământ, marea parte a grafismelor fiind chiar în concordanță cu elementele grafice ale semnăturilor persoanei vătămate de pe înscrisurile depuse cu titlu de material de comparație. În ciuda acestor fapte, în cuprinsul plângerii penale și a declarației de parte civilă, persoana vătămată susține faptul că, anterior semnării contractului a fost îmbătat și nu cunoaște ce înscrisuri a semnat în fața notarului public, fiindu-i remisă doar suma de 5.000 RON. Partea civilă a propus în probațiune audierea în calitate de martor a persoanei la care a locuit ulterior acestui incident și căreia i-a relatat împrejurările în care a fost încheiat contractul de vânzare-cumpărare. Această persoană, fiind audiată de către organele de cercetare penală în calitate de martoră, menționând faptul că nu era prezentă nici în momentul încheierii contractului de vânzare-cumpărare, nici în momentul în care partea civilă susține că a fost îmbătată, a declarat cu fidelitate ceea ce i s-a relatat după incident de către partea civilă, reiterând de fapt cele declarate de către partea civilă.

În opinia mea, speța expusă în rândurile de mai sus, în contextul legislației noastre procesual penale care nu cunoaște o reglementare a probelor din auzite, poate genera o serie de dificultăți practice în privința aprecierii unor asemenea mijloace de probă. Cu asemenea dificultăți se confruntă în special judecătorii care, în baza mijloacelor de probă aflate la dosarul cauzei, trebuie să aprecieze probele care rezultă din acestea și faptul dacă probele pot fundamenta o hotărâre de condamnare, însă consecințele unei eventuale erori judiciare, decurgând din greșita apreciere a probelor, vor fi suportate de către inculpatul care este subiectul pasiv al acțiunii penale. Raportat la cele expuse anterior, sub imperiul C.proc.pen. din 1968 speța prezentată în rândurile de mai sus ridică o serioasă problemă juridică privind activitatea de apreciere a probelor. Astfel, conform disp. art. 75 C.proc.pen. din 1968 declarațiile părții civile avea o valoare probantă condiționată de coroborarea ei cu alte mijloace de probă. Aplicarea acestor dispoziții legale în speța expusă în rândurile de mai sus ar fi avut o

consecința juridică deosebit de importantă și anume faptul că cei doi suspecți și notarul public nu puteau fi condamnați exclusiv pe baza declarațiilor părții civile. Însă, prin faptul că partea civilă relatează împrejurările în care a avut loc încheierea contractului unei terțe persoane, aceasta putea schimba întreaga situație juridică, având în vedere faptul că terța persoană urma să fie audiată în calitate de martoră, deoarece avea cunoștință de împrejurări care puteau servi la aflarea adevărului, în ciuda faptului că ea nu a perceput personal aceste împrejurări. Astfel, prin lipsa unei dispoziții legale exprese care să interzică sau să restricționeze utilizarea probelor din auzite în procesul penal, se putea eluda foarte ușor dispoziția legală referitoare la valoarea probantă condiționată a declarației părților, prin simpla relatare a stării de fapt unei alte persoane care ulterior urma să fie audiată în calitate de martoră. Trebuie subliniat faptul că teoretic C.proc. pen. din 1968 permitea condamnarea unui inculpat pe baza unei singure declarații de martor, în situația în care această declarație era apreciată ca fiind sinceră și confirma starea de fapt expusă în rechizitoriu. Or, în speța prezentată în rândurile de mai sus, declarația martorului este una sinceră pentru că acesta declară informațiile transmise de către partea civilă întocmai cum acestea i-au fost relatate (ignorând faptul dacă partea civilă i-a relatat sau nu aceste informații conform cu realitatea), iar împrejurările de fapt menționate în declarație confirmă starea de fapt expusă în cuprinsul plângerii penale. Totuși, aș îndrăzni să pun o întrebare poate retorică: câți judecători din România ar risca să condamne trei persoane în baza unei asemenea declarații, compromițându-i în mod ireversibil viața? În opinia mea, probele care se obțin dintr-o asemenea declarație precum cea din speța de mai sus, ar putea fi folosite exclusiv în vederea dovedirii unui singur aspect și anume a faptului că partea civilă și-a exprimat nemulțumirea cu privire la împrejurările în care s-a încheiat contractul de vânzare-cumpărare în momentul relatării martorului despre evenimentul respectiv, deci la un moment anterior depunerii plângerii penale, însă, o asemenea declarație de martor nu poate dovedi în nici un caz caracterul real al celor relatate de către partea civilă.

Odată cu intrarea în vigoare a Noului C.proc.pen. problema juridică mai sus analizată, prin raportare la dispozițiile C.proc.pen. din 1968, se modifică aparent. Astfel, Noul C.proc.pen. nu a mai reluat dispoziția legală din vechea reglementare care stabilea valoarea probantă condiționată a declarațiilor date de către părțile din proces, supunând și aceste declarații principiul liberei aprecieri a probelor, consacrat prin disp. art. 103 Noul C.proc.pen. Astfel, în prezent, nu există nici o prevedere legală care să interzică condamnarea celor trei persoane din speța expusă chiar în baza declarației date de partea civilă, nefiind necesară audierea terței persoane în calitate de martor pentru eludarea dispozițiilor legale, așa cum se putea proceda sub imperiul C.proc.pen. din 1968. Însă, limita acestei libere aprecieri, aparent infinite, este marcată de disp. art. 103 alin. (2) teza a II-a Noul C.proc.pen. conform căreia *“condamnarea se dispune doar atunci când instanța are convingerea că acuzația a fost dovedită dincolo de orice îndoială rezonabilă”*. În opinia mea, prin noile modificări operate în materia aprecierii probelor, legiuitorul nu a rezolvat nici problematica utilizării în procesul penal a declarației date de părți, nici problematica utilizării probelor din auzite. Astfel, această nouă reglementare, aparent modernă și inovatoare, nu face altceva decât să plaseze o responsabilitate și mai mare pe

umerii judecătorului. Cu alte cuvinte, legiuitorul își spală mâinile, neinterzicând în mod expres utilizarea în procesul penal a probelor din auzite și necondiționând utilizarea declarației date de părțile din proces de coroborarea acestora cu alte mijloace de probă, lăsând la aprecierea judecătorului dacă are “curajul” să condamne o anumită persoană în baza unor asemenea declarații lipsite de fiabilitate. În lumina acestor constatări, adresez aceeași întrebare retorică pe care am pus-o și în legătură cu dispozițiile cuprinse în C.proc.pen. din 1968: câți judecători din România ar risca să-i condamne și astfel să-i compromite ireversibil viața a trei persoane în baza unei declarații care provine de la o parte interesată direct în cauză și a unei alte declarații care provine de la un martor care a auzit cele declarate de la partea civilă, interesată direct în cauză? Un lucru pot să afirm cu certitudine, în situația în care aş avea calitatea de judecător în speța expusă, nu aş ezita nici măcar o clipă în privința soluției pe care aş urma să o pronunț în cauză. În opinia mea, declarația persoanei vătămate sau a părții civile, necoroborate cu mijloace materiale de probă sau alte probe testimoniale decât cele din auzite, indiferent cât de sinceră ar părea ea, nu poate fundamenta o hotărâre de condamnare care să reziste standardului juridic, preluat recent din sistemul de drept de tip anglo-american, și reglementat în disp. art. 103 alin. (2) teza a II-a și disp. art. 396 alin. (2) Noul C.proc.pen. – “beyond a reasonable doubt” – din care decurge de altfel și regula de drept “*in dubio pro reo*”, conform căruia judecătorul este obligat să pronunțe o soluție de achitare în situația în care are cel mai mic dubiu în privința vinovăției inculpatului. Or, mă întreb, în speța prezentată în rândurile de mai sus, în baza căror elemente poate verifica judecătorul veridicitatea susținerilor părții civile, elemente care ar putea înlătura aceste dubii rezonabile care se învârt ca niște mari semne de întrebare în mintea judecătorului?

6.3. Propuneri de tehnică legislativă privind restricționarea utilizării probelor din auzite în dreptul procesual penal român

În ceea ce privește modalitatea concretă prin care s-ar putea realiza reglementarea interzicerii sau restricționării utilizării probelor din auzite în dreptul procesual penal românesc, opinez în sensul că singura modalitate poate fi reprezentată de inserarea unor texte de lege în cuprinsul C.proc.pen. prin modificarea acestuia. Orice altă abordare fie ar fi străină și incompatibilă cu dreptul nostru procesual penal, fie ar avea ca efect crearea unei reglementări netransparente și greu de aplicat în practică. Astfel, atâta timp cât în legislația noastră procesual penală condițiile de admisibilitate a diferitelor mijloace de probă sunt reglementate în cuprinsul C.proc.pen., este exclus ca interdicția sau restricționarea utilizării probelor de auzite să fie reglementată printr-un act normativ separat, dedicat în exclusivitate problematicii admisibilității mijloacelor de probă, astfel cum se întâmplă în sistemul juridic din S.U.A. Reglementarea instituției în discuție printr-o lege specială ar fi lipsită de raționament și transparentă, atâta timp cât condițiile de admisibilitate a oricăror altor mijloace de probe sunt reglementate în cuprinsul C.proc.pen. Astfel, crearea unei legi speciale strict pentru reglementarea acestui aspect, este absolut inoportună și ar îngreuna aplicarea legii procesual penale, având în vedere faptul că dispozițiile C.proc.pen. ar trebui coroborate permanent cu dispozițiile acestei legi speciale. Reglementarea problematicii probelor din auzite prin

intermediul practicii judecătorești, fără existența unei reglementări legale, ar fi cea mai nepotrivită soluție. Astfel, în primul rând, spre deosebire de sistemele juridice de tip anglo-american în sistemul nostru procesual penal, cu anumite excepții, practica judiciară a instanțelor superioare nu are efect obligatoriu. Din această regulă decurge o consecință deosebit de importantă și anume faptul că instanțele judecătorești din țara noastră nu sunt obișnuite cu crearea și mai ales dezvoltarea unei practici judiciare coerente și unitare, având în vedere că judecătorii nu sunt obișnuiți și antrenați ca în cuprinsul hotărârilor pe care le pronunță să depășească simpla analiză a problemelor juridice prin raportare exclusivă la cauza dedusă judecăți. Astfel, instanțele judecătorești din țara noastră, și aici nu mă refer la recursurile în interesul legii sau la dezlegarea unor chestiuni de drept, nu sunt în stare să interpreteze normele legale aplicabile cauzei concrete, astfel încât această interpretare să fie exprimată în termeni general, putând fi aplicată și în alte cauze similare. În al doilea rând, în măsura în care problematica pobelor din auzite este o chestiune inedită chiar și pentru majoritatea autorilor care studiază literatură de specialitate și drept comparat, cum putem avea pretenția ca acei judecători practicieni care din cauza volumului de muncă nu au timpul suficient nici măcar pentru studierea literaturii de specialitate referitoare la dreptul pozitiv și citească doctrină de drept comparat și, mai mult decât atâta, să devină legiuitor prin crearea unei practici judiciare general aplicabile?

În privința tehnicii legislative de reglementare a probelor din auzite, concep două posibilități practice prin care s-ar putea realiza cenzurarea utilizării în procesul penal al unor asemenea mijloace de probă. Prima posibilitate ar fi una mai simplă și mai ușor de realizat, însă ar prezenta dezavantajul de a permite, sub condiția îndeplinirii unor exigențe legale, utilizarea oricărei probe din auzite, indiferent de împrejurările în care acestea au fost obținute. Această soluție de compromis ar putea fi reprezentată de acordarea unei valori probante condiționate probelor din auzite. Cu alte cuvinte, această soluție nu ar impune privarea de orice efecte juridice a acestor mijloace de probe prin neutralizarea lor totală, ci consacrarea legală a valorii lor probante condiționate prin instituirea unei excepții de la principiul liberei aprecieri a probelor reglementate de art. 103 alin. (1) Noul C.proc.pen. Printr-o asemenea soluție, probele din auzite pot fi utilizate în procesul penal cu condiția să fie coroborate cu alte mijloace de probă, neputând fundamenta ele singure o soluție de condamnare sau achitare. Recunoașterea valorii probante condiționate a unor declarații de martor nu ar fi o soluție inedită pentru legislația noastră procesual penală, raportat la faptul că, sub presiunea exercitată de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului¹³⁵, în cuprinsul art. 103 alin. (3) Noul C.proc.pen. s-a reglementat o excepție de la principiul liberei aprecieri a probelor conform căreia declarațiile investigatorului sub acoperire, ale colaboratorului justiției și ale martorilor protejați beneficiază de o valoare probantă condiționată. În opinia mea această soluție "imperfectă" ar fi totuși de preferat, raportat la existența unui precedent legislativ, fiind de notorietate reticența și scepticismul cu care sunt întâmpinate în sfera juridică din țara noastră inițiativele îndrăznețe, având ca obiect implementarea anumitor instituții juridice "neobișnuite" pentru criteriul ridicat la rang de etalon, reprezentat de tradiția noastră juridică. Soluția pe care

o propun s-ar putea realiza practic foarte simplu și anume prin completarea art. 103 Noul C.proc.pen. cu un nou alineat (4) având următorul conținut “hotărârea de condamnare, de renunțarea la aplicarea pedepsei sau de amânare a aplicării pedepsei nu se poate întemeia în măsură determinantă pe declarațiile date de un martor care nu a perceput personal împrejurările de fapt în legătură cu care a fost audiat ori care nu a fost audiat și interogat în cauza în care se solicită utilizarea declarației sale”.

A doua propunere este mult mai radicală și inovatoare, fiind în acord perfect cu acele exigențe pe care le-am expus pe larg în cuprinsul secțiunii 6.1. și care au determinat în sistemele de drept de tip acuzatorial reglementarea excluderii probelor din auzite. Această soluție ar putea fi realizată practic prin inserarea unui nou articol după art. 116 C.proc.pen și anume art. 116¹, purtând denumirea marginală de “persoane care nu pot fi audiate în calitate de martor sau ale căror declarații nu pot fi folosite în procesul penal”. Pentru aplicabilitatea acestui nou text legal art. 119 alin. (2) Noul C.proc.pen. ar trebuie reformulat astfel: „martorului i se comunică obiectul cauzei și apoi este întrebat (...) precum și în legătură cu împrejurările în care a luat cunoștință de faptele cu privire la care urmează să fie audiat”. Astfel, în ipoteza în care martorul ar declara că faptele în legătură cu care urmează să fi audiat nu au fost percepute de el personal, ci le-a aflat de la alte persoane, automat ar fi aplicabile disp. art. 116¹ Noul C.proc.pen. și audierea nu ar mai putea continua, în afară de situația în care am fi în prezența unei excepții de la regula excluderii probelor din auzite, excepție reglementată expres de disp. art. 116¹ Noul C.proc.pen. Această propunere ar presupune transpunerea regulilor 801-804 din Regulile Federale de Admisibilitate a Probelor în cuprinsul art. 116¹ Noul C.proc.pen., reglementând definiția probelor din auzite, consacrarea interdicției de a utiliza în proces asemenea probe, categoriile de declarații care nu sunt considerate probe din auzite și excepțiile de la regula excluderii probelor din auzite. Avantajul unei asemenea reglementări exhaustive ar fi reprezentat de faptul că ar satisface perfect argumentele juridice pentru care această regulă a fost inventată în dreptul anglo-american și anume imposibilitatea absolută de a utiliza într-o procedură judiciară informații “de mâna a doua” sau declarații de martori care au fost date cu încălcarea flagrantă a principiilor contradictorialității și al nemilocirii. Dezavantajul acestei opțiuni ar fi reprezentat de necesitatea constituirii la nivelul puterii legislative al unei comisii juridice de specialitate strict pentru elaborarea acestui text legal, având în vedere că transpunerea dispozițiilor menționate presupune o analiză aprofundată a literaturii de specialitate, dar mai ales a practicii judiciare din SUA, în special pentru a putea stabili care dintre numeroasele excepții de la regula excluderii probelor din auzite sunt compatibile cu sistemul nostru de drept, pornind în principal de la rațiunea care a condus la instituirea fiecărei excepții.

În concluzie, indiferent de modalitatea de tehnică legislativă pentru care s-ar opta, consider că problematica utilizării probelor din auzite și a forței probante care i se asociază acestora nu poate fi ignorată de practicieni, de sistemul judiciar și de către legiuitor. Astfel, dacă în perioada anterioară anului 1989, într-un sistem totalitar era o normalitate să nu se abordeze o asemenea problemă, nu este deloc firesc ca într-un stat de drept care își propune respectarea

unor principii democratice consacrate pe plan European, precum prezumția de nevinovăție, contradictorialitatea, nemijlocirea și dreptul acuzatului la un proces echitabil, să treacă cu vederea peste problematica utilizării în procesul penal a unor declarații de martor a căror fiabilitate este extrem de redusă, raportat la faptul că veridicitatea celor consemnate în aceste declarații poate fi pusă sub semnul îndoielii. În opinia mea, nu se poate accepta ca într-un nou cod de procedură penală care se intitulează drept inovator și în concordanță cu exigențe impuse de Convenția pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale să nu există o dispoziție legală expresă care să interzică posibilitatea condamnării unui acuzat exclusiv pe baza unei declarații prestate de un martor care nu a perceput personal împrejurările de fapt cu privire la care a fost audiat și care, fără nici o intenție de a prezenta o falsă stare de fapt, aduce la cunoștința organelor judiciare informații false, raportat la faptul că persoana care a constatat *ex proprius sensibus* aceste împrejurări, îi transmite în mod intenționat acestuia informații neconforme adevărului.

* *Diplomă de master obținută la Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, specializarea: Științe penale și criminalistică; doctorand la Universitatea din Pécs, Facultatea de Drept, specializarea: Științe penale; asistent universitar la Universitatea Sapientia, Cluj-Napoca, Facultatea de Științe și Arte, Specializarea Drept; avocat definitiv – membru al Baroului Bihor; e-mail: kadar.h@lawyer-romania.com.*

¹ J. H. Wigmore, *Evidence in trials at common-law* § 1364 (II)(9) (J. H. Chadbourn rev. ed. 1974) apud J. E. Beaver, *The residual hearsay exception reconsidered*, Florida State University Law Review, vol. 20, 1993, p. 788.

² E. G. Ewaschuk, *Hearsay evidence*, Osgoode Hall Law Journal, vol. 16, 1978, p. 407.

³ *Ibidem*

⁴ J. N. Cole, *The Federal Hearsay Rule and its exceptions*, Litigation, vol. 19, 1993, p. 17.

⁵ E. M. Morgan, *The Hearsay Rule*, Washington Law Review and State Bar Journal, vol. 12, 1937, p. 3-4.

⁶ J. H. Wigmore, *Evidence in trials at common-law* § 1364 (I)(2) (J. H. Chadbourn rev. ed. 1974) apud J. E. Beaver, *op. cit.*, p. 789.

⁷ J. E. Beaver, *op. cit.*, p. 789.; E. M. Morgan, *op. cit.*, p. 4.

⁸ G. M. Fenner, *The residual exception to the Hearsay Rule: complete treatment*, Creighton Law Review, vol. 33, 2000, p. 265.; E. G. Ewaschuk, *op. cit.*, p. 407.

⁹ E. G. Ewaschuk, *op. cit.*, p. 408.

¹⁰ Phipson, *On evidence*, 12th ed. London: Sweet and Maxwell, 1974, p. 36, apud E. G. Ewaschuk, *op. cit.*, p. 409.

¹¹ *Weinstein's Evidence* ¶ 800[01] at 800-09 (1991) apud J. N. Cole, *op. cit.*, p. 17.

¹² J. N. Cole, *op. cit.*, p. 17.

¹³ *Ibidem*

¹⁴ "Hearsay is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted", a se vedea <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rules.htm>

¹⁵ J. C. O' Brien, *The hearsay within confrontation*, Saint Louis University Public Law Review, vol. 29, 2010, p. 512.

- ¹⁶ P. Goss, N. Kirkpatrick, *Hearsay*, *Arkansas Law Review*, vol. 27, 1973, p. 304.
- ¹⁷ J. C. O' Brien, *op. cit.*, p. 513.; P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 305.
- ¹⁸ M. A. Mendez, *Hearsay and its exceptions: Conforming the Evidence Code to the Federal Rules*, *University of San Francisco Law Review*, vol. 37, 2003, p. 352.
- ¹⁹ Acest exemplu a fost oferit de către instanță cu ocazia judecării cauzei *Wright v. Doe D. Tatham*, 112 Eng. Rep. 488 (1837)
- ²⁰ M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 352.
- ²¹ *United States v. Zenni*, 42 F.Supp. 464 (1980), apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 353.
- ²² M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 353.
- ²³ *United States v. Summers*, 414 F.3d 1287, 1299-1300 (10th Cir. 2005), în J. C. O' Brien, *op. cit.*, p. 517.
- ²⁴ J. C. O' Brien, *op. cit.*, p. 515.
- ²⁵ *Idem*, p. 519.
- ²⁶ *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237 (1895), comentariu în P. J. White, *Rescuing the Confrontation Clause*, *South Carolina Law Review*, vol. 54, 2003, p. 556. și urm.; R. N. Jonakait, "Witnesses" in the *Confrontation Clause: Crawford v. Washington, Noah Webster and the compulsory process*, *Temple Law Review*, vol. 79, 2006, p. 185. și urm.
- ²⁷ *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970), comentariu în J. B. Stokes, *Maryland v. Craig and the Confrontation Clause: When does „confront” mean confront?*, *American Journal of Trial Advocacy*, vol. 14, 1990, p. 368. și urm.; S. Vaughn, R. Weaver, *Interplay of the Confrontation Clause and the Hearsay Rule*, *Arkansas Law Review*, vol. 29., 1975, p. 376-377.; D. E. Seidelson, *Hearsay exception and the Sixth Amendment*, *George Washington Law Review*, vol. 40, 1971, p. 79-81.
- ²⁸ *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970), cit. supra nota 27; *United States v. Owens*, 484 U.S. 554 (1988), în C. H. Whitebread, C. Slobogin, *Criminal procedure, an analysis of cases and concepts*, third edition, Ed. The Foundation Press, Inc., Westbury, 1993, p. 737-738.; S. A. Salzburg, D. J. Capra, *Criminal procedure, cases and comentary*, fourth edition, Ed. West Publishing Company, St. Paul, 1992, p. 1009.
- ²⁹ J. C. O' Brien, *op. cit.*, p. 519.
- ³⁰ *State v. White*, 642 S.E.2d 607, 615 (S.C. Ct. App. 2007); *State v. Burnice*, No. 32219-6-II, 2006 WL 122198, at. 5* (Wash. Ct. App. Jan. 18, 2006); *State v. Keodara*, No. 54339-3-I, 2005 WL 1684701, at *2 (Wash. Ct. App. July 18, 2005) apud J. C. O' Brien, *op. cit.*, p. 520.
- ³¹ *State v. White*, 642 S.E.2d 607, 615 (S.C. Ct. App. 2007), cit. supra nota 30
- ³² *United States v. Moon*, 512 F.3d 359, 361 (7th Cir. 2008); *United States v. Washington*, 498 F.3d 225, 228-31 (4th Cir. 2007); *State v. Dunn*, 7 S.W.3d 427, 431-32 (Mo. Ct. App. 1999) apud J. C. O' Brien, *op. cit.*, p. 520.
- ³³ *United States v. Washington*, 498 F.3d 225, 228-31 (4th Cir. 2007), cit. supra nota 32
- ³⁴ *United States v. Enterline*, 894 F.2d 287, 289 (8th Cir. 1990); *United States v. Hardin*, 710 F.2d 1231, 1237 (7th Cir. 1983) apud J. C. O' Brien, *op. cit.*, p. 521.
- ³⁵ E. M. Morgan, *op. cit.*, p. 6.
- ³⁶ E. G. Ewaschuk, *op. cit.*, p. 407.; P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 303.
- ³⁷ E. G. Ewaschuk, *op. cit.*, p. 408.
- ³⁸ *Ibidem*
- ³⁹ E. M. Morgan, *op. cit.*, p. 6.
- ⁴⁰ J. N. Cole, *op. cit.*, p. 17.; J. C. O' Brien, *op. cit.*, p. 523.
- ⁴¹ J. N. Cole, *op. cit.*, p. 17.
- ⁴² *United States v. Reyes*, 18 F.3d 65, 70-71 (2d Cir. 1994) apud J. C. O' Brien, *op. cit.*, p. 524.

- ⁴³ P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 305.
- ⁴⁴ *Comer v. State*, 222 Ark. 156, 257 S.W.2d 564 (1953) apud P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 306.
- ⁴⁵ P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 307. Trebuie subliniat faptul că spre exemplu, Codul de Admisibilitate a Probelor din Statul California (California Evidence Code) nu impune o asemenea limitare în ceea ce privește împrejurările în care declarația anterioară (prior inconsistent statement) trebuie să fie obținută. A se vedea *M. A. Mendez*, *op. cit.*, p. 358.
- ⁴⁶ Cal. Evid. Code § 791 (a) (West 1995) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 360.
- ⁴⁷ P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 309.
- ⁴⁸ *Tome v. United States*, 513 U.S. 150 (1995) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 360.
- ⁴⁹ Cal. Evid. Code § 1238 (West 1995) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 362.
- ⁵⁰ M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 361.
- ⁵¹ Notes of Advisory Committee on Rules, <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/ACRule801.htm>
- ⁵² *Nagler v. O'Neil*, 226 Ark. 1007, 295 S.W.2d 629 (1956) apud P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 312.
- ⁵³ P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 311.
- ⁵⁴ Notes of Advisory Committee on Rules, <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/ACRule801.htm>
- ⁵⁵ M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 364.
- ⁵⁶ Cal. Evid. Code § 1223 (West 1995) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 362.
- ⁵⁷ *Stacy v. State*, 228 Ark. 260, 306 SW.2d 852 (1957); *Hammond v. State*, 173 Ark. 674, 293 S.W. 714 (1927) apud P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 313. În același sens a se vedea *Krulewitch v. United States*, 336 U.S. 440 (1949); *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963), <http://supreme.justia.com>
- ⁵⁸ J. H. Wigmore, *Evidence*, § 1427 at 209 (3d ed. 1940) apud J. F. Falknor, *Hearsay, Law and the Social Order*, vol. 4, 1969, p. 591.
- ⁵⁹ *Ibidem*
- ⁶⁰ Ch. T. McCormick, *Tomorrow's law of evidence*, 24 A.B.A.J. 501, 512 (1938) apud J. F. Falknor, *op. cit.*, p. 592.
- ⁶¹ *Ibidem*
- ⁶² J. N. Cole, *op. cit.*, p. 17.; J. E. Beaver, *op. cit.*, p. 789.; S. C. Zwick, *Exceptions to the Hearsay Rule: Expanding the limits of admissibility*, Louisiana Law Review, vol. 36, 1975-1976, p. 159.
- ⁶³ P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 316.
- ⁶⁴ J. C. O'Brien, *op. cit.*, p. 529.
- ⁶⁵ Ch. T. McCormick, *Tomorrow's law of evidence*, 24 A.B.A.J. 501, 512 (1938) apud J. F. Falknor, *op. cit.*, p. 592.
- ⁶⁶ P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 316.
- ⁶⁷ Notes of Advisory Committee on Rules apud S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 160.
- ⁶⁸ S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 160.
- ⁶⁹ J. C. O'Brien, *op. cit.*, p. 529.
- ⁷⁰ S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 163.; P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 316. Pentru semnificația noțiunii de „*regesta*” a se vedea Ch. T. McCormick, *Evidence* § 288-98 (2d ed. 1972).
- ⁷¹ M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 368.
- ⁷² *Idem*, p. 369.
- ⁷³ *People v. Alcalde*, 148 P.2d 627 (Cal. 1944); *People v. Morales*, 770 P.2d 244 (Cal. 1989) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 370.
- ⁷⁴ M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 371.
- ⁷⁵ *Nelson v. Bushy*, 246 Ark. 247, 437 S.W.2d 799 (1969) apud P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 319.

- ⁷⁶ Notes of Advisory Committee on Rules apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 372.
- ⁷⁷ Notes of Advisory Committee on Rules apud S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 168.
- ⁷⁸ S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 169.
- ⁷⁹ Notes of Advisory Committee on Rules apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 372.
- ⁸⁰ *Territory of Guam v. Ignacio*, 10 F.3d 608, 613 (9th Cir. 1993) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 372.
- ⁸¹ *United States v. Balfany*, 965 F.2d 575, 579 (8th Cir. 1992); *United States v. George*, 960 F.2d 97 (9th Cir. 1992) apud J. N. Cole, *op. cit.*, p. 20.
- ⁸² *Newell v. Arlington Hotel Co.*, 221 Ark. 215, 252 S.W.2d 611 (1952) apud P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 320.
- ⁸³ Circumstanțele în care a fost făcută înregistrarea, precum și lipsa de informare a celui care a efectuat înregistrarea nu afectează admisibilitatea, ci fiabilitatea înregistrării. A se vedea P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 321.
- ⁸⁴ M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 373.
- ⁸⁵ J. N. Cole, *op. cit.*, p. 20.
- ⁸⁶ *United States v. Jacoby*, 955 F.2d 1527 (11th Cir. 1992) apud J. N. Cole, *op. cit.*, p. 20.
- ⁸⁷ M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 376.
- ⁸⁸ Trebuie subliniat faptul că, spre deosebire de Regulile Federale de Admisibilitate a Probelor, în unele state, precum Louisiana, rapoartele efectuate de către organele de poliție nu sunt admisibile nici măcar în cauzele civile. A se vedea S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 170.
- ⁸⁹ *United States v. Oates*, 560 F.2d 45 (2d Cir. 1977) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 378.
- ⁹⁰ *United States v. Orozco*, 590 F.2d 789, 794 (9th Cir. 1979) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 379.
- ⁹¹ *Beech Aircraft Corp. v. Rainey*, 488 U.S. 153 (1988) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 380.
- ⁹² Comitetul Consultativ pentru Regulile Federale de Admisibilitate a Probelor a elaborat mai multe criterii pe baza cărora se poate stabili gradul de fiabilitate al unui raport care a fost efectuat pe baza unor constatări factice la care s-a ajuns în urma unei investigații. A se vedea Notes of Advisory Committee on Rules apud S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 171.
- ⁹³ Asemenea dispoziții se regăsesc și în legislația din Statul California. A se vedea Cal. Evid. Code § 1284 (West 1995) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 360. În Statul Arkansas, anterior modificărilor efectuate prin The Uniform Interstate and International Procedural Act, instanțele statale nu admiteau ca mijloc de probă în proces declarațiile prin care se constata lipsa unei anumite înregistrări dintr-un registru oficial. A se vedea *Pekin Cooperage Co. v. State*, 197 Ark. 341, 122 S.W.2d 468 (1958) apud P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 323.
- ⁹⁴ M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 398.
- ⁹⁵ *Idem*, p. 399.
- ⁹⁶ Cal. Evid. Code § 1331 (West 1995) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 401.
- ⁹⁷ *Arbuckle v. Matthews*, 73 Ark. 27, 83 S.W. 326 (1904); *Rhodes v. Earl Gill Enterprise*, 245 Ark. 279, 431 S.W.2d 846 (1968) apud P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 324.
- ⁹⁸ Notes of Advisory Committee on Rules apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 401.
- ⁹⁹ Notes of Advisory Committee on Rules apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 402.
- ¹⁰⁰ M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 403.
- ¹⁰¹ S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 176.
- ¹⁰² Notes of Advisory Committee on Rules apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 403.
- ¹⁰³ S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 176.
- ¹⁰⁴ Notes of Advisory Committee on Rules apud S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 177.

- ¹⁰⁵ M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 382.
- ¹⁰⁶ Notes of Advisory Committee on Rules M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 382.
- ¹⁰⁷ S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 178.; P. Goss, N. Kirkpatrick, *op. cit.*, p. 325.
- ¹⁰⁸ Codul de Admisibilitate a Probelor din Statul California nu conține o dispoziție similară cu cea prevăzută de regula 804 (a) (2) FRE. Totuși, practica judiciară a recunoscut că martorul care refuză să se prezinte în fața instanței de judecată trebuie calificat ca fiind un martor indisponibil. Într-o cauză, un martor care a refuzat să fie audiat în ședință publică din cauza temerii, a fost considerat ca fiind indisponibil cu motivarea că suferea de o boală psihică care nu-i permitea să fie audiat în fața juraților (Cal. Evid. Code § 240). A se vedea *People v. Rojas*, 542 P.2d 229, 235-36 (Cal. 1975) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 357. Într-o altă cauză s-a reținut că în situația în care printr-un raport de expertiză se stabilește că victima infracțiunii poate suferi traume serioase ca urmare a audierii în ședință publică, aceasta poate fi calificată ca fiind un martor indisponibil. A se vedea *People v. Williams*, 155 Cal. Rptr. 414, 421 (Ct. App. 1979) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 357.
- ¹⁰⁹ În lipsa unei dispoziții similare cu cea cuprinsă în regula 804 (a) (3) FRE, instanțele de judecată din Statul California au ajuns la concluzia că avem de a face cu un martor indisponibil și în situația în care acesta suferă o pierdere totală de memorie. În acest sens, instanțele statale au stabilit că pierderea totală de memorie poate fi asimilată unei boli sau infirmități psihice (Cal. Evid. Code § 240). A se vedea *People v. Alcalá*, 842 P.2d 1192 (Cal. 1992) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 357.
- ¹¹⁰ S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 179.
- ¹¹¹ O dispoziție similară există și în Codul de Admisibilitate a Probelor din Statul California [Cal. Evid. Code § 240 (b)], <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=evid&group=00001-01000&file=100-260>.
- ¹¹² S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 180.
- ¹¹³ M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 391.
- ¹¹⁴ Report of the House Judiciary Committee apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 391.
- ¹¹⁵ Ch. T. McCormick, *Evidence* § 282 (2d ed. 1972) apud S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 181.
- ¹¹⁶ S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 181.
- ¹¹⁷ Trebuie subliniat faptul că Curtea Supremă de Justiție a SUA a propus inclusiv admisibilitatea acelor declarații prin care declarantul risca să fie ridicularizat sau dezaprobat de către o parte a comunității, însă Congresul SUA a respins propunerea, arătând că gradul de fiabilitate a unor asemenea declarații este destul de redus. A se vedea Report of the House Judiciary Committee apud S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 182.
- ¹¹⁸ S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 182.
- ¹¹⁹ *Williamson v. United States*, 512 U.S. 594 (1994) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 393.
- ¹²⁰ Notes of Advisory Committee on Rules M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 389.
- ¹²¹ Notes of Advisory Committee on Rules M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 390.
- ¹²² *Dutton v. Evans*, 400 U.S. 74 (1970) apud J. C. O' Brien, *op. cit.*, p. 503.
- ¹²³ *Ashker v. Leapley*, 5 F.3d 1178, 1180 (8th Cir. 1993) apud J. C. O' Brien, *op. cit.*, p. 503.
- ¹²⁴ Notes of Advisory Committee on Rules apud S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 160.
- ¹²⁵ S. C. Zwick, *op. cit.*, p. 160.
- ¹²⁶ Cal. Evid. Code § 1204 (West 1995) apud M. A. Mendez, *op. cit.*, p. 407.
- ¹²⁷ Pentru mai multe detalii despre Clauza de Confruntare cuprinsă în Amendamentul VI. la Constituția SUA a se vedea H. Kádár, *Exercitarea dreptului de contrainterogare a martorilor acuzării în lumina jurisprudenței Curții Supreme de Justiție a Statelor Unite ale Americii*, *Dreptul*, 7/2012, p. 184-214.

- ¹²⁸ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004), comentariu în J. C. Latimer, *Confrontation after Crawford: the decision's impact on how hearsay is analyzed under the Confrontation Clause*, Seton Hall Law Review, vol. 36, 2006, p. 330. și urm.; D. Dupré, *Crawford v. Washington: Reclaiming the original meaning of the Confrontation Clause*, Touro Law Review, vol. 21, 2005, p. 243. și urm.
- ¹²⁹ *Dutton v. Evans*, 400 U.S. 74 (1970), comentariu în S. Vaughn, R. Weaver, *op. cit.*, p. 377-378.; P. J. White, *op. cit.*, p. 570. și urm.; *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980), comentariu în D. T. Fisis, *Sixth Amendment - Confrontation Clause*, Duquesne Law Review, vol. 26., 1988, p. 1060-1061.; *White v. Illinois*, 502 U.S. 346 (1992), comentariu, în P. J. White, *op. cit.*, p. 580-581.
- ¹³⁰ J. C. O' Brien, *op. cit.*, p. 503.
- ¹³¹ J. H. Wigmore, *The history of the Hearsay Rule*, Harvard Law Review, vol. 17, no. 7/1904, p. 437
- ¹³² După cum am anticipat, prin declarație dată în afara instanței de judecată se înțelege declarația obținută de la un martor care nu a fost audiat nemijlocit de către instanța de judecată în fața căreia s-a solicitat admiterea acestui mijloc de probă. A se vedea J. C. O' Brien, *op. cit.*, p. 519. Cu alte cuvinte, este considerată ca fiind probă din auzite nu numai declarația dată de un martor care nu a constatat personal împrejurarea de fapt în legătură cu care este audiat, ci și declarația administrată în fața instanței de judecată care este citită într-un alt proces penal.
- ¹³³ Această teorie a fost elaborată și perfecționată în baza a două decizii ale Curții Supreme de Justiție a S.U.A. și anume *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974) și *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985). Pentru comentariile acestor două decizii a se vedea S. A. Salzborg, D. J. Capra, *op. cit.*, p. 529-533.
- ¹³⁴ În cauza *Barberá, Messegué și Jabardo v. Spania* nr. 10590/83 din 6 decembrie 1988 Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat faptul că toate elementele de probă trebuie, în principiu, să fie administrate în fața acuzatului, în ședință publică, în cadrul unei dezbateri contradictorii. Pentru detalii privind importanța respectării principiului contradictorialității în jurisprudența C.E.D.O. a se vedea H. Kádár, *Principiul egalității armelor și al contradictorialității în lumina jurisprudenței C.E.D.O. Efectele acestor principii asupra interogării martorilor*, Studia Iurisprudentia Universitatis Babeș-Bolyai, nr. 4/2011, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=469>
- ¹³⁵ Pentru detalii în legătură cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului privind fundamentarea unei hotărâri judecătorești de condamnare a unui acuzat în mod exclusiv sau determinant pe declarații date de martori anonimi a se vedea H. Kádár, *Condițiile de utilizare a declarațiilor anonime ca probe în procesul penal în lumina jurisprudenței C.E.D.O.*, Scientia Iuris, nr. 1-2/2012, p. 93-95, <http://jog.sapientia.ro/data/tudomanyos/Periodikak/scientia-iuris/2012-1-2/14.pdf>

NATURA JURIDICĂ A PUBLICITĂȚII LEGALE ȘI A CĂRȚILOR FUNCiare

Dan NEMETI*

Zusammenfassung: *Die Rechtsnatur der Rechtlichenpublizität und des Grundbuches. Ausgehend von der Idee, dass die Rechtlichenpublizität ein System ist der überlappt eine bestehende Rechtssystem, die Verzerrungen oder Verschwinden der Rechtsbegriffe durch regelung von neuen Mechanismen der Durchsetzbarkeit oder die Rechtsbildung, diese Studie zeigt, auf der einer Seite, welche die Rechtsnatur des Rechtlichenpublizitätssysteme ist und auf der anderen Seite zeigt sie ihre Wirkungen in Bezug auf die Rechte, auf die sie handeln.*

Bezüglich des Begins der Entstehung und Entwicklung der Rechtlichenpublizitätssystem in modernen Recht und die Zwecke für die Grundbücher, die unter der neuen Verwaltungstheorien des achtzehnten und neunzehnten Jahrhundert entstanden sind, und insbesondere das preußische Gesetz von 1872 über die Übertragung der Immobilien auf dem Grundbücher, die in Kraft getretenen waren während des Polizeistaates.

Die Theorien des deutschen Verwaltungsrecht des neunzehnten Jahrhunderts begründen diese Notwendigkeit von diesen Verfahren durch das Begriff der Präventiv-Justiz, die zur Gesellschaftmoralisierung, Sicherstellung und das Glück aller Bürger beiträgt.

Präventiv-Justiz Begriff ist jetzt in allen Bereichen des Rechts, insbesonder in der öffentlichen Rechts vorhanden, Strafrecht und Verwaltungsrecht, aber hat auf viele Einflüsse im Privatrecht.

Schlüsselwörter: *Rechtlichenpublizitätssystem, Grundbuch, Verwaltungsrecht, präventiv-Justiz*

Cuvinte cheie: *publicitate imobiliară, carte funciară, drept administrativ, justiție preventivă*

Scopul cel mai general al publicității legale este de a informa publicul. Publicitatea legală este reglementată în materii în care legiuitorul consideră că este necesar ca unele informații să fie aduse la cunoștință publică.

Obiectul publicității legale constă în publicitatea drepturilor, actelor și faptelor privitoare la starea și capacitatea persoanelor, cele în legătură cu bunurile care aparțin acestora, precum și a oricăror alte raporturi juridice (art. 18 C.civ.). Prin publicitate nu se asigură cunoașterea efectivă a situațiilor juridice ci cunoașterea reputată a actelor, faptelor și situațiilor juridice, iar de această cunoaștere legea leagă anumite consecințe juridice: opozabilitatea dreptului, actului, faptului, precum și a oricărui alt raport juridic supus publicității, soluționează conflictele de drepturi prin stabilirea rangului acestora sau condiționează constituirea drepturilor sau efectele lor juridice (art. 20 C.civ.).

Efectele publicității sunt asemănătoare prezumțiilor legale. Legea stabilește că o situație juridică înscrisă în sistemul de publicitate legală e reputată a fi cunoscută de toată lumea, arătându-ne că, în condițiile în care un drept, act sau fapt a fost înscris într-un registru public, se prezumă că el există, cât timp nu a fost radiat sau modificat în condițiile legii, iar în cazul în care un drept, act sau fapt a fost radiat, se prezumă că el nu există (art. 21 C.civ.).

Acest tip de cunoaștere reputată este baza sistemului de publicitate legală. Cunoașterea efectivă, în raport cu publicitatea, nu produce consecințe juridice decât în situațiile în care lipsește publicitatea confortativă, adică nu este legată de publicitate însăși nașterea dreptului, iar terții nu pot să invoce inopozabilitatea actului dacă se dovedește că l-au cunoscut efectiv pe altă cale (art. 22 C.civ.). Cunoașterea efectivă, pe de altă parte, nu produce niciun efect juridic în situațiile în care legea arată că nu poate fi suplinită lipsa de publicitate, chiar și cel care a cunoscut o anumită situație juridică, putând să invoce în favoarea lui lipsa publicității (art. 22 alin. 2 C.civ.).

De aceea cunoașterea efectivă joacă un rol neînsemnat în sistemele de publicitate legală, care, așa cum vom încerca să demonstrăm în continuare, au la bază reguli și scopuri, care uneori intră în contradicție cu realitatea juridică, în scopul păstrării unui echilibru, a unei ordini de drept, a unei anumite laturi a securității juridice (statică sau dinamică), chiar și cu riscul de a deforma realitatea.

În cele ce urmează vom trata: natura juridică a sistemelor de publicitate legală (A) natura juridică a cărților funciare ca parte a sistemului de publicitate legală (B), iar apoi despre scopul publicității prin cărțile funciare (C).

A. NATURA JURIDICĂ A SISTEMELOR DE PUBLICITATE LEGALĂ.

Sistemele de publicitate legală

Scopul publicității legale este, așa cum am arătat, acela de a asigura cunoașterea unor acte, fapte sau situații juridice¹ fiind "organizată în vederea ocrotirii interesului general de realizare a securității juridice a tuturor cetățenilor"².

Sistemul de publicitate legală poate fi definit ca un set de reguli care au ca scop aducerea la cunoștința participanților la circuitul civil a unei anumite situații juridice, cu efecte confortative sau atributive pentru subdobânditorul unui anumit drept.

Publicitatea legală produce efecte pe trei paliere:

a) Asigură o evidență a actelor, faptelor și situațiilor juridice. Evidența se referă atât la persoane în sine, fizice și juridice, cât și la bunurile care aparțin persoanelor private.

b) Protejează terții prin asigurarea opozabilității drepturilor. Sistemele care asigură opozabilitatea drepturilor sunt cele confortative de drepturi și atributive (constitutive) de drepturi. S-a spus că organizarea opozabilității prin sistemele de publicitate legală, precum și condiționarea opozabilității de anumite formalități "constituie breșa pe care dreptul modern a realizat-o în regula opozabilității de plin drept"³. Cu alte cuvinte, drepturile, actele și situațiile juridice sunt opozabile de plin drept, iar organizarea acestora prin sisteme de publicitate legală nu ar fi avut ca scop garantarea opozabilității față de terți, ci satisfacerea unui interes general, precum și satisfacerea altor scopuri, cum ar fi protecția creditului.

c) Soluționează conflictele de drepturi dintre mai multe persoane care se consideră îndreptățite atât cu privire la drepturile reale imobiliare (cartea funciară) cât și la drepturile reale mobiliare (garanții) sau chiar asupra transferului creanțelor (1583 alin. 2 C.civ. - AEGRM).

Diferența dintre sistemele informative, de evidență și cele confortative este dată de posibilitatea acestora din urmă ca prin efectul opozabilității să contribuie la soluționarea conflictelor de drepturi între mai mulți titulari aparent îndreptății⁴. Când se strămută un drept supus publicității, într-un sistem de publicitate confortativ, în favoarea a două persoane, va avea câștig de cauză cel care va îndeplini primul formalitățile de publicitate. Într-un astfel de sistem, publicitatea nu poate să aibă nicio influență asupra dreptului dobândit, efectele ei fiind doar de opozabilitate față de terți. Cu toate acestea, deși între părți transferul dreptului a operat de la data încheierii actului, sau formării acordului de voință, tranșarea conflictului dintre cei doi se soluționează printr-o regulă de opozabilitate, care este destinată terților, iar nu părților, astfel că publicitatea poate să modifice și drepturile substanțiale. Prin maniera de tranșare a conflictului cu ajutorul publicității se încălcă principiul priorității, potrivit căruia ar trebui să aibă întotdeauna prioritate cel care a dobândit primul - *prior tempore, potior iure*.

Sistemele de publicitate nu își păstrează astfel neutralitatea față de drepturile subiective, ci intervin prin modificarea sau chiar stingerea unor drepturi, neținând seama de regulile dreptului substanțial, prin mecanisme proprii care sunt străine de mecanismele de formare a dreptului însuși.

Publicitatea legală are inconvenientul major că, în toate domeniile, s-a suprapus peste sistemul juridic preexistent și are astfel aspectul unui "corp străin"⁵. De aceea s-a spus că sistemul de publicitate legală se înfățișează sub două aspecte: de *instituție civilă și instituție de poliție*, acesta având rolul de a proteja interesele private ale părților și interesele publice ale terților și ale statului⁶.

Publicitatea legală este într-o continuă dezvoltare, aplicându-se chiar și la situații juridice care nu au nevoie de regulile acesteia pentru a putea funcționa, dublând alte forme de publicitate definite de lege.

Sistemele de publicitate sunt necesare în vederea soluționării conflictelor de drepturi între titularii unor drepturi reale, principale sau accesorii⁷, pentru că drepturile reale trebuie executate în natură, prin transferul proprietății și predarea bunului. Se pare că metoda de rezolvare a conflictelor de drepturi prin publicitate este mult mai facilă, legiutorul optând pentru această soluție și cu privire la drepturile personale, deși regulile *prior tempore, potior iure*, plata nedatorată, răspundere contractuală etc. ar fi fost suficiente pentru rezolvarea situației.

Publicitatea se extinde astfel la multe situații juridice pentru care existau și există în continuare alte reguli de tranșare a conflictelor reglementate de lege, cu care intră în conflict sau pe care regulile de publicitate legală le nesocotesc.

Bunăoară, în materia cesiunii de creanță, regula de exhibare a cesiunii era reglementată anterior de notificarea cesiunii către debitorul cedat, nefiind opozabilă decât de la data notificării sau acceptarea de către debitor prin act autentic (art. 1393 vechiul C.civ.). Acesate erau singurele forme de publicitate ale cesiunii, prin care debitorul era înștiințat, fiind suficiente pentru ca operațiunea să aibă efect atât între părți, față de terți dar și față de debitorul cedat. Prin noua reglementare se introduce o nouă formă de publicitate :

comunicarea alături de acceptare cesiunii (art.1578 C.civ.) și notificarea cesiunii (art. 1575 C.civ.) care fiecare, ca forme de publicitate operează în sensul de a face cunoscută cesiunea atât față de terți cât și față de debitorul cedat. Cu toate acestea, prin art. 1583 alin. 2 C. civ. se instituie o nouă regulă de tranșare a conflictelor de drepturi între cesionarii succesivi ai aceleiași creanțe prin sistemul de publicitate al Arhivei (AEGRM), deși, așa cum am arătat mai sus formalitățile de publicitate anterioare erau apte să remedieze orice divergență. O logică există în adoptarea acestei reguli, deoarece elimină din discuție întrebarea cum poate o formă de comunicare *ad personam* să producă efecte *erga omnes*, dar nu clarifică care este efectul de opozabilitate al înscrierii față de debitorul cedat, care poate ajunge în situația să plătească de două ori.⁸ Debitorul se poate libereza plătind în temeiul cesiunii care i-a fost comunicată mai întâi sau pe care a acceptat-o mai întâi printr-un înscris cu dată certă, dar creanța plătită de debitor poate să nu fie cea înscrisă în AEGRM, astfel că acesta poate fi obligat să mai plătească încă o dată celui care este preferat dintre mai mulți cesionari, astfel că acceptarea făcută de debitor poate să fie depășită în efecte de Arhivă.

În materie de transfer de bunuri mobile (art. 1275 C.civ) o nouă formă de publicitate înlocuiește regulile de anterioritate a dobândirii dreptului. Dacă publicitatea prin posesie de bună-credință nu este îndeplinită, conflictul dintre doi dobânditori succesivi se soluționează în favoarea celui care face primul public transferul prin sesizarea instanței de judecată. Față de vechea reglementare (art.972 din vechiul C.civ.) sau chiar de forma proiectului dinainte de adoptare, soluția aleasă de legiuitor este bizară, sesizarea instanței fiind asimilată unui sistem de publicitate, în care cel care depune primul cererea este preferat celui care a dobândit dreptul cu dată certă anterioară. Deși regula ar putea părea lipsită de importanță în privința unor bunuri mobile de valoare redusă, ea se aplică inclusiv la bunuri cu o însemnată valoare, cum sunt navele⁹ și aeronavele¹⁰, în care sistemele de evidență și înmatriculare nu oferă niciun sprijin în soluționarea conflictelor. Buna sau reaua-credință a dobânditorului care sesizează primul instanța de judecată nu mai este o condiție solicitată, astfel că opozabilitatea generată de înscrierea în registrul de evidență, cu efect confortativ, va fi anihilată de sesizarea instanței de judecată, astfel că cel înscris primul, poate fi în fapt dobânditorul perdant, chiar dacă, în plan procedural s-ar putea uza de intervenția în interes propriu, iar în cadrul litigiului s-ar putea aplica regula priorității dobândirii.

Legea reglementează situații de publicitate aflate în concurs și cu privire la gaj (art. 2481 C.civ.). Deși gajul, fiind un contract real, se naște o dată cu predarea bunului, care prin posesia asupra bunului gajat oferă și condiția publicității, textul de lege (art. 2482 alin. 2) oferă ca alternativă la posesia asupra bunului, înscrierea gajului în AEGRM. Prin realizarea publicității gajului în această manieră se poate exclude un element esențial în înnașterea propriu-zisă a dreptului, ceea ce contravine însași definiției gajului.

Mijloacele de soluționare a conflictelor de drepturi care asigură securitatea juridică au fost clasificate în doctrină după criteriul lor ca mijloace *preventive* sau *repressive*¹¹. În prima categorie intră: forma actelor juridice, notificarea, data certă și publicitatea, iar în a doua categorie intră sancțiunile civile (nulitatea, inopozabilitatea, plata de daune interese) penale sau administrative. Legiuitorul alege astfel să reglementeze modalități preventive, protective de securizare a drepturilor persoanelor, în ciuda faptului că aceste constrângeri administrative pot uneori să aibă efecte nocive chiar pentru dreptul protejat.

Publicitatea legală operează cu privire la starea și capacitatea persoanelor, respectiv în materia drepturilor nepatrimoniale: Registre de stare civilă, Registrul persoanelor juridice, Registrul comerțului (ReCom), Buletinul Procedurilor de Insolvență (BPI), Registrele Naționale Notariale¹², precum și cu privire la drepturile patrimoniale ale persoanelor: Registru Național de Invenții și Mărci, Arhiva electronică de garanții reale mobiliare (AEGRM), și Cartea funciară - ca unic instrument reglementat în materie de publicitate imobiliară.

Dacă sub multe aspecte sistemele se aseamănă între ele, având un grad mare de tehnicitate, investirea cu un rol foarte important a autorităților însărcinate cu ținerea registrelor, și o strânsă legătură cu administrația fiscală¹³, ele se deosebesc prin efectele pe care le au asupra drepturilor pe care le consemnează. Toate formalitățile publicității legale joacă un rol informativ, însă unele din ele au rol confortativ, de opozabilitate, sau chiar rol constitutiv (atributiv).¹⁴

Vorbim despre publicitate informativă atunci când actul, faptul juridic care se face public este complet format (desăvârșit) și, prin urmare, poate produce efecte juridice depline. Îndeplinirea acestui tip de publicitate declanșează prezumția legală a cunoașterii de către terți a elementelor divulgate, fiind puțin important demersul terților de a face un minim efort pentru a descoperi și cunoaște informația devenită notorie prin publicarea sa.

Publicitatea este confortativă când actul sau faptul juridic produce efecte depline între părți, independent de orice formalitate de publicitate. Actul sau faptul juridic este făcut public nu numai cu efect de informare ci mai mult, pentru a face opozabile terților elementele juridice în cauză. În circumstanțele de mai sus, în lipsa publicității, terții care au un drept sau după caz un interes legitim pot să ignore situația juridică nesupusă formalității, ca și când aceasta nu ar exista. Publicitatea confortativă dă eficacitate juridică deplină actului sau faptului juridic făcut public.

Publicitatea este constitutivă atunci când actul sau faptul juridic se naște sau produce efectele juridice pentru care a fost creat doar în condițiile publicității sale. Publicitatea constitutivă determină existența, modificarea sau stingerea unei situații juridice. În lipsa sa, actul sau faptul juridic generator, constitutiv, modificativ sau extinctiv de drepturi rămâne lipsit de efecte. Elementele juridice devin, prin publicitate, reale și actuale. Acest din urmă tip de publicitate constituie acum regula în dreptul nostru în materia publicității imobiliare.

Oricare din aceste funcții ale publicității legale poate fi caracterizată de efectele pe care neîndeplinirea formalității respective de publicitate o are asupra drepturilor. În cazul neîndeplinirii formalității informative sancțiunea este antrenarea răspunderii civile sau penale a persoanei însărcinate cu efectuarea formalității¹⁵; în cazul publicității confortative neîndeplinirea este sancționată cu inopozabilitatea elementelor care trebuiau făcute opozabile terților; în cazul publicității constitutive intervine sancțiunea inexistenței sau caducității elementului juridic ocultat.¹⁶

Publicitatea legală este reglementată atât în materia drepturilor nepatrimoniale cât și a celor patrimoniale. Publicitatea se realizează în materia drepturilor nepatrimoniale având efecte de evidență pentru persoanele fizice, prin registrele de stare civilă dar și efect constitutiv relativ la persoanele juridice, atât în materie civilă (asociațiile și fundațiile) cât și comercială (societățile comerciale).

Publicitatea drepturilor patrimoniale asigură opozabilitatea creanțelor și a drepturilor reale, principale și accesorii.

În materie de drepturi reale imobiliare, în condițiile în care drepturile reale sunt opozabile imediat față de toate celelalte persoane¹⁷, care sunt obligate să le respecte, sistemul de publicitate legală imobiliară este o formă de a asigura această opozabilitate față de terți a dreptului dobândit. Scopul este, prin urmare, de opozabilitate a drepturilor, dar și de garantare a securității juridice a tranzacțiilor și securizare a creditului ipotecar.

Situațiile juridice supuse sau admise publicității sunt atât de eterogene încât nu se poate spune că ele formează un sistem, ci mai degrabă o sumă de sisteme cu unele elemente comune. Un sistem trebuie văzut ca un complex de elemente în interacțiune, cu caracter organizat.¹⁸ Orice schimbare a unui element duce și la schimbarea celorlalte. Ori, în cazul de față publicitatea legală este organizată în materii diferite și cu consecințe diferite. O modificare sau suprimare a unuia nu va avea nicio influență asupra celorlalte, fapt care face imposibilă definirea și codificarea unui set de reguli pentru toate ariile de acțiune a publicității legale. De aceea, nu putem vorbi de un sistem de publicitate legală, care să poată fi cuprins într-un set de reguli cu reglementare unitară, așa cum încearcă noul Cod civil (art. 18-24 C.civ.), ci de mai multe sisteme de publicitate legală¹⁹.

Publicitatea legală ar putea fi definită ca suma sistemelor organizate de lege în vederea aducerii la cunoștința publică a unor acte, fapte sau situații juridice, cu scopul asigurării securității circuitului civil.

Deși se prezintă ca un sistem neomogen, modul în care sunt concepute sistemele de publicitate legală, presupune respectarea câtorva reguli de bază sau principii:

Sistemele de publicitate legală trebuie să fie caracterizate prin **accesorialitate** la sistemul substanțial de drept civil. Ele nu pot prin sine să creeze drepturi ci doar să reflecte riguros drepturile preexistente (art. 20 alin. 2 și 3 C.civ.)²⁰. Drepturile subiective se vor naște, vor fi dobândite și se vor stinge indiferent de sistemele de publicitate legală, sau de momentul și modul cum acestea au fost supuse publicității. Cu toate acestea, deși sistemele de publicitate enunță explicit acest deziderat, prin modalitatea în care acționează, fie că au efect confortativ, fie constitutiv, ele au puterea de a produce noi realități juridice, prin reguli achizitive de drepturi. Cartea funciară, spre exemplu, încalcă regula accesorialității, prin mecanismele proprii de atribuire/constituire a drepturilor dar și prin dobândirea cu bună-credință a unui drept tabular (art. 901 C.civ.) sau uzucapiunea tabulară (art. 931 C.civ.).

Sistemele trebuie să își păstreze **neutralitatea** față de validitatea actelor și situațiilor substanțiale (art. 20 alin. 2 și 3 C.civ.), însă așa cum am arătat mai sus, drepturile sunt de cele mai multe ori influențate de publicitate, în oricare din formele ei, atunci când legea reglementează și măsuri de publicitate paralele sau alternative. De asemenea dreptul poate să se stingă, dacă o anumită formalitate de publicitate nu a fost îndeplinită, putându-se pierde în folosul celui care a procedat la publicare. Conform art. 891 C.civ. în cazul în care două sau mai multe persoane au fost îndreptățite să dobândească, prin acte încheiate cu același autor, drepturi asupra aceluiși imobil care se exclud reciproc, cel care și-a înscris primul dreptul va fi socotit titularul dreptului tabular, indiferent de data titlului în temeiul căruia s-a operat înscrierea în cartea funciară. Prin urmare inopozabilitatea rezultată din nerespectarea regulilor de publicitate legală poate afecta nu doar terții, pentru care a fost implementat sistemul, ci și părțile actului încheiat de ei fiind considerat ineficace.

Alte reguli cu valoare de principiu, pe care trebuie să le respecte în egală măsură sistemele de publicitate legală, sunt **specialitatea și formalismul specific**, sisteme speciale de publicitate legală, având obligația să se refere exact la obiectul și subiectul care este supus înscrierii, iar în conformitate cu prevederile art.19 alin.1 C.civ. procedura și condițiile de publicitate se stabilesc prin lege²¹.

Efectul caracterial al sistemelor de publicitate este tranșarea conflictelor de drepturi (art. 20 alin.1 C. civ.)²² stabilind rangul acestora. Acest efect face diferența între sistemele de evidență și sistemele de publicitate.

Unicitatea sau monopolul publicității într-o anumită materie este o regulă esențială, prin care se poate asigura o bună aplicare a principiului efectului caracterial, tranșarea conflictelor de drepturi. Dacă realtiv la un drept avem mai multe sisteme de publicitate, cum era exemplul creanțelor sau gajului, soluționarea conflictului va fi nu numai îngreunată, ci imposibilă. Ori, dacă un sistem care a fost reglementat în vederea simplificării operațiunii preventive de dezlegare a conflictului, face ca acestea să fie imposibil de tranșat, întreaga reglementare e un regres față de regulile clasice de drept civil prin care se stabilea preeminența unuia sau altuia din titularii dreptului.

În afara celor menționate anterior, există și alte situații de concurs sau conflict între sistemele de publicitate sau conflict intern în cadrul aceluiași sistem. În materie de carte funciară funcționează în paralel atât vechile cărți funciare reglementate de Decretul-Lege nr. 115/1938 cât și noile cărți funciare înființate în baza Legii nr. 7/1996. În forma Legii nr. 7/1996 anterioară intrării în vigoare a Noului Cod civil, era prevăzută o regulă care putea să soluționeze acest conflict intern respectiv înscrierile privitoare la imobile, cuprinse în cărțile funciare vechi continuau să fie făcute în aceste cărți, în regiunile de carte funciară supuse Decretului-lege pentru unificarea dispozițiilor privitoare la cărțile funciare nr. 115/1938. După abrogarea unor articole din Legea nr. 7/1996, nici un text al legii nu mai face referire la întâietatea acordată vechilor cărți funciare în raport cu noile cărți funciare.

Natura juridica a sistemelor de publicitate legală

Este dificil de definit natura juridică a sistemelor de publicitate legală datorită eterogenității acestora. S-a spus că acestea sunt o manifestare modernă a formalismului sau o solemnitate diminuată²³. Este real că publicitatea uneori folosește ea însăși anumite forme solemne cum este încheierea căsătoriei, dar nu poate fi considerată doar un formalism.

Credem că sistemele de publicitate legală au o natura juridică administrativă, statul fiind cel care alege obiectul de acțiune al sistemelor de publicitate legală, în scopul asigurării ordinii de drept și păcii sociale, printr-o bună spraveghere a persoanelor și securizarea tranzacțiilor atât în materia drepturilor reale cât și, mai nou, a creanțelor. Apariția publicității actelor, faptelor și situațiilor juridice a fost legată de ideea de modernizare a statelor, fie că s-a făcut prin registre de stare civilă, registrul comerțului, cartea funciară, arhiva electronică de garanții mobiliare sau alte registre. Știința administrației sec. XVIII și XIX s-a inspirat din utopiile sec. XVII și doctrinele utilitariste de mai târziu. Turquet de Mayerne²⁴ (1611) visa la un stat polițienesc pentru simplul scop al îmbunătățirii spiritualității și moralității umanității.

În opinia sa, statul prin poliția sa ar trebui să controleze chiar și modestia, generozitatea, loialitatea indivizilor săi dar și buna gospodărire a casei. În particular, poliția va veghea asupra educației copiilor și tineretului.

În lucrarea sa ” *La monarchie aristodemocratique ou Le gouvernement composé et meslé des trois formes de legitimes republiques aux estats generaux des Provinces confederees des Pays-Bas*” și-a manifestat intenția recreării unei ordini sociale (civile) prin activarea autorității guvernamentale și implicit redefinirea utilității serviciilor. Ideile sale, aveau un singur țel: protejarea intereselor întregului stat, în care regele trebuie să dezvolte o administrație politică cât mai eficientă și mai clară, în care fiecare om trebuie să fie educat în așa fel încât societatea să reprezinte un izvor cu mii de surse de utilitate. Aceasta implica recunoașterea faptului că fiecare individ este un potențial de utilitate în serviciul regelui.

El numește administrația poliție, care, nu este o instituție sau mecanism de funcționare în cadrul statului, ci o veritabilă tehnologie guvernamentală specifică statului, unde statul intervine în diverse domenii, tehnici sau obiective. Pentru păstrarea legii și ordinii se concepe un mecanism format din patru birouri sau camere care va funcționa în fiecare provincie - două pentru supravegherea oamenilor și două pentru supravegherea lucrurilor.

Primul birou urma să vegheze la aspectele pozitive, active, productive ale vieții, fiind preocupat de educația societății, de găsirea pentru fiecare a înclinațiilor și aptitudinilor proprii, în alegerea ocupațiilor fiind prioritare cele cu sens util. Fiecare persoană în vârstă de peste 25 ani era înscrisă într-un *registru* care consemna ocupația sa. Cei care nu erau angajați într-o ocupație de tip util erau repudiați și considerați a fi drojdia societății.

Cel de-al doilea birou supraveghea aspectele negative ale vieții –săraci, văduve, orfani, bătrâni, cei care au nevoie de ajutor, cei a caror activitate necesită ajutor financiar fără a fi percepută însă vreă dobândă. Un alt obiectiv era sănătatea publică respectiv probleme privind bolile, epidemiile, accidente printre care enumeră incendiile și inundațiile. Unul dintre birourile specializate pe lucruri supraveghea mărfurile, producerea și prelucrarea acestora, urmând să indice ce și cum anume să fie produs. De asemenea, scopul său era de a controla piețele și comerțul²⁵.

Al patrulea birou²⁶ și cel care ne interesează îndeosebi în contextul analizei noastre este cel care veghea asupra chestiunilor funciare, asupra „stăpânilor”, proprietatea privată, moșteniri, donații. Activitatea sa privea modalitatea de dobândire, stăpânire/posedare, înstrăinare a pământurilor, posibilele abuzuri și proasta administrare exercitată atât de persoanele private cât și cu privire la domeniile proprii ale regelui.

Se preconiza existența unor registre care să consemneze limitele stăpânilor, cauza pentru care terenurile sunt afectate de drepturi senioriale, în ce fel și pentru cine regele diminuează domeniul regal. Alte preocupări ale acestui birou erau drumurile, râurile navigabile, pădurile, cine era însărcinat și cum se efectuau reparațiile asupra edificiilor publice.

În multe caracteristici, textul său este asemănător cu utopiile politice, care în timp au fost atât de numeroase. Dar este și contemporan cu marile discuții teoretice având ca subiect statul și organizarea administrativă a monarhiilor. Poliția și statul de poliție nu trebuie înțelese în accepțiunea prezentă a termenului, ci a unei întregi administrații organizată pe toate palierele vieții comunităților. În Germania această știință a poliției (*Polzeiwissenschaft*) a început în sec. XVI-XVII fiind continuată până la momentul separării dintre dreptul public și dreptul privat la sfârșitul sec. XIX.

Publicitatea legală, astfel implementată în legislațiile europene din sec. XIX, este de natură administrativă fiind și o modalitate de eficientizare a probei drepturilor în raporturile juridice, sub acest aspect având o componentă procedurală civilă.

B) NATURA JURIDICĂ A CĂRȚILOR FUNCiare

Ceea ce ne interesează pe noi, în cadrul mai larg al sistemelor de publicitate legală, care s-au organizat pe bazele teoriilor expuse mai sus, și continuă să funcționeze și în prezent, este dezvoltarea sistemului de publicitate imobiliară, prin dezvoltarea registrelor de publicitate și apoi a cărții funciare germane cu efectul său atributiv de drepturi.

Într-o analiză recentă²⁷ a transferului dreptului de proprietate prin cărțile funciare se arată că deși sistemul cărților funciare se dezvoltase deja în întreg spațiul german (Köln, Hamburg, Mecklenburg sau Lübek) este frânată de expansiunea dreptului roman (*ius commune*).

Și cu toate acestea, în Prusia este adoptată în anul 1872²⁸ legea pentru dobândirea proprietății și regulamentul de carte funciară, care reglementează transferul de proprietate prin înscrierea cu efect constitutiv.

Perioada sfârșitului de sec. XVIII și începutul sec. XIX este marcată de codificarea dreptului privat, în întreaga Europă, moment în care se naște noul drept privat, creat pe fondul noilor realități, dar revendicându-și autoritatea de la dreptul roman.

Dreptul comun european²⁹, sau dreptul romano-germanic³⁰ se împarte în două mari ramuri: dreptul francez și dreptul german, ambele cu rădăcini în dreptul roman postclasic și cel al glosatorilor și postglosatorilor.

Un specific aparte în dreptul privat german este că, în ciuda faptului că încearcă o rupere de vechile codificări (Prusia 1794), care cuprind alături de reglementări de drept privat și drept constituțional, administrativ, penal și canonic³¹, nu reușește să se desprindă de *statul polițienesc*³² (*Polizeistaat*³³) care a constituit o constantă a dreptului (public și privat luate împreună) în sec. XVI-XVIII. S-a spus că epoca *statului polițienesc*, era acum pe cale de dispariție³⁴, însă prin noua codificare și instituirea unor principii ale dreptului privat, se mențin unele instituții și mecanismele de reglementare specifice statului administrativ.

Separarea dintre dreptul public și dreptul privat în Germania s-a produs în anii 1800 după căderea Imperiului (1806). Instaurarea noii puteri de stat pe bazele dreptului natural a intrat într-un proces de legiferare și studiu al dreptului făcând diferențiere dintre dreptul public și dreptul privat, în acord cu dihotomia din dreptul roman imperial între dreptul public și privat³⁵. Conform autorului citat³⁶ tranziția s-a făcut treptat iar în această separare se preiau elemente și chiar vocabularul de studiu din dreptul administrativ al statului în dreptul privat.³⁷ Prin urmare, știința poliției, știința administrației care norma viața privată a cetățenilor, este preluată de dreptul privat, sau doar unele mecanisme ale acesteia.

Un remarcabil politician liberal german și profesor de drept administrativ Robert von Mohl³⁸ a fost un susținător al continuării elementelor din statul polițienesc în noul stat democratic contuit pe baze raționaliste. El folosește sintagma *präventiv-Justiz*, cu referire la *Polizeiwissenschaft*, ca o modalitate de a institui o disciplină extraordinară (*ausserordenliche*

maßregeln) prin profilaxie (*verbeugung*), prevenire (*verhinderung*) și registre folosite pentru a monitoriza (*Register dienen zu überwachung*)³⁹.

Știința poliției avea ca scop moralizarea societății, asigurarea ordinii dar și a fericirii tuturor cetățenilor.

Cu referire la situația și protecția proprietăților private aceasta se realizează în acord cu justiția-preventivă (*präventiv-Justiz*) prin "...*einer richtige Vermessung aller einzelnen Güterstücke und in Eintragung des Messe in öffentliche Bücher. Im Falle eines Streites oder Verdachtes, kann sodann nachgemessen und Jedem das ursprüngliche Eigentum wieder zugetheilt werden*"⁴⁰.

Mohl explică fundamentele justiției preventive pornind de la principii raționale după care este mai bine să previi, decât să încerci *post factum* să repari o perturbare a drepturilor. Este astfel mai bine ca orice încercare de perturbare a drepturilor să fie stăvilită din fașă, astfel încât să nu se mai ivească dezavantajele unor astfel de încălcări. Se pot evita astfel pagubele morale materiale, putându-se ivi numeroase cazuri în care o reparare ulterioară nu mai este posibilă, sau este împovăraătoare pentru cei implicați.⁴¹

Justiția preventivă este eficientă în special în cazurile în care este implicată viața sau sănătatea fizică și morală a persoanelor, care nu mai pot fi reparate dar și cu privire la celelalte drepturi este mai indicată profilaxia (*verbeugung*), decât să existe riscul ca cei care încalcă regulile să scape sau să se sustragă printr-o judecată informă a satului (*Zwangurteile*)⁴².

Statul împreună cu societatea civilă (*bürgerliche Gesellschaft*) sunt cei care trebuie să-i protejeze pe cetățeni prin aceste metode, iar statul are neîndoios toate mijloacele necesare pentru a asigura acest lucru.⁴³

În opinia lui, într-o ordonare a conceptelor care au apărut în știința dreptului german de *Präventiv Justiz*, *Civil Justiz* și *Criminal Justiz*⁴⁴, justiția preventivă se află deasupra celorlalte, contrazicându-l astfel pe Pöhlamn care susținea că ele sunt pe același plan, stând una lângă cealaltă.

Conceptul de *präventiv-Justiz* este azi prezent în toate domeniile dreptului, fiind caracteristic dreptului public - penal și administrativ, dar cu multe instituții funcționând în dreptul privat. Este ceea ce numim azi măsurile preventive de soluționare a conflictelor de drepturi, care se regăsesc în formalitățile de autentificare a actelor și sistemele de publicitate legală. Comisia Europeană dezvoltă azi, în întreaga Uniune Europeană conceptul de justiție preventivă, la propunerea unor grupuri din Germania, Estonia și Polonia⁴⁵. Conform definiției justiției preventive publicată pe portalul indicat, măsurile de justiție preventivă se regăsesc mai ales în domeniul dreptului imobiliar, drept comercial societar, dreptul succesoral și ale dreptului familiei. Justiția preventivă se realizează prin implicarea unui birou de stat sau a unei alte autorități, astfel încât să fie evitate disputele legale ulterioare.

Credem astfel că pornind din spațiul dreptului public german s-au adoptat în legislațiile europene instituții care să prevină situațiile litigioase între cetățeni, în scopul asigurării acelei discipline extraordinare (*auserordenliche Maßregeln*) prin profilaxie, prevenire și registre folosite pentru a monitoriza concepte specifice *Polizeiwissenschaft*. Aceste noțiuni și mecanisme erau foarte prezente în lumea juridică germană la începutul sec. XIX, când a început separarea dintre dreptul public și dreptul privat.⁴⁶

Problema care se pune în acea perioadă era granița dintre dreptul public și cel privat, și în ce măsură garantarea drepturilor fundamentale, dezvoltarea protecției legale și concepțiile economice de neintervenție a statului în zona dezvoltării economice, să nu vatăme, printr-o intervenție a statului, libertatea și proprietatea indivizilor⁴⁷.

Ce ne interesează pe noi este situația drepturilor reale și în special a celor imobiliare, și cum s-a impus cartea funciară ca instrument de evidență, transfer și constituire a drepturilor reale imobiliare, și de asemenea, cum s-a reușit, pe calea dreptului rațional să se traseze această graniță dintre dreptul public și dreptul privat.

Prima comisie de redactare a Codului Civil German (BGB⁴⁸) a fost împărțită pe subcomisii, iar cu elaborarea materiei drepturilor reale a fost însărcinat Reinhold Johow (1823-1904)⁴⁹. Pentru reglementarea materiei drepturilor reale s-a pus întrebarea de către Johow dacă, de această ramură a dreptului privat, poate să se ocupe comisia condusă de el, deoarece dreptul imobiliar, așa cum era reglementat în Legea Prusacă din 1872, face parte din dreptul public iar nu din dreptul privat, având strânse legături cu organele administrative și cu procedurile administrative⁵⁰.

În opinia lui Johow, conținutul codului trebuie să se limiteze la dreptul cetățenesc (*Bürgerlichesrecht*). Răspunsul a fost că, deși dreptul public este în opoziție cu dreptul privat, nu este și opusul dreptului cetățenesc, dreptul public conținând printre altele și regulile de transfer al drepturilor de proprietate privată din dreptul cetățenesc, astfel că acea comisie, care se ocupa de redactarea materiei drepturilor reale, este competentă să se ocupe de reglementarea acestor aspecte legale, proprietatea nefiind de competența comisiilor de drept public.

Mai arăta totodată că dreptul privat nu poate să epuizeze toate aspectele juridice ale dreptului privat fără ca dreptul public să intervină, să interfereze cu dreptul privat, iar în această situație este și dreptul imobiliar⁵¹. Dacă nu s-ar continua pe această idee și s-ar considera că dreptul imobiliar și procedurile de transfer fac parte din dreptul public al statelor, Codul civil ar prezenta multe lacune și ar fi greu de implementat.⁵²

Prin urmare dreptul imobiliar a fost preluat în Codul civil, cu toate mecanismele de înregistrare a proprietăților, care vor fi apoi adaptate pentru a se da o aparență coerentă modului de transfer al proprietății imobiliare. Freidrich Carl von Savigny este cel care va realiza această trecere rațională prin crearea teoriei contractului real-abstract (*Der dinglicher Vertrag*)⁵³. Cu toate că este preluată în dreptul privat, cartea funciară păstrează în continuare toate caracteristicile dreptului administrativ, prin procedurile și efectele pe care le are asupra drepturilor private.

C) SCOPUL PUBLICITĂȚII PRIN CĂRȚILE FUNCiare

Cartea funciară este reglementată de la început ca un sistem care să asigure stabilitatea/securitatea drepturilor. Ceea ce este însă definitiv pentru perioada în care a fost adoptată legea privind cărțile funciare în Prusia, și apoi preluarea în BGB, este dezvoltarea capitalismului și desființarea feudalismului, proprietatea imobiliară transformându-se din drept exclusiv al seniorului, într-un capital care trebuia să circule rapid și în siguranță.

Conform teoriei liberale a lui Locke⁵⁴ nu este rațional ca o persoană să acumuleze mai multe prune decât poate consuma, numai dacă mărfurile se pot capitaliza, transferându-și valoarea în alte bunuri care nu sunt perisabile. Dreptul de proprietate nu posedă limite naturale, în condițiile în care bunurile alterabile pot deveni inalterabile, prin inventarea unor valori de schimb precum moneda⁵⁵. În acest proces de acumulare de bunuri și transfer între capitaliști, terenul este un bun neperisabil, care ajută la capitalizare, astfel că trebuie ca tranzacțiile cu terenuri să se desfășoare ușor și în siguranță.

Dacă un capitalist ar putea să creadă că poate pierde obiectul investiției lui, ca efect al evicțiunii sau a altor cauze necunoscute, el va refuza să tranzacționeze sau o va face în condiții defavorabile vânzătorului. La fel și în cazul împrumutătorului, creditorului care vrea să-și conserve în condiții de siguranță garanția.⁵⁶

În aceste condiții a schimbării priorităților societății, se va urmări un sistem care să asigure prin mijloacele justiției preventive, soluționarea conflictelor de drepturi, dar pe de altă parte să asigure o securitate dinamică a tranzacțiilor, prin protejarea celui care își investește banii în tranzacții imobiliare, fie el capitalist sau bancher.

Demogue este cel care a introdus în dreptul francez conceptul de securitate statică și dinamică, sub influența lui John Stuart Mill și a teoriilor sale utilitariste⁵⁷, însă distincția dintre cele două noțiuni este de origine germană, fiind creația lui Victor Ehrenberg (1851 - 1929)⁵⁸. Demogue arăta că soluțiile de securitate dinamică sunt în spiritul dreptului Europei Occidentale, dominate de ideile de afaceri, și de ideea că un bun este destinat să producă mai mult, să fabrice mai mult, să vândă mai mult, să multiplice bucuriile, să satisfacă cât mai multe și mai variate nevoi⁵⁹.

Legile care asigură o securitate și o transferabilitate a proprietății stabilesc cadrul stimulator care permite crearea unei noi bogății din bunurile existente⁶⁰. Acestea contribuie în diferite moduri prin: asigurarea proprietarilor care vor să investească în îmbunătățirea și dezvoltarea terenului propriu, pentru că îi asigură că toate beneficiile le vor lua ei; proprietarii pot să-și obțină mai ușor un împrumut oferindu-și terenul garanție; dacă actul de proprietate este mai clar costurile tranzacției sunt mai mici astfel că terenurile sunt întotdeauna transferabile către cei care le vor valorifica mai bine. Legislațiile din sec. XIX au protejat așteptările legitime ale celui care dobândește cu bună-credință, ca o condiție esențială pentru funcționarea capitalismului, a economiei de piață⁶¹.

În teoriile economice moderne se arată că indiferent de faptul că societățile occidentale încearcă să mențină atât securitatea statică cât și securitatea dinamică, cea din urmă este favorizată prin legislație, datorită importanței sale economice⁶². Securitatea e canalizată în principal pe asigurarea încrederii în tranzacții, astfel ca oamenii să investească bunurile proprii cu o valență dublă fiind în același timp bunuri și capital⁶³. În această concepție primul efect al proprietății este că fixează potențialul economic al bunului, ceea ce spunea și J. Locke cu privire la transformarea bunului în valoare de schimb. De Soto arată, cu alte cuvinte că bunul, ca reprezentare economică, se transformă în capital prin titlu, securitate și contract, și că valoarea bunului nu este importantă ca bun fizic ci ca "concept economic și social" care decurge din cele trei componente arătate.⁶⁴

Germanii au încercat să fixeze aceste constante prin reglementarea principiilor abstracțiunii (*Abstraktionsprinzip*) și al separării actului obligațional de cel real (*Trennungsprinzip*)⁶⁵.

Alte state, care au preluat sistemul de fișare a imobilelor, au optat, în mod rațional, pentru varianta înscrierii cu efect confortativ, neavând pârghiile necesare pentru instituirea unui sistem constitutiv de drepturi, și mecanismele de separare a actului obligațional (*Verpflichtungsgeschäft*) de actul real de dispoziție (*Verfügungsgeschäft*).

Sistemul japonez⁶⁶, care are la baza codul civil francez, dar și tradițiile japoneze, a preluat modalitatea de înscriere a transferului de proprietate asupra imobilelor din dreptul german. Păstrând tradițiile japoneze, pentru a opera transferul de proprietate nu este necesar ca actul să fie publicat, fiind suficient ca părțile să se fi obligat reciproc la transferarea proprietății și plata prețului. Dacă se poate dovedi că părțile s-au obligat, nu este necesară nici măcar întâlnirea consimțământului părților pentru a se considera transferată proprietatea. Înscrierea se operează și în lipsa contractului autentic notarial, pentru că în tradiția japoneză nu este nevoie ca actul să poarte o anumită formă *ad validitatem*. În practică, înainte de plata prețului, părțile se întâlnesc la bancă, iar un jurist al băncii, după verificarea vânzării este mandatat să realizeze formele de publicitate⁶⁷. Sau altfel spus, cinstea și buna-credință nu trebuie să se bazeze pe proceduri.

În dreptul francez care a preluat înscrierea în registre publice la scurt timp după intrarea în vigoare a codului civil, din rațiuni de securizare a creditului ipotecar prin Legea din 23 martie 1855 s-a reabilitat vechea reglementare (Loi 11 Brumaire an VII) privind publicitatea tranzacțiilor imobiliare⁶⁸. Finalitatea reglementării era de a proteja creditorii ipotecari de înstrăinările oculte de drepturi, sau existența unor drepturi care să ducă la deprecierea valorii imobilelor. Reforma din 1955 s-a făcut pe același fond al relansării creditului ipotecar⁶⁹. Dar și reglementarea actuală și vechea reglementare se bazează exclusiv pe efectul de opozabilitate al înscrierii.

În situațiile expuse mai sus, publicitatea are ca rol protejarea drepturilor creditorilor ipotecari, respectiv a bancherilor care acordă creditul. Prin urmare, cele două sisteme de abordare a publicității - confortativ și constitutiv asigură în egală măsură protejarea intereselor creditorilor iar ceea ce aduce în plus sistemul constitutiv de drepturi este asigurarea unei protecții totale a dobânditorului, pentru asigurarea securității și acelei discipline extraordinare (*ausserordenliche Maßregeln*) a ordinii de drept.

Sistemul Torrens⁷⁰ a dus la extrem protecția ordinii de drept prin neadmiterea unei alte realități decât cea a înscrierii, prin garanția totală a statului. Dreptul și sarcinile aferente aflate în oglindă cu actul de proprietate sunt garantate de stat ca fiind corecte; orice alt drept este inexistent dacă a fost emis un act de proprietate în sistem Torrens, întrucât registrul este unica sursă de informație pentru cei care intra în raporturi juridice cu titularul actului iar proprietarul este despăgubit de către stat pentru erorile comise de către funcționarul însărcinat cu ținerea registrelor. Torrens protejează astfel securitatea dinamică, prin instituirea unui sistem de asigurări, garantate de stat, împotriva oricărui risc de pierdere a proprietății, fără a păstra nicio legătură cu dreptul privat, cu raporturile create prin normele private - vânzare schimb ca forme de transfer ale proprietății.

Diferența dintre un sistem confortativ și unul constitutiv este dată de modalitatea în care înscrierea în registre reflectă realitatea raporturilor dintre părți (sistemele confortative) sau o modifică prin mecanisme juridice (*Trennungsprinzip*), sau pur și simplu creează o nouă realitate doar pe baza înscrierii în registre, pretinzând că prezintă doar o reflexie a realității (*Torrens*).

Securitatea statică este prezentă în special în societățile tradiționaliste în care este preferată statica raporturilor juridice, prezervat fiind dreptul dobândit al titularului, iar securitatea dinamică protejează achizitorul de drepturi, facilitând și favorizând afacerile respectiv dezvoltarea economică⁷¹.

Societatea românească, capitalistă nu are altă opțiune decât susținerea securității dinamice care facilitează progresul și libera inițiativă. O stagnare în trecut, și conservarea unor drepturi în detrimentul dezvoltării este o soluție contraproductivă, de aceea protejarea securității dinamice se poate asigura prin acordarea preeminenței efectului înscrierii, efectului extinctiv al oricărui drept deținut de cel radiat și promovarea noului dobânditor.

Capitalismul ca structură este fiduciar, el se întemeiază pe credit și pe dezvoltarea societății prin intermediul creditului, ori așa cum am văzut mai sus, toate ordinele de drept, fie ele consensualiste sau formaliste, au recurs la o formă de protejare a creditorului, în vederea încurajării creditului imobiliar.

Securitatea dinamică este menită să protejeze dezvoltarea, în detrimentul unor drepturi sau interese private, iar principiile generale ale dreptului pot fi nesocotite întru acest sfârșit.⁷²

De pildă sistemul *Torrens* a găsit o soluție prin care reușește să transforme *dreptul sacru și inviolabil de proprietate* într-o indemnitate, prin mecanismul de asigurări împotriva riscurilor: riscul de eroare, riscul de pierdere a proprietății etc.

Societatea germană, după unificarea Germaniei și desființarea statului totalitar din Republica Democrată Germană, a găsit o soluție de promovare a dezvoltării dinamice a societății fostei Republici Democrate, cu încălcarea principiului *restitutio in integrum*. Bunurile preluate abuziv de fostele regimuri nazist și comunist nu au fost restituite foștilor proprietari, ci celor care puteau să prezinte un plan de afaceri, prin care creau locuri de muncă și valori economice importante⁷³, în disprețul art. 1 Protocolul 1 adițional la C.E.D.O.

În **concluzie** putem spune că sistemele de publicitate legală în general, și cartea funciară în particular au o natură juridică administrativă, fiind reglementate în scopul de a asigura pe de o parte, o bună administrare și cunoaștere a statului, iar pe de altă parte creează mijloacele preventive de soluționare a conflictelor și protejarea securității circuitului civil.

Cartea funciară este capabilă, prin regulile proprii, să denatureze realitatea imanentă, să o dedubleze, prin efectele principiului publicității materiale și a uzucapiunii tabulare. Din altă perspectivă, cartea funciară poate să elimine din dreptul privat uzucapiunea, ca modalitate de dobândire a dreptului prin posesie de lungă durată, dar și să creeze drepturi noi *sui generis*, cum este dreptul dobândit de un cumpărător la momentul încheierii contractului autentic, dar înainte de înscriere, drept care se înfățișează ca un oligo-drept real sau o supra-obligație.

Dacă prevenția și disciplina sunt necesare, în scopul propășirii societății și dezvoltării economice, la fel de necesară este în drept, păstrarea unui raport de proporționalitate între măsurile de siguranță, administrative și drepturile civile, precum și o reglementare în spiritul dreptului rațional. Dreptul nostru privat se bazează pe simplul consimțământ între părțile contractante și bună-credință, așa cum este reglementat în cazul transferului bunurilor mobile și al creanțelor, astfel că trecerea de la un sistem consensualist la un sistem abstract trebuie să fie implementată logic, sau altfel spus, "Terțul garant al corectitudinii schimburilor"⁷⁴ - statul să reglementeze rațional.

Buna-credință, *bona-fides*, așa cum este cunoscută din dreptul roman și canoniștii medievali, se diluează în fața procedurilor administrative, devenind un simplu element de ignorare a oricărei operațiuni substanțiale care a dus la înscrierea dreptului în sistemul de publicitate. Prin art. 4 din Legea 17/2014⁷⁵ solicitarea și utilizarea extrasului de carte funciară în contractele translativ de proprietate privind bunurile imobile și alte drepturi reale fac pe deplin dovada bunei-credințe atât a părților din contract, cât și pentru profesionistul instrumentator, cu privire la calitatea de proprietar a vânzătorului asupra imobilului supus vânzării conform descrierii din cartea funciară.

Cât privește securitatea circuitului civil, orice reglementare în acest sens trebuie să păstreze un raport de proporționalitate, în caz contrar putându-se întoarce împotriva celui în favoarea căruia a fost reglementată. Tutela excesivă, spiritul de securitate și refuzul riscului sunt văzute ca o boală mortală a societăților industriale contemporane.⁷⁶ De la protecția excesivă a creditului, asigurată de stat, se ajunge la protecția consumatorilor de credite, prin reglementarea clauzelor abuzive în contractele de credit⁷⁷ realizată prin reglementări europene și naționale.

Credem că în spațiul dreptului privat respectarea cuvântului dat⁷⁸ și buna-credință sunt mai importante decât procedurile administrative, cu minime intervenții.

* *Doctorand, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca, dan.nemeti@nemeti.eu.*

¹ I. Deleanu, *Părțile și terții : Relativitatea și opozabilitatea efectelor juridice*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2002, p. 84; M. Nicolae, *Tratat de publicitate imobiliară. Introducerea în publicitatea imobiliară*, Ed. Universul Juridic, București, 2011; C. T. Barreau-Salion, *Les publicités légales. Information du public et preuve des actes*, L.G.D.J., Paris, 1990, p.1.

² M. Nicolae, *op.cit.*, p. 143.

³ P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic. Repere pentru o nouă teorie generală a actului de drept privat*, Ed. Universul Juridic, București 2008, p.314-315.

⁴ P. Vasilescu, *op.cit.*, p.311-312.

⁵ C. T. Barreau-Salion, *Les publicités légales. Information du public et preuve des actes*, L.G.D.J., Paris, 1990, p.1.

⁶ *Ibidem.*

⁷ J. Boulanger, *Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis a publicité*, RTDciv, 1935.

⁸ P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, 2012, p.39-40.

- ⁹ ORDONANȚA nr. 42 din 28 august 1997 privind transportul naval - Republicare ORDONANȚĂ nr. 42 din 28 august 1997 privind transportul maritim și pe căile navigabile interioare - art. 43 Constituirile ori transmisiunile de drepturi reale asupra navelor, precum și stingerea acestor drepturi, care nu sunt transmise în registrele prevăzute la art. 38 și 39, nu sunt opozabile terților.
- ¹⁰ Ordonanța Guvernului nr. 29 din 22 august 1997 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 208 din 26 august 1997 aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 130/2000. art. 19 alin. 2 Înmatricularea unei aeronave civile în Registrul unic de înmatriculare a aeronavelor civile și certificatul de înmatriculare nu constituie dovada deținerii legale sau a proprietății asupra aeronavei civile în nici o acțiune juridică în care deținerea sau proprietatea aeronavei respective este în litigiu.
- ¹¹ M. Nicolae, *op.cit.*, p. 119.
- ¹² Registrele naționale notariale prevăzute la art.163 al Legii nr.36/12 mai 1995 a notarilor publici și a activității notariale-republicate: - Registrul național notarial de evidență a succesiunilor (RNNES), Registrul național notarial de evidență a liberalităților (RNNEL), Registrul național notarial de evidență a opțiunilor succesoriale (RNNEOS), Registrul național notarial de evidență a procurilor și revocărilor acestora (RNNEPR), Registrul național notarial al regimurilor matrimoniale (RNNRM), Registrul național notarial de evidență a creditorilor persoanelor fizice și a opozițiilor la efectuarea partajului succesoral (RNNEC), Registrul Național Notarial de Evidența a Cererilor de Divort (RNNECD)- www.infonot.ro.
- ¹³ C. T. Barreau-Salion, *op.cit.*, p.3.
- ¹⁴ M. Nicolae, *Tratat de publicitate imobiliară. Vol. I, Introducere în publicitatea imobiliară*, Universul Juridic, București, 2006, p. 147.; C. T. Barreau-Salion, *op.cit.*, p.3.
- ¹⁵ În Franța conform Decretul din 1955 s-au introdus sancțiuni pentru neîndeplinirea publicității legale obligatorii în materie de publicitate funciară conform regulilor responsabilității civile și amenzi. St. Pieddelièvre, *Traité de droit civil. La publicité foncière*, L.G.D.J. Paris, 2000, p. 50-51.
- ¹⁶ C. T. Barreau-Salion, *op.cit.*, p.3.
- ¹⁷ J. Boulanger, *loc. cit.*, RTDciv, 1935.
- ¹⁸ I. Craiovan, *Filosofia dreptului sau dreptul ca filosofie*, Universul Juridic, București 2010, p. 367.
- ¹⁹ Cap IV Publicitatea drepturilor, a actelor și faptelor juridice.
- ²⁰ art. 20 alin. 2. C.civ.- Între părți sau succesorii lor, universali ori cu titlu universal, după caz, drepturile, actele sau faptele juridice, precum și orice alte raporturi juridice produc efecte depline, chiar dacă nu au fost îndeplinite formalitățile de publicitate, afară de cazul în care prin lege se dispune altfel.
- alin. 3. Publicitatea nu validează dreptul, actul sau faptul supus ori admis la publicitate. Cu toate acestea, în cazurile și condițiile expres prevăzute de lege, ea poate produce efecte achizitive în favoarea terților dobânditori de bună-credință.
- ²¹ art. 19 alin. 1 C.civ. Procedura și condițiile de publicitate se stabilesc prin lege.
- ²² art. 20 alin. 1 C.civ. Publicitatea asigură opozabilitatea dreptului, actului, faptului, precum și a oricărui alt raport juridic supus publicității, stabilește rangul acestora și, dacă legea prevede în mod expres, condiționează constituirea sau efectele lor juridice
- ²³ C. T. Barreau-Salion, *op.cit.*, p.8.
- ²⁴ T. de Mayerne, *La monarchie aristocratique ou Le gouvernement composé et meslé des trois formes de legitimes republicues aux estats generaux des Provinces confederées des Pays-Bas*, Paris, 1611, disponibilă url: <https://archive.org/details/lamonarchiearist00mayerne>.
- ²⁵ *Idem*, p. 17.
- ²⁶ *Idem*, p. 21.
- ²⁷ Ș. Mircioiu, *Transferul dreptului de proprietate prin vânzare.Studiu de drept comparat*, Ed. Univesul Juridic, București 2014, p.421.

- ²⁸ *Die Grundbuchordnung und das Eigentumserwerbgesetz* vom 5 mai 1872.
- ²⁹ Ș. Mircioiu, *op.cit.*, p. 421.
- ³⁰ I. Craiovan, *op. cit.*, p.82.
- ³¹ *Idem* p. 83.
- ³² *Ibidem*.
- ³³ a se vedea: G. H. Henrici, *Grundzüge zu einer Theorie der Polizeiwissenschaft*, Herold & Wahlstab, Lüneburg, 1808; Robert von Mohl, *Die Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Verlag H. Laupp, Tübingen, 1866; Robert von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates/3: System der Präventiv-Justiz oder Rechts-Polizei*, Tübingen : Laupp, 1845 Ph. Zeller, *Systematisches Lehrbuch der Polizeiwissenschaft, nach preussischen Gesetzen, Edicten, Verordnungen und Ministerial-Rescripten*, Verlag von. Gottfr. Basse, Quedlinburg und Leipzig, 1829.
- ³⁴ I. Craiovan, *op. cit.*, p.82.
- ³⁵ M. Stolleis, *Public Law in Germany, 1800-1914*, Berghahn Books, New York 2001, p. 10.
- ³⁶ M. Stolleis, *idem*, p.11.
- ³⁷ *Idem*, p. 9.
- ³⁸ Robert von Mohl (1799 -1875) teoretician al științei statului și profesor de drept la universitatea din Tübingen a contribuit la teoriile privind instituirea unui stat de drept dar care să nu piardă legătura cu statul de poliție -"cine ar vrea să trăiască într-un stat în care singura putere ar fi justiția fără niciun ajutor al poliției" vz. J. Abellan, *Liberlismo Aleman del Siglor XIX: Robert von Mohl*, Revista de Estudios Políticos, nr. 33, 1983, p.129.
- ³⁹ R. von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates/3: System der Präventiv-Justiz oder Rechts-Polizei*, Tübingen.Laupp, 1845, p. 211.
- ⁴⁰ *Idem*, p. 276 - "o măsurătoare corectă a fiecărei proprietăți individuale și înscrierea acesteia în registrul public. In cazul unui litigiu sau suspiciune se poate remăsura și să i se restituie fiecăruia proprietatea originală".
- ⁴¹ *Idem*, p. 5.
- ⁴² *Idem*, p. 6.
- ⁴³ *Ibidem*.
- ⁴⁴ Pöhlman, *System der Staatstätigkeit zum Schutz de Privatrechte*, 1929 citat de R.v.Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates/3: System der Präventiv-Justiz oder Rechts-Polizei*, Tübingen. Laupp, 1845, p. 13.
- ⁴⁵ <http://www.prejus.eu/index.php/homepage.html> - This web portal was developed by the German Association of Notaries, the Estonian Ministry of Justice, the Polish National Council of Notaries, Humboldt University in Berlin and the German Federal Chamber of Notaries in close cooperation with the EU Member States.
- ⁴⁶ M. Stolleis, *op. cit.* p. 10.
- ⁴⁷ *Ibidem*.
- ⁴⁸ *Bürgerliches Gestezbuch*, adoptat de legislativul german în anul 1896 și intrat în vigoare la data de 1 ianuarie 1900.
- ⁴⁹ S. Mircioiu, *op. cit.* p. 405.
- ⁵⁰ W. Schubert, *Sachenrecht. Die Beratung des Bürgerlichen Gestezbuchs. 3. Grundbuchordnung*, de Gruyter, Berlin, New York, p. 27.
- ⁵¹ *Ibidem*.
- ⁵² *Ibidem*.
- ⁵³ S. Mircioiu, *op. cit.* p. 392.

⁵⁴ P. Manent, *Istoria intelectuală a liberalismului. Zece lectții*, Ed. Humanitas, 2013, p. 80.

⁵⁵ *Idem*, p.83.

⁵⁶ Em. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Étude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, Paris, 1891, p. 3.

⁵⁷ R. Demmogue, *Security*, in A. Fouilleé, J. Charmont, L. Duguit and R. Demogue, *Modern French Legal Philosophy*, The Boston Book Co, Boston, 1916, p. 237.

⁵⁸ M. Nicolae, *op. cit.*, p. 111.

⁵⁹ R. Demmogue, *op. cit.*, p. 428.

⁶⁰ P. O'Connor, *Registration of Title in England and Australia*, p.84 in *Modern Studies in Property Law*, vol.2, ed. de E.Cooke.

⁶¹ *Idem*, p. 85.

⁶² *Idem*, p.86.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Ș.Mircioiu, *op. cit.* p.223; F. Bauer, *Cărțile funciare germane*, în Revista română de drept privat, nr. 4/2007 F. Bauer, *Sistemul drepturilor reale în Germania*, în Revista română de drept privat, nr. 3/2007 *Principiul separației* (Trennungsprinzip). *Dreptul german diferențiază în mod dogmatic între contractul obligațional și contractul real. Contractul de vânzare-cumpărare creează obligațiile părților privitoare la obiectul vândut și prețul acestui obiect, dar el nu poate schimba situația reală a acestora. Dreptul de proprietate asupra obiectului vândut este transmis printr-un alt contract cu caracter real care este combinat totodată și cu un element de predare, de tradițiune a lucrului vândut. Acest contract real este încheiat separat față de contractul obligațional. b) Principiul abstractizării* (Abstraktionsprinzip). *Dar dreptul german merge și mai departe: contractul obligațional și contractele reale sunt abstracte, independente unul față de celălalt, sau transferului de proprietate în doi timpi Titulus și Modus din dreptul austriac; a se vedea și G. M. Iro, Bürgerliches Recht. IV. Sachenrecht, Verlag Springer New York, Wien, 2010.*

⁶⁶ Mika Yokoyama, *Le transfert de la propriété immobilière et son opposabilité en droit japonais. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 48 N°4. Octobre-décembre. pp. 887-900.* url :

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1996_num_48_4_5316

⁶⁷ *Idem*, p.899.

⁶⁸ L.Aynès, P. Crocq, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Ed. Defrénois, Paris, 2000, p. 284; St. Pieddelièvre, *La publicité foncière*, Ed. LGDJ, Paris, 2000; Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Ed. Dalloz, Paris, 2000.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ M.M. Park, J. Wallace, I.P. Williamson, *Orchestrating a harmonious system*, Victorian Law Institute Journal, vol 83(5) pp 50-53 (May 2009)

<http://www.csdila.unimelb.edu.au/publication/journals/Orchestrating.pdf>.

⁷¹ *Ibidem*, p.114.

⁷² Principiile : a) nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet, b) resolutio iure dantis resolvitur ius accipientis, c) nemo ignarus esse debet condicionis eius cum quo contrahit - M. Nicolae, *op.cit.*, p. 117.

- ⁷³ H. Heide, O. Wiesike, *Les procédures de récupération des biens en droit allemand pour l'ex-Allemagne de l'Est*. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 49 N°3, Juillet-septembre 1997. pp. 605-613. url : http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_00353337_1997_num_49_3_5459
Accesat în data de 17 august 2013.
- ⁷⁴ A. Supiot, *Homo Juridicus. Eșeu despre funcția antropologică a dreptului*, Ed. Rosetti Educațional, București, 2011, p. 159.
- ⁷⁵ LEGE nr. 17 din 7 martie 2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, M. Of. nr. 178 din 12 martie 2014 , data intrării în vigoare 11 Aprilie 2014.
- ⁷⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Drept civil. Obligațiile*. Ed. Wolters Kluwer, București 2009, p.218.
- ⁷⁷ Legea 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, republicată în M.Of.nr. 543 din 3 august 2012, Ordonanța de urgență nr. 50 din 9 iunie 2010 privind contractele de credit pentru consumatori, M. Of. nr. 389 din 11 iunie 2010 pentru transpunerea și implementarea în legislația națională a Directivei 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori și de abrogare a Directivei 87/102/CEE a Consiliului, aprobată prin Legea nr. 288 din 28 decembrie 2010, publicată în M. Of. nr. 888 din 30 decembrie 2010.
- ⁷⁸ *Pacta sunt servanda și Ex nudo pacto, actio oritur;*

TESTAMENTUL – ACT JURIDIC COMPLEX

Ioana NICOLAE*, Diana IONAȘ**

Abstract: The testament – a complex juridical act. When a person dies, its patrimony is passed on to his heirs, according to the rules of legal succession or those of testamentary succession. In Romanian civil law, the *ab intestat* succession acts as common regime; however, it can be completely or partly removed by the enactment of a will. Coming from the Latin word *testis* (witness), the testament is regulated in the new Civil Code along with donation, as a unilateral, personal and revocable act by which a person, called the testator, disposes of his goods in one of the legally regulated forms, for the time when he will no longer be alive. By taking into account the previous criticisms, the Romanian lawmaker has adequately regulated the legate and the will in a distinctive manner, by correctly appreciating that the testament is merely the final wish of the testator which can consist of patrimonial provisions, namely legates. This is not mandatory, as the will can consist of non patrimonial provisions, without calling into question his character of act of final will. The authors expressed a series of opinions regarding the legal nature of the will. Whether it is characterized as a legal act or as a legal form or legal pattern, the will must be seen as a form of expression of the final act of will of the testator which consists of, along with legates, a series of other legal acts of different legal nature, which represent the judicial „support” of the legate and of the other provisions of the will. As it is a legal act, it must fulfill the general conditions of the legal act, as well as the formal conditions required by law. The will is a unilateral legal act; it is personal, revocable, and solemn, with a death clause. If, on the outside, it must have an *ad validitatem* form, the law makes no provisions regarding its content. In case there is any doubt regarding the testator’s intent, jurisprudence tends to give meaning to the real will of the testator, as opposed to the declared will and the literal sense of the terms, thus reaffirming the principle of real will, as regulated in liberal matters.

Keywords: will, legal nature, legal characters, proof, interpretation

Cuvinte cheie: testament, evoluție, natură juridică, caractere juridice, probă, interpretare

1. Evoluția testamentului

Așa cum a arătat marele profesor M. Eliescu, dreptul civil cuprinde “în rețeaua deasă a normelor sale întreaga viață omenească. El începe prin a se pleca asupra leagănului copilului,

pătrunzând chiar în tainele concepțiunii, se ocupă de logodnă, organizează căsătoria, pentru a termina cu moartea și cu urmările asupra patrimoniului, adică cu succesiunea, denumită și moștenire sau ereditate”¹.

La moartea unei persoane, patrimoniul acesteia se transmite moștenitorilor defunctului, fie după regulile moștenirii legale, fie după cele ale moștenirii testamentare. În dreptul civil român, moștenirea ab intestat reprezintă regula, însă ea poate fi înlăturată, în tot sau în parte, pe cale testamentară. Potrivit art.955 Cod civil, patrimoniul defunctului se transmite prin moștenire legală, în măsura în care cel care lasă moștenirea nu a dispus altfel prin testament. Așadar, din modul de redactare al textului legal indicat, rezultă că în dreptul român moștenirea legală este regula, iar moștenirea testamentară constituie excepția. Nu trebuie pierdut din vedere nici faptul că cele două moduri de deferire a moștenirii, moștenirea legală și moștenirea testamentară, pot coexista, ele nefiind incompatibile. În cele ce urmează vom analiza evoluția testamentului, punctând discuțiile doctrinare ce s-au lansat de-a lungul timpului în privința actului de ultimă voință.

Testamentul a fost cunoscut pentru prima dată la Atena, acolo unde a fost utilizat de către Solone. Dreptul de a dispune nu era însă absolut liber și discreționar, o persoană putând dispune de averea sa prin testament doar în măsura în care nu avea copii legitimi. Mai mult decât atât, dreptul de a testa era recunoscut numai cetățenilor greci născuți în Atena².

Montesquieu a susținut că pentru prima oară succesiunile au fost organizate în primele legi ale romanilor. Informații despre primele testamentele din vechiul drept civil roman le oferă Gaius, acesta relatând despre cele două tipuri de testamente primitive - unul pe care romanii îl întocmeau cu ocazia convocării comițiilor, deci pe timp de pace, și care era rezervat familiilor de patricieni bogați, și unul pe care îl întocmeau în procinctu, adică în timp de război. Ulterior, din cauza multiplelor inconveniențe constatate, s-a adăugat cel de-al treilea tip de testament, care se întocmea prin aramă și balanță.

În spațiul autohton, moștenirea legală a prezentat o individualitate proprie și o existență anterioară celei testamentare, astfel că în momentul în care aceasta din urmă a apărut, ele se excludeau reciproc³. Cu timpul însă, rânduielile juridice locale s-au contopit cu cele de ocupație romană, dând naștere unui nou sistem de drept⁴ în cadrul căruia succesiunea testamentară coexista cu succesiunea ab intestat. Prima formă de testament utilizată a fost testamentul verbal.

Succesiunea testamentară a apărut după consolidarea proprietății individuale în cadrul obștilor sătești, unul din factorii care a determinat extinderea acesteia fiind cel de natură religioasă, credincioșii fiind îndemnați să lase danii lăcașurilor de cult, în special mănăstirilor, în scopuri spirituale – slujbe pentru iertarea păcatelor și odihna sufletului. Libertatea de a testa, stimulată de biserică, a apărut în scopul întreținerii cultului funebru, personal de această dată și nu al familiei⁵.

La început, transmisiunea testamentară a moștenirii se realiza pe calea testamentului oral, numit limbă de moarte, apoi în temeiul celui scris, numit carte, isvod, zăpis, diata. Ambele se făceau în prezența martorilor, de regulă fețe bisericești. Testamentul scris se semna prin punerea degetului sau a pecetei și trebuia datat. Prin excepție, dacă testatorul se afla în imposibilitate de a semna, testamentul putea fi semnat și de cel care îl scria sau de către preoți.

Părinții îi puteau dezmoșteni pe fiii răufăcători sau lipsiți de respect. Testatorul trebuia să respecte rezerva cuvenită rudelor apropiate în ceea ce privește bunurile moștenite, dar putea testa liber în ceea ce privea bunurile dobândite⁶. Pentru a asigura păstrarea bunurilor în familie, era admisă substituția fideicomisară.

Șerbii aveau dreptul de a-și întocmi testament numai cu privire la bunurile casnice, fără valoare economică, și de îmbunătățirile aduse de ei moșiei (case, plantații, vii etc.) asupra cărora aveau un drept de folosință. Ei puteau dispune doar în favoarea familiei, iar nu în favoarea unor terți.

După formarea statelor românești, au apărut primele privilegii bisericești care conțineau atât dispoziții bisericești, cât și dispoziții cu caracter juridic. La mijlocul secolului al XVII-lea au fost adoptate cele mai importante două privilegii feudale - Cartea Românească de Învățătura din anul 1646⁷ și Îndreptarea Legii sau Pravila cea Mare din anul 1652⁸. Dispozițiile acestora erau în principiu asemănătoare și prevedeau, în materie de succesiune, faptul că moștenirea putea fi transmisă fie prin testament, scris (zapis) sau oral (cu limbă de moarte), fie fără testament.

În Transilvania, în perioada voievodatului, au fost elaborate o serie de lucrări și hotărâri cu scopul de a înăspri exploatarea românilor din Transilvania. În materie succesorală, era admisă coexistența moștenirii legale cu cea testamentară, însă în condiții deosebit de aspre pentru români. Astfel, pământurile țăranilor aserviți și legați de glie care nu aveau succesori treceau în proprietatea regelui iar apoi a nobililor. Bunurile moștenite treceau asupra rudelor iar cele cumpărate puteau fi transmise altor persoane pe cale testamentară. În lipsă de moștenitori legali, iobagii putea dispune doar de bunurile lor mobile și de jumătate din bunurile imobile achiziționate. Bunurile imobile de baștină și cealaltă jumătate din bunurile imobile achiziționate reveneau stăpânului feudal⁹. Mai târziu, în perioada 1691-1848, a fost recunoscut dreptul iobagilor de a dispune liber prin testament de bunurile lor.

Reglementări mai amănunțite despre testamente au apărut în Moldova și în Tara Românească, unde cele mai importante legiuiri au fost: Pravilniceasca Condică, Codul Calimach și Legiuirea Caragea.

Pravilniceasca Condică a intrat în vigoare în Tara Românească în anul 1775 sub domnia lui Alexandru Ipsilanti și s-a aplicat până la adoptarea Codului Caragea. În materie testamentară, Conдика reglementa condițiile de valabilitate a testamentului, făcând vorbire atât despre condițiile de fond cât și despre cele de formă, precum și cazurile de nulitate a diatei. În acest sens, Conдика prevedea următoarele condiții de valabilitate ale testamentului: - necesitatea semnării înscrisului de către testator, datarea acestuia, semnătura martorilor și capacitatea de a testa a autorului¹⁰.

„Adunarea” lui Andronache Donici a apărut în anul 1814 și cuprindea o serie de dispoziții legale în materie testamentară. Astfel, încă de la început, „Adunarea” definea diata, dar și codicilul, ca fiind adaosul la o dispoziție testamentară anterioară. Vârsta întocmirii diatei era prevăzută ca fiind cea de 14 ani, iar cazurile de nulitate erau clare și multiple: - lipsa mențiunii privind numele moștenitorului, incapacitatea moștenitorului, nașterea unui copil ulterior întocmirii diatei, neîndeplinirea condițiilor de formă prevăzute ad validitatem (lipsa semnăturii testatorului sau a martorilor). Tot în cuprinsul condicii se prevedea în mod expres dreptul celor condamnați la moarte de a-și întocmi un testament.

Codul Calimach (Condica Țivilă a Moldovei) a fost întocmit la inițiativa domnitorului Scarlat Calimach. Fiind influențat de legislația austriacă și de dreptul civil roman, acesta admitea testamentele verbale, sub rezerva de a fi întocmite în prezența a cinci martori de bunăcredință care, la nevoie, trebuia să depună mărturie în instanță în ceea ce privește existența acestuia și discernământul testatorului. Testamentul întocmit fără martori era valabil doar dacă era scris, semnat și datat de către testator și, de asemenea, cuprindea mențiunea privind locul întocmirii sale. Testamentul scris de o altă persoană decât testatorul era valabil dacă purta semnătura autorului și a trei sau cinci martori. Dacă testatorul era neștiutor de carte, atunci lipsa semnăturii putea fi suplinită prin aplicarea unei cruci.

Codul Calimach dădea testatorului posibilitatea de a testa și în fața judecătorului, acesta fiind obligat să scrie dispozițiile testamentare în formă autentică.

Pe lângă aceste două forme de testament, cel verbal făcut în prezența martorilor și cel autentic făcut în prezența judecătorului, același Cod recunoștea și testamentul olograf, scris, datat și semnat de mâna testatorului, precum și cel mistic¹¹. Codul s-a aplicat până la 1 decembrie 1865 când a intrat în vigoare Codul Civil.

Legiuirea Caragea întocmită și publicată în anul 1818 în Tara Românească din ordinul domnitorului Ioan Gheorghe Caragea, nu recunoștea testamentul verbal, el impunând ca diata să se facă în scris și în prezența unui arhieru, a judecătorului sau a trei martori. Acest cod s-a aplicat, de asemenea, până la intrarea în vigoare a Codului Civil ca urmare a Marii Uniri.

După Marea Unire de la 1859 realizată prin dubla alegere a lui Alexandru Ioan Cuza, sub domnia și din dispoziția sa s-a întocmit Codul Civil de la 1865 în vigoare în principatele Moldova și Tara Românească, iar ulterior în România până în anul 2011.

Ca urmare a amplelor schimbări socio-politice intervenite la nivel național dar și internațional, întrucât nu mai răspundea noilor realități iar înțelegerea textelor sale era greoaie, în anul 2010 a fost adoptat Noul Cod Civil¹² care a intrat în vigoare la 1 octombrie 2011. Acesta este în mare parte o revizuire a vechiului Cod Civil românesc, actualizat cu aporturile doctrinare și de jurisprudență, dorindu-se a fi o îmbinare fericită între codurile francez, italian, elvețian, german și român de la 1864¹³. Noua reglementare acordă o atenție sporită instituției testamentului pe care o reglementează în mod minuțios, răspunzând astfel criticilor și sugestiilor formulate în mod constant în doctrină și jurisprudență de-a lungul timpului.

2. Natura juridică a testamentului

Testamentul a constituit obiect de preocupare permanentă a doctrinei, fiind privit fie ca inventar de bunuri dar și ca act de ultimă voință al defunctului prin care se stabilea destinația bunurilor succesoriale. Valer Moldovan definea testamentul ca fiind „o anumită specie de scrisoare” ce semnifică „exprimarea voinței din urmă a unui om asupra averii, ce va rămâne după moartea lui”, „cea mai convingătoare, mai sinceră și mai pilduitoare expresie a ceea ce omul înțelege prin proprietate și destinul ei”¹⁴.

Provenind de la latinescul testis (martor), testamentul este reglementat în Noul Cod Civil alături de donație, ca fiind actul unilateral, personal și revocabil prin care o persoană, numită testator, dispune, în una din formele cerute de lege, pentru timpul când nu va mai fi în

viață. Deși legiuitorul român limitează posibilitatea de a dispune cu titlu gratuit doar la două modalități: donația și legatul cuprins în testament, există și mijloace de a dispune mortis causa în afara testamentului¹⁵, dar cu respectarea anumitor reguli impuse de legiuitor.

Reținând criticile formulate în doctrina anterioară, legiuitorul contemporan a reușit să surprindă în dispozițiile Noului Cod Civil distincția esențială dintre legat și testament, apreciind în mod corect faptul că testamentul este doar actul de ultimă voință al testatorului care poate cuprinde în conținutul său dispoziții cu caracter patrimonial, respectiv legate. Acest fapt însă nu este obligatoriu, în sensul că testamentul poate cuprinde exclusiv dispoziții cu caracter nepatrimonial, fără ca prin aceasta să fie pus la îndoială caracterul său de act de ultimă voință. În mod înțelept, legiuitorul modern a reușit să evidențieze în cuprinsul definiției legale oferite faptul că transmisiunea bunurilor este doar facultativă și accesorie¹⁶. Susținem această afirmație raportat la conținutul art. 1034 din Noul Cod Civil care prevede că „testamentul este actul unilateral, personal și revocabil prin care o persoană, numită testator, dispune, în una dintre formele cerute de lege, pentru timpul când nu va mai fi în viață”. Legiuitorul nu face referire în nici un mod la natura sau conținutul dispozițiilor mortis causa cuprinse în testament; el nu limitează, așadar, posibilitatea testatorului de a dispune doar prin acte cu caracter patrimonial, iar ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.

Mai mult, în cuprinsul art. 1035 din Noul Cod Civil este reglementat cuprinsul testamentului, statuându-se cu valoare de principiu faptul că „testamentul conține dispoziții referitoare la patrimoniul succesoral sau la bunurile ce fac parte din acesta, precum și la desemnarea directă sau indirectă a legatarului. **Alături de aceste dispoziții sau chiar și în lipsa unor asemenea dispoziții**, testamentul poate să conțină dispoziții referitoare la partaj, revocarea dispozițiilor testamentare anterioare, dezmoștenire, numirea de executori testamentari, sarcini impuse legatarilor sau moștenitorilor legali și alte dispoziții care produc efecte după decesul testatorului”. Față de modalitatea de exprimare a legiuitorului, care prevede în mod clar în conținutul normei juridice faptul că **alături** de dispozițiile referitoare la patrimoniul succesoral sau la bunurile ce fac parte din acesta **sau chiar și în lipsa acestora**, testamentul poate să conțină și alte dispoziții de ultimă voință, în opinia noastră nu poată fi pusă la îndoială existența testamentului chiar și în lipsa legatelor.

Concluzionând, în opinia noastră testamentul poate conține dispoziții cu caracter patrimonial (legate) **și/sau** alte dispoziții cu caracter nepatrimonial care nu au efect translativ de proprietate, fără ca prin aceasta să fie afectată valabilitatea testamentului¹⁷. Deși testamentele cuprind în mare parte numai legate, aceasta fiind doar o realitate statistică iar nu una juridică, totuși de aici nu se poate trage concluzia că testamentul ar trebui identificat cu legatul, căci pe lângă legate și dispoziții cu caracter nepatrimonial, testamentul poate conține și alte dispoziții care ar putea fi calificate drept mixte în măsura în care nu presupun decât indirect măsuri cu caracter patrimonial¹⁸.

În ceea ce privește *natura juridică* a testamentului, într-o opinie¹⁹ testamentul a fost caracterizat ca fiind un tipar juridic care consemnează o manifestare de voință exprimată sub forma unui legat, rolul său fiind doar acela de act juridic care conține legate. În cazul în care testamentul cuprinde și alte dispoziții în afara legatelor, atunci ne aflăm în prezența unei unități materiale a unui singur înscris care cuprinde două sau mai multe acte juridice deosebite: un testament alături de alte acte²⁰.

Într-o altă opinie²¹, testamentul a fost caracterizat ca fiind o formă juridică, prin intermediul căreia testatorul poate dispune prin legate de bunurile sale, dar care poate cuprinde și alte dispoziții dintre cele enumerate la art. 1035 din Noul Cod Civil. El este conceput ca un act juridic în sensul de *negotium juris*, doar ca formă de exprimare, ca formă juridică, testamentul fiind un înscris întocmit cu solemnitatea anume prevăzută de lege. De aceea, s-a apreciat că testamentul nu este un act juridic omogen, ci el constituie o simplă formă, un tipar, în care se îmbracă o pluralitate de acte juridice de sine stătătoare, fiecare cu un regim juridic propriu.²²

Se constată faptul că, deși poartă denumiri diferite, esența opiniilor este identică, în sensul că ambele ajung la concluzia că testamentul reprezintă doar suportul juridic al legatelor.

Opinia majoritară exprimată a fost în sensul că testamentul este un act juridic, adică o „manifestare de voință intervenită în scopul de a produce efecte juridice concretizate în crearea, modificarea, transmiterea sau stingerea unui raport juridic concret”²³, apreciindu-se că esența testamentului se suprapune perfect peste definiția actului juridic. Astfel, testamentul este rodul manifestării unilaterale de voință iar scopul manifestării voinței testatorului vizează producerea de efecte juridice după moartea testatorului. S-a apreciat că actul juridic este genul iar testamentul este specia²⁴, care cuprinde atât legate cu efect translativ de proprietate, cât și alte măsuri fără conținut patrimonial luate de testator. În această viziune, testamentul se prezintă ca un act juridic complex și eterogen care conține în sine mai multe acte juridice, independente ca regim juridic și finalitate²⁵.

Tot cu privire la natura juridică testamentului s-a exprimat și opinia izolată că testamentul este doar actul, înscrisul (*instrumentum*), în care se concretizează liberalitatea consimțită în vederea decesului (*negotium*), testamentul fiind așadar doar actul probator al legatului²⁶. În această opinie, testamentul este privit doar ca înscrisul constatator al legatului²⁷.

Fie că este caracterizat ca act juridic, fie că este caracterizat ca formă juridică sau ca tipar juridic, testamentul trebuie privit ca formă de exprimare a ultimei manifestări de voință a testatorului care poate cuprinde legate și/sau o serie de alte acte juridice de natură diferită, reprezentând „suportul” juridic al legatului și al celorlalte dispoziții de ultimă voință ale defunctului. Indiferent, însă, de modul de exprimare, testamentul trebuie privit atât ca *instrumentum* cât și ca *negotium*.

3. Caracterele juridice ale testamentului

Testamentul este un act juridic, întrucât el cuprinde o manifestare de voință făcută cu intenția de a produce efecte juridice. Fiind un act juridic, el trebuie să îndeplinească condițiile de fond generale ale actului juridic precum și condițiile de formă impuse de lege. În mod particular, testamentul este un act juridic unilateral, personal, revocabil, solemn, pentru cauză de moarte. Caracterul translativ de proprietate nu se număra printre caracterele juridice ale testamentului întrucât acesta se manifestă doar în mod excepțional și doar în ceea ce privește legatele. De aceea, testamentul a fost caracterizat ca fiind un act care ocupă un loc deosebit între actele unilaterale, dat fiind că efectul translativ este excepțional și nu se înscrie printre efectele obișnuite ale actelor unilaterale²⁸.

A. Testamentul – act juridic unilateral

Testamentul nu este un contract întrucât nu presupune întâlnirea a două voințe. El emană exclusiv de la testator, reprezintă opera sa exclusivă, de aceea este imaginea perfectă a principiului autonomiei de voință. Principiul autonomiei de voință sau al libertății contractuale²⁹ presupune faptul că voința individuală creează dreptul, ea nefiind altceva decât un sinonim al libertății umane³⁰. Aceasta nu este o voință ghidată de impuls, ci este o voință rațională și conștientă în sine³¹. În drept, libertatea personală se manifestă sub forma libertății de a alege și de a decide, astfel încât libertatea voinței interne este doar o consecință a libertății contractuale. Așadar, simpla manifestare de voință a testatorului este suficientă pentru a opera transmisiunea bunurilor la moartea acestuia, acceptarea gratificatului nefăcând altceva decât să consolideze transmisiunea succesorală³².

S-a pus problema în literatura de specialitate dacă această forță a actului unilateral nu-și are rădăcinile în trecutul religios al acestui act, afirmându-se că, la fel ca în materia contractelor, teoria autonomiei de voință s-a alăturat tradiției creștine pentru a da astfel forță testamentului ca act juridic unilateral³³.

B. Testamentul – act juridic personal

Fiind un act juridic personal, testamentul nu poate fi încheiat prin reprezentare, convențională sau legală, ori cu asistarea ocrotitorului legal. Faptul că testatorul apelează la sfaturile unei alte persoane de specialitate nu este de natură să înlăture caracterul personal al testamentului atâta timp cât acesta este întocmit exclusiv de către testator și exprimă voința sa ultima, unică și reală.

În doctrină a fost exprimată ideea potrivit căreia, raportat la prevederile art. 988 din Noul Cod Civil care stipulează faptul că cel lipsit de capacitate de exercițiu sau cu capacitate restrânsă nu poate dispune de bunurile sale prin liberalități și cele ale art. 984 al. 2 din același Cod în conformitate cu care nu se pot face liberalități decât prin donație sau legat cuprins în testament, Noul Cod Civil nu interzice minorului să-și întocmească un testament, ci doar să dispună prin legat³⁴. În consecință, minorul poate dispune prin testament, însă doar în măsura în care se dovedește că a acționat cu discernământ iar consimțământul său nu a fost viciat și doar dacă dispozițiile sale nu au conținut patrimonial.

În doctrină s-a apreciat că din caracterul personal al testamentului ar rezulta și caracterul său individual, în sensul că el trebuie să fie opera exclusivă a autorului său, în felul acesta evitându-se posibilitatea ca testatorii să se influențeze reciproc în momentul ultimei manifestări de voință³⁵.

Legea interzice în mod expres ca două sau mai multe persoane să testeze prin același act una în favoarea celeilalte sau în favoarea unei terțe persoane³⁶, mijlocul prin care se poate realiza această posibilitate fiind testamentul reciproc. Testamentul reciproc este acel act juridic care conține manifestările de voință a două sau mai multor persoane, care testează fie una în favoarea celeilalte, fie în favoarea unui terț³⁷. Așadar, testamentul reciproc presupune exprimarea unei singure voințe a autorilor săi, să fie două testamente într-unul singur, care să

poarte două semnături și să reglementeze două succesiuni, căci ceea ce legea oprește nu este întrunirea materială, ci întrunirea juridică a două sau mai multe testamente³⁸. Prin interdicerea testamentului reciproc se împiedică posibilitatea „ca buna-credință a unuia dintre testatori să fie surprinsă ca urmare a revocării emanând ulterior de la celălalt, fără ca el să știe”³⁹, rațiunea interdicției rezultând tocmai din caracterul individual al testamentului.

C. Testamentul – act juridic revocabil

Testamentul este un act esențialmente revocabil tot timpul cât testatorul se află în viață și își păstrează capacitatea de dispoziție. Revocabilitatea este de esența testamentului, de aceea testatorul nu poate să renunțe la dreptul de a-și schimba sau revoca dispozițiile testamentare, această renunțare constituind un act (pact) asupra unei moșteniri viitoare prohibit de lege. Dreptul testatorului de a-și revoca propriul testament este unul absolut care nu poate fi îngrădit în nici un fel⁴⁰ și poate fi exercitat în mod liber și discreționar⁴¹ întrucât caracterul revocabil al testamentului este de ordine publică⁴². Pentru aceleași considerente, este inadmisibilă o acțiune în constatarea unui abuz de drept rezultat din exercitarea discreționară a dreptului de a revoca un testament⁴³. Revocarea poate fi voluntară și este rezultatul manifestării unice de voință, sau judecătorească⁴⁴, atunci când se dispune de către instanță în cazurile prevăzute de lege⁴⁵.

Abia la moartea testatorului, manifestările de ultimă voință devin definitive. Prin excepție, întrucât testamentul este un act juridic complex în cuprinsul căruia pot coexista mai multe acte juridice de natură diferită, anumite dispoziții sunt, însă, irevocabile, fără ca astfel să se deroge de la caracterul revocabil al testamentului⁴⁶. Un exemplu în acest sens este recunoașterea unui copil⁴⁷.

D. Testamentul – act juridic solemn

Ad validitatem, testamentul trebuie să îmbrace forma scrisă. Testatorul este liber să testeze în oricare dintre formele prevăzute de lege, însă întotdeauna voința sa trebuie exprimată în scris, testamentul verbal fiind considerat inexistent și pe cale de consecință imposibil de dovedit. Rațiunea formei scrise rezultă din necesitatea de a-l determina pe testator să-și precizeze în termeni clari voința, precum și din dorința legiuitorului de a împiedica interpretarea voinței testatorului în funcție de declarațiile subiective ale martorilor sau ale instanțelor judecătorești⁴⁸.

Potrivit dispozițiilor Noului Cod Civil, testamentele se împart în trei categorii - testamente ordinare, testamente privilegiate și alte forme testamentare⁴⁹.

Din categoria testamentelor ordinare fac parte - testamentul olograf și testamentul autentic⁵⁰. Se constată așadar că legiuitorul a renunțat la reglementarea legală a testamentului mistic, o formă intermediară de testament, situat între testamentul olograf și cel autentic⁵¹. Pe lângă testamentele ordinare, Codul civil reglementează și testamentele privilegiate, adică acele testamente care se încheie în împrejurări excepționale, precum și alte forme testamentare speciale pentru legatele care au obiect sume de bani depuse la instituțiile specializate, la care am putea să adăugăm dispozițiile testamentare întocmite de cetățenii români în străinătate.

Enumerarea făcută de legiuitor este una strict limitativă, astfel încât voința de a dispune mortis causa nu poate fi exprimată în afara formelor impuse în mod imperativ prin lege. Între diferitele feluri de testamente nu există o ierarhizare, ele au valoare juridică egală, fără ca unele să fie mai mult sau mai puțin importante decât altele, expresie a principiului echivalenței formelor testamentare⁵².

Acest „formalism plural”, constând în pluralitatea formelor testamentare care a existat permanent în dreptul românesc, este justificat de necesitatea exprimării clare a manifestării de voință, astfel încât să nu existe dubii cu privire la intenția de a testa într-un anumit mod, precum și de faptul că testamentul implică dispoziții extrem de importante, atât cu caracter patrimonial, cât și cu caracter nepatrimonial, care îl privesc atât pe testator cât și pe succesibili; pentru aceste considerente, el nu poate fi lăsat la voia întâmplării, ci trebuie să îmbrace o formă solemnă, prescrisă de lege, prin aceasta asigurându-se certitudinea atât cu privire la conținutul dispozițiilor testamentare dar și cu privire la faptul că de cuius a conștientizat natura, însemnătatea și consecințele dispozițiilor sale.

Solemnitatea este un mijloc de protecție a consimțământului celui care se obligă, determinându-l să reflecteze și să-și clarifice intențiile înaintea exprimării⁵³.

Forma solemnă nu trebuie însă confundată cu forma autentică. Potrivit art.257 din Codul civil, înscrisul autentic este acela întocmit de funcționarul public, notarul public sau alt agent instrumentator competent în formele și limitele atribuțiilor prevăzute de lege. Așadar, în lumina dispozițiilor Codului civil, înscrisul autentic este doar acela întocmit de o persoană care are calitatea specială cerută de lege, care este competent în acest sens și care îndeplinește actul în sfera și cu respectarea limitelor atribuțiilor de serviciu. Înscrisul în formă autentică conferă caracter solemn actului întrucât este prevăzut sub sancțiunea nulității absolute iar nu numai ca mijloc de dovadă cum ar fi de exemplu în cazul acceptării exprese⁵⁴, însă nu se confundă cu forma solemnă, fiind doar o formă de manifestare a acesteia. Pentru acest considerent, raportul dintre forma solemnă și cea autentică este acela de gen la specie.

Fiind supus unui formalism strict, nerespectarea formei reglementate de lege este sancționată cu nulitatea absolută, care se supune dreptului comun, în sensul că poate fi invocată de oricine, oricând și nu poate fi confirmată. Nulitatea unei dispoziții testamentare nu atrage în mod obligatoriu nulitatea actului juridic în totalitate, ci numai a acelor măsuri contrare legii sau regulilor de conviețuire socială⁵⁵. De la regula nulității absolute a testamentului pentru nerespectarea formei impuse de lege, există însă și excepții sau atenuări. Acestea constau fie în faptul că anumite iregularități nu sunt sancționate de lege, fie în posibilitatea de a suplini sau de a repara anumite neregularități, fie în posibilitatea de a aplica teoria conversiunii formei juridice⁵⁶.

E. Testamentul – act juridic pentru cauză de moarte

Deși valabil încheiat încă de la data redactării sale, testamentul nu va produce efecte decât la moartea testatorului. Așadar, dacă în cazul donației, donatorul este lipsit de bunurile donate încă de la data încheierii contractului de donație, în cazul testamentului care cuprinde legate, transmisiunea bunurilor lăsate prin legat operează doar de la data deschiderii

moștenirii, adică de la data decesului testatorului. Testatorul rămâne proprietarul bunurilor ce formează obiectul legatelor și poate dispune în mod liber și discreționar de ele, căci legatarii nu dobândesc nici un drept asupra acestor bunuri în timpul vieții testatorului. Întrucât produce efecte mortis causa, valabilitatea testamentului se apreciază la data întocmirii sale, în timp ce valabilitatea efectelor sale se apreciază la data deschiderii moștenirii.

F. Alte caractere juridice ale testamentului

Raportat la clasificarea actelor juridice, în literatura de specialitate⁵⁷ au mai fost identificate și alte caractere juridice ale testamentului, respectiv:

- act juridic civil subiectiv, întrucât voința testatorului are un rol determinant în stabilirea conținutului acestuia;
- act juridic de dispoziție cu titlu gratuit, întrucât de esența sa sunt legatele, acte de dispoziție cu titlu gratuit mortis causa⁵⁸;
- act juridic civil principal, întrucât are o existență de sine-stătătoare, independentă;
- act juridic civil numit, întrucât este recunoscut după denumirea sub care se prezintă.

4. Proba testamentului

Principiul general este acela că cel ce face o propunere în fața judecății trebuie să o dovedească. În mod similar, cel ce invocă un testament și drepturi decurgând dintr-un testament trebuie să dovedească existența și conținutul lui în una dintre formele prevăzute de lege⁵⁹. Testamentul verbal, cunoscut și sub denumirea de testament noncupativ, este interzis, forma scrisă fiind obligatorie pentru orice tip de testament. Totuși, dacă după decesul testatorului, moștenitorii recunosc existența dispozițiilor verbale de ultimă voință, ei pot să le execute în mod valabil, operând astfel o transformare a unei obligații naturale într-una civilă⁶⁰.

Forma scrisă trebuie privită ca o condiție de existență a testamentului, *quad substantiam*, și nu doar ca o condiție ce ține de posibilitatea de probare sau de dovedire a acestuia, *quad probationem*⁶¹.

Rațiunea acestei cerințe rezidă din importanța faptului de a-l determina pe testator să-și precizeze în termeni clari voința, precum și din dorința legiuitorului de a împiedica interpretarea voinței testatorului în funcție de declarațiile subiective ale martorilor sau ale instanțelor judecătorești⁶².

Lipsa formei scrise nu poate fi suplinită prin înregistrări audio sau video iar dovada unui testament verbal nu poate fi făcută prin nici un mijloc de probă, indiferent că este vorba despre mărturisirea moștenitorilor, despre recunoașterea de către moștenitor sau legatar a sarcinii ce i s-a impus verbal de către testator, sau despre confirmarea sarcinii printr-un început de dovadă scrisă care provine de la testator dar care nu îmbracă forma impusă de lege⁶³.

În doctrină s-a lansat deseori întrebarea privitoare la soarta unui testament în cazul în care legatarul ar pretinde că este împiedicat de forța majoră sau de fapta unui terț să îl prezinte⁶⁴. S-a apreciat că în această ipoteză se disting trei situații⁶⁵ pe care instanța de judecată este datoare să le soluționeze în mod distinct⁶⁶:

- dacă legatarul susține că se află în imposibilitate de a depune un testament scris deoarece testatorul a fost împiedicat de forța majoră sau de fapta unui terț ori a fost în imposibilitate fizică de a-l redacta, atunci testamentul nu întrunește condiția legală privitoare la forma scrisă și nu poate fi dovedit cu nici un mijloc de probă⁶⁷, simpla dorință de întocmire a unui testament nefiind echivalentă cu existența acestuia;
- dacă legatarul susține că este în imposibilitate de a depune un testament scris de către testator întrucât acesta a fost distrus⁶⁸ de forța majoră (sau cazul fortuit) sau prin fapta unui terț iar testatorul a cunoscut acest lucru, atunci proba existenței testamentului este inadmisibilă deoarece situația este una clasică de revocare tacită;
- dacă legatarul susține că este în imposibilitate de a depune un testament scris de către testator pentru că acesta a fost distrus de forța majoră (sau cazul fortuit) sau prin fapta unui terț iar testatorul nu a cunoscut acest lucru ori distrugerea a intervenit după moartea sa, atunci legatarul are posibilitatea de a dovedi prin orice mijloc de probă existența și conținutul testamentului.

Așadar, legatarul care se prevalează de existența unui testament pierdut sau distrus trebuie să dovedească următoarele aspecte:

- că testamentul a existat și că a fost întocmit în forma impusă de lege⁶⁹;
- că pierderea sau distrugerea testamentului se datorează cazului fortuit, forței majore sau faptei unui terț⁷⁰;
- că testamentul a existat până la moartea testatorului său sau că acesta nu a avut cunoștință de distrugere; dacă dispariția testamentului se datorează faptei celui împotriva căruia este invocat, regularitatea acestuia este prezumată până la proba contrară⁷¹. Dacă, însă, testamentul a fost distrus de către un terț la instigarea testatorului, sau chiar personal de către testator, în ambele ipoteze într-o stare de lipsă totală de discernământ, se va admite dovedirea existenței testamentului ca și când distrugerea nu ar fi avut loc⁷²;
- că testamentul cuprindea dispoziții în favoarea celui care îl invocă.

Sanțiunea nerespectării formei scrise era prevăzută în mod expres sub imperiul vechiului Cod Civil ca fiind nulitatea absolută, nulitate care nu putea fi înlăturată prin confirmarea ulterioară a testamentului nul, chiar dacă confirmarea se făcea printr-un testament care îndeplinea condițiile de validitate prevăzute de lege⁷³. Prin noua reglementare, legiuitorul nu mai prevede expres aceasta sancțiune, testamentul verbal fiind considerat inexistent și pe cale de consecință imposibil de dovedit⁷⁴.

5. Interpretarea testamentului

Testamentul este un act solemn, a cărui valabilitate și existență depind de respectarea condițiilor de formă prevăzute ad validitatem. Dacă la exterior testamentul trebuie să îmbrace forma impusă ad validitatem, legea nu impune ca în cuprinsul său voința testamentară să fie exprimată în termeni sacramentali. Testatorul este liber să se exprime așa cum dorește și cum

poate, raportat la cunoștințele și nivelul său intelectual. Pentru aceste considerente nu puține sunt situațiile în care voința testatorului nu este exprimată în termeni suficient de clari, motiv pentru care planează dubiul asupra intenției sale reale. Aici intervine posibilitatea de interpretare a judecătorului, pentru a stabili adevărata intenție a testatorului și sensul clauzelor îndoielnice. În opera sa de interpretare, judecătorul trebuie să se supună regulilor speciale de interpretare a contractelor, prevăzute de art.1039 din Codul civil, potrivit cărora interpretarea dispozițiilor testamentare trebuie să se facă în sensul în care acestea să producă efecte și în favoarea celui care se obligă. Potrivit art. 269 al. 1 din Noul Cod Civil, în caz de îndoială, clauza se interpretează în favoarea moștenitorilor legali, căci aceștia sunt cei care datorează plata legatelor, iar nu legatarii. În motivarea acestei soluții s-a afirmat că moștenirea testamentară fiind excepția, cel ce uzează de ea trebuie să o facă într-un mod neechivoc și clar⁷⁵.

Noul Cod civil consacră în mod expres regula potrivit căreia elementele extrinseci înscrisului testamentar pot fi folosite numai în măsura în care se sprijină pe cele intrinseci, și doar în măsura în care intenția testatorului nu rezultă în mod neîndoielnic din conținutul testamentului.

În jurisprudență s-a manifestat o tendință accentuată de a da valență voinței reale a testatorului, în detrimentul voinței declarate și sensului literal al termenilor, reafirmând încă o dată principiul voinței reale, consacrat în materie liberală⁷⁶. Plecând de la acest principiu, judecătorii caută să interpreteze testamentele într-o manieră din care să rezulte un sens rezonabil, iar în cadrul acestei operațiuni puterea lor este suverană⁷⁷. Concluzia generală desprinsă din practica instanțelor de judecată este aceea că acestea au tendința mai degrabă să valideze un testament decât să-l anuleze, în opera lor de interpretare ei bazându-se nu numai pe elemente intrinseci, dar și pe elemente exterioare, extrinseci actului, dar din care să rezulte în mod neîndoielnic voința autorului, fără a substitui voința lor arbitrală voinței reale a testatorului. Aceste elemente extrinseci pot consta în alte înscrisuri care emană de la testator dar care nu îmbracă forma testamentară, sau orice alte împrejurări ale cauzei. Toate pot servi însă doar la interpretarea cuprinsului testamentului, iar nu la înlăturarea dispozițiilor clare și neîndoielnice ale acestuia⁷⁸.

Voința care se caută este aceea de la data întocmirii testamentului, iar nu cea din momentul morții⁷⁹.

În concluzie, reiterând cele spuse de Troplong, „testamentul este consecința și complementul dreptului de proprietate. Un popor nu este cu adevărat liber, dacă nu are dreptul de a testa; libertatea testamentului este cea mai mare dovadă a libertății sale civile. Cine este acela care ar putea să nu respecte ultimele cuvinte ale unui muribund? Voința omului, idealizată prin moarte, este una din cele mai mari puteri din lume”.

* Conferențiar, Facultatea de Drept a Universității Transilvania, Brașov; ioanan1977@yahoo.com.

** Asistent, Facultatea de Drept a Universității Transilvania, Brașov; dianamerticaru@yahoo.com.

¹ M. Eliescu – „Curs de succesiuni”, Ed.Humanitas, Bucuresti, 1997, pag.13

- ² N. At. Popovici – „Despre organizarea succesiunilor in genere în dreptul roman și în dreptul român”, Imprimeria Statului, București, 1874, pag. 10
- ³ „Nemo enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest” – „Instituțiile lui Iustinian” în V. Hanga – „Principiile dreptului privat român”, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1989, pag. 122
- ⁴ E. Cernea, E. Molcut – „Istoria statului și dreptului românesc”, Casa de editură și presa Șansa SRL, București, 1996, pag. 25
- ⁵ M. D. Bocșan – „Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman”, Ed. Lumina Lex, București, 2000, pag. 131
- ⁶ M. Guțan – „Istoria dreptului românesc”, Ed. Hamangiu, București, 2008, pag. 105
- ⁷ Titlul complet al legiurii este „Carte românească de învățătură de la pravilele împărătești și de la alte giudețe” sau „Pravila lui Vasile Lupu”
- ⁸ Titlul complet al legiurii este „Îndireptarea legiei cu Dumnezeu care are toată judecata arhierésca și împărătesca de toate vinele preoțești și mirenești”
- ⁹ M. Guțan – op cit, pag. 130
- ¹⁰ S. Cercel, G. Dănișor, D.C. Dănișor, M. Istrătoaie, R. Nițoiu, M.M. Soreată, C. Stanciu – „Drept civil: teoria generală a actelor cu titlu gratuit”, București, Ed. All Beck, 2005, pag. 399
- ¹¹ D. Alexandresco – „Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine”, tomul IV, partea 1, București, Ed. Atelierele grafice Socec & Co Societate anonima, 1914, pag. 23
- ¹² Prin Legea nr. 287/2009 publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009
- ¹³ M. D. Bob – „Probleme de moșteniri în vechiul și în noul Cod Civil”, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pag. 30
- ¹⁴ Uniunea Națională a Notarilor Publici din România - „Testamente – antologie de Georgeta Filitti” , Ed. Notarom, București, 2007, pag. 19
- ¹⁵ Avem în vedere în acest sens testamentul sumelor și valorilor depozitate sau clauza de preciput
- ¹⁶ Pentru opinia contrară potrivit căreia nu poate exista în sensul propriu al noțiunii, ci doar prin extensie, testament care să nu conțină legate, căci dispozițiile cu caracter extrapatrimonial folosesc testamentul ca suport, fără ca prin acestea ele să dobândească o natură testamentară, a se vedea D. Chirică – „Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile”, Ed. C. H. Beck, București, 2014, pag. 240-241
- ¹⁷ În același sens a se vedea C.A Angers, 15 avr.1991, Juris-Data n^o 043253 în D. Chirică - op cit., pag. 241, F. Terre, Y. Lequette - – „Droit civil. Les successions. Les libéralités”, Ed. Dalloz, Paris, 1997, pag. 273
- ¹⁸ B. Dauchez – „La propriété littéraire et artistique et les successions testamentaires”, Ed. Defrénois, 2001, pag. 1159
- ¹⁹ M. Eliescu - „Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul RSR”, Ed. Academiei RSR, București, 1966, pag. 194; Fr. Deak – „Tratat de drept succesoral”, Ed. Universul Juridic, București, 2002, pag. 158; M. D. Bob – op cit, pag. 125
- ²⁰ M. Eliescu – „Curs de succesiuni”, op cit., pag. 188
- ²¹ R. Petrescu – „Drept succesoral. Moștenirea. Devoluția și împărțeala”, Ed. Oscar Print, București, 1997, pag. 141; D. C. Florescu – „Drept succesoral în Noul Cod Civil”, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pag. 66; L. Stănculescu – „Curs de drept civil. Succesiuni”, Ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 90
- ²² C. Turianu- „Curs de drept civil. Dreptul de moștenire”, Ed. Fundației România de Măine, București, 2000, pag. 58
- ²³ I. Dogaru – „Drept civil român. Tratat”, Ed Themis, Craiova, 2000, pag. 185
- ²⁴ I. Dogaru – „Drept civil. Teoria generală a actelor cu titlu gratuit”, Ed. All Beck, București, 2005, pag. 432
- ²⁵ M. Popa – „Drept civil. Succesiuni”, Ed. Oscar Print, 1995, pag. 68

- ²⁶ O. Căpățână – „Titlul gratuit în actele juridice”, Ed. Rosseti, București, 2003, pag. 29; legat de acesta teorie, se remarcă faptul că și în literatura franceză mai veche regăsim această idee a interpretării testamentului atât ca instrumentum cât și ca negotium – a se vedea D. Guevel – „Successions. Liberalites”, Ed. Armand Colin, 2008, pag. 214
- ²⁷ Aceasta opinie nu poate fi primită întrucât ignoră faptul că scopul testamentului este acela de a produce efecte juridice, acestea nefiind condiționate de un conținut patrimonial
- ²⁸ M. Avram – „Actul unilateral în dreptul privat”, Ed. Hamangiu, București, 2006, pag. 198
- ²⁹ Curtea Constituțională, prin dec.nr.365 din 5 iulie 2005 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 38 din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, publicată în M. Of. nr. 825/13 sept. 2005, oferă și ea o definiție a libertății contractuale în sensul următor: „libertatea contractuală este posibilitatea recunoscută oricărui subiect de drept de a încheia un contract, în înțelesul de mutuus consensus, de produs al manifestării sale de voință convergentă cu a celeilalte sau celorlalte părți, de a stabili conținutul acestuia și de a-i determina obiectul, dobândind drepturi și asumându-și obligații a căror respectare este obligatorie pentru părțile contractante”.
- ³⁰ I. Reghini, S. Diaconescu, P. Vasilescu – „Introducere în dreptul civil”, Ed. Hamangiu, București, 2013, pag.433
- ³¹ M. Djuvara – „Teoria generală a Dreptului. Drept Rațional, izvoare și Drept pozitiv”, Ed. ALL, București, 1995, pag. 89
- ³² O. Căpățână – op cit, pag. 32
- ³³ D. Guével – „Successions. Libéralités”, op cit, pag. 215
- ³⁴ D. Negrilă – Testamentul în noul Cod civil, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pag. 33
- ³⁵ M. Albaladejo – „Curso de derecho civil. V. Derecho de sucesiones”, Ed. Edisofer, Madrid, 2008, pag. 212
- ³⁶ Deși legiuitorul român interzice sub sancțiunea nulității testamentul reciproc, totuși există legislații care recunosc valabilitatea acestuia. Astfel, în dreptul austriac, soții sau chiar logodnicii, cu rezerva încheierii ulterioare a căsătoriei, se pot institui reciproc moștenitori sau pot testa prin același act în favoarea unui terț. Aceleași dispoziții se regăsesc și în legea succesorală germană care recunoaște valabilitatea testamentului reciproc încheiat chiar între soții sau partenerii de viață de același sex. Acesta poate fi încheiat în formă autentică sau olografă, caz în care este valabil chiar dacă este redactat de unul dintre soți sau parteneri și semnat de către celalalt. Dacă a fost demarată procedura de divorț, atunci testamentul comun va fi revocat în întregime ex lege. O formă specială de testament este testamentul berlinez prin care soții se declară reciproc moștenitori dar stipulează de asemenea că, după moartea soțului supraviețuitor, averea reunită va reveni copilului comun. Față de aceste prevederi internaționale în literatura de specialitate s-a exprimat opinia potrivit căreia „așa cum caracterul irevocabil al donației nu este afectat de revocabilitatea *ad nutum* a donațiilor între soți în timpul căsătoriei, tot așa putem accepta în peisajul juridic românesc un testament reciproc (conjunct) sau comun (ca în dreptul german) dar care să poată fi revocat unilateral de oricare dintre soți, eventual cu obligația notificării actului de revocare către celalalt soț” – a se vedea I. Popa – „Drept civil. Moșteniri și liberalități”, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pag. 293
- ³⁷ Noul Cod Civil a abandonat denumirea de testament conjunctiv pe care a înlocuit-o cu cea de testament reciproc, Doctrina a criticat alegerea legiuitorului modern, apreciind că nici una dintre aceste noțiuni nu conturează conținutul testamentului. Astfel, s-a apreciat că testamentul reciproc acoperă doar ipoteza testamentului prin care două persoane dispun prin același act una în favoarea celeilalte, în timp ce testamentul conjunctiv reglementează ipoteza în care două persoane dispun prin același act în favoarea unui terț, opinându-se în final că denumirea cea mai potrivită ar fi fost „interdicția actului separat” – a se vedea I. Genoiu – „Dreptul la moștenire în Noul Cod Civil”, Ed. C.H. Beck, București, 2012, pag. 155

- ³⁸ D. Alexandresco – op cit, pag. 10; practica judiciară s-a exprimat în același sens, apreciind că actul încheiat de cei doi foști soți, prin care se obligă fiecare, ca la decesul unuia, celălalt să-l moștenească, este nul, reprezentând un testament conjunctiv – a se vedea C. de Apel București, sect. a III-a civ., min. și fam., dec. nr. 524/A din 26 octombrie 2009 vizualizată pe adresa <http://legeaz.net/spete-civil/testament-conjunctiv-nulitate524-2009> la data de 11.08.2014
- ³⁹ F. Terré, Y. Lequette – op cit., pag. 247
- ⁴⁰ Al. Bacaci, Gh. Comăniță – „Drept civil. Succesiunile”, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pag. 74
- ⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 30.nov. 2004, N° de pourvoi: 02-20883 în Bulletin 2004 I N° 297 pag. 249, vizualizată pe adresa <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?oldAction=rechJurijudi&idTexte=JURITEXT000007047336&fastReqId=960599410&fastPos=1> la data de 17.09.2014
- ⁴² M. Eliescu – „Curs de succesiuni”, op cit., pag. 264
- ⁴³ Rappr. Civ. 1, 30.nov. 2004, nr. 02-20883, Bul. Civ. I, nr. 297 în Fr. Zenati-Castaing, T. Revot - „Cours de droit civil. Successions”, Ed. Puf Droit, 2012, pag. 63
- ⁴⁴ Ne alăturăm opiniei exprimate în doctrină în sensul că revocarea este atributul exclusiv al testatorului și, în consecință, instanța de judecată ar putea, în cazurile prevăzute de lege, doar să constate ineficacitatea legatului, iar nu să revoce testamentul
- ⁴⁵ Cu privire la revocarea legatelor a se vedea I. Genoiu - „Revocarea legatelor în Noul Cod Civil”, în Analele Univerității „Constantin Brâncuși”, Târgu-Jiu, Seria Științe Juridice, nr. 2/2011, pag. 95-120
- ⁴⁶ C. S. Rîcu, G. C. Frențiu, D. Zeca, D. M. Cigan, T. V. Rădulescu, C.T.Ungureanu, G. Răducan, Gh. Durac, D. Călin, I. Ninu, Al. Bleoancă – „Noul Cod Civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență”, vol. II, Ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 149
- ⁴⁷ În doctrină s-a afirmat că recunoașterea unui copil nu reprezintă o excepție veritabilă de la caracterul irevocabil al testamentului ci chiar o întărire și o reconfirmare a acestui caracter. Acest aspect rezultă din formularea legiuitorului, care pentru a nu da nici o posibilitate de revenire asupra recunoașterii de filiație, a adăugat în textul de lege mențiunea „chiar dacă a fost făcută prin testament”, fapt ce vine să confirme încă o dată, de fapt, revocabilitatea testamentului – a se vedea D. Negrilă – op cit., pag. 37
- ⁴⁸ F. Terré, Y. Lequette –op cit., pag. 293
- ⁴⁹ Legislația spaniolă, de exemplu, definește în mod similar testamentul în cuprinsul art. 667 din Codul civil, ca fiind actul prin care o persoană dispune de bunurile sale, în tot sau în parte, pentru timpul când nu va mai fi în viață. În dreptul spaniol, însă, sunt reglementate două forme de testamente - testamentele comune și testamentele speciale. Testamentele comune sunt de trei tipuri - testamentul închis, testamentul deschis și testamentul olograf. Primele dintre ele presupun atât o formă ordinară cât și forme excepționale pentru cele întocmite în situații deosebite. Pe lângă testamentele comune există și testamentele speciale - testamentul maritim, testamentul militarilor și testamentul întocmit într-o țară străină.
- ⁵⁰ Dacă inițial competența de autentificare a aparținut judecătoriei, ca urmare a modificărilor legislative succesive, aceasta a trecut în competența de drept comun a notarilor publici. Competența de autentificare a notarilor este una generală și absolută pe teritoriul țării, astfel încât orice notar din țară este competent să autentifice un testament. Cu privire la procedura de autentificare, aceasta este reglementată de Legea 36/1995 a Notarilor Publici care se completează cu dispozițiile art.1044-1045 din Noul Cod Civil.
- ⁵¹ Fr. Deak – op cit, pag. 197
- ⁵² D. C. Florescu – op cit., pag 80
- ⁵³ F. Terré, Y. Lequette – op cit., pag. 292

- ⁵⁴ M. Ionescu – „Înscrisul autentic în reglementarea noilor coduri, civil și de procedură civilă”, în „Buletinul Notarilor Publici” nr. 5/2010, Ed. Notarom, București, 2010, pag. 4
- ⁵⁵ R. Petrescu – op cit, pag. 142
- ⁵⁶ M. Grimaldi – „Droit civil. Successions”, Ed. Litec. Paris, 2001, pag. 296; Fr. Deak – op cit – pag. 179; D. C. Florescu – op cit, pag. 77-78; pentru aspecte legate de conversiunea actului juridic a se vedea I. Reghini – „Conversiunea actului juridic – o posibilă consecință a nulității”, Rev. Jurisprudentia nr. 4/2009 sau C. Paziuc – „Probleme teoretice și practice privind conversiunea actului juridic civil”, în „Revista Română de Drept Privat” nr.4/2011
- ⁵⁷ S. Cercel, G. Dănișor, D.C. Dănișor, M. Istrătoaie, R. Nițoiu, M.M. Soreață, C. Stanciu – op cit, pag. 446-447
- ⁵⁸ D. Chirică – op cit., pag. 242-243 – opinia este exprimată în considerarea faptului că testamentul este un act care nu poate exista în afara legatului
- ⁵⁹ A se vedea art. 1037 din Noul Cod Civil
- ⁶⁰ Ph. Malaurie, L. Aynes – „Les successions. Les liberalités”, 4^{eme} edition, ed. Defrenois, 2010, pag. 252 (pentru opinia contrară a se vedea C. Hamangiu, I. Rosetti – Bălănescu, Al. Băicoianu – „Tratat de drept civil român”, vol. III, Ed. All Beck, București, 1999, pag. 510)
- ⁶¹ S. Ferre-Andre, St. Berre – „Successions et liberalités”, Ed. Dalloz, 2012, pag. 183
- ⁶² F. Terre, Y. Lequette –op cit., pag. 293
- ⁶³ M. B. Cantacuzino – „Elementele dreptului civil”, Ed. All Educational S.A, București, 1998, pag. 336
- ⁶⁴ Problema dovedirii testamentului în cazul pierderii sau distrugerii sale se poate pune doar în ipoteza testamentului olograf, doar acesta putând fi întocmit într-un singur exemplar
- ⁶⁵ L. Stănculescu – op cit, pag. 96
- ⁶⁶ În ipoteza în care nu poate fi prezentat un testament scris, notarul public nu are posibilitatea de a dezbate moștenirea, singura posibilitatea a celui care invocă un astfel de testament fiind aceea de a se adresa instanței de judecată
- ⁶⁷ I. Genoiu – „Formele testamentului în Noul Cod Civil”, în Revista „Dreptul” nr.12/2011, pag. 35
- ⁶⁸ Noțiunea de dispariție utilizată în cuprinsul art. 1037 din Noul Cod Civil trebuie înțeleasă atât ca pierdere materială a înscrisului constatator cu consecința încetării existenței sale, cât și ca distrugere sau degradare a acestuia în asemenea măsură încât, deși există în continuare, el nu mai poate face dovada conținutului său
- ⁶⁹ Cu privire la sarcina legatarului de a dovedi că testamentul a fost întocmit în forma cerută de lege, nu există un punct de vedere unitar, unii autori susținând că regularitatea testamentului se prezumă, astfel încât legatarul este scutit de sarcina probei
- ⁷⁰ Pierderea testamentului de către avocatul părții interesate nu reprezintă caz fortuit și nu se admite dovedirea acestuia cu o copie certificată conform cu originalul – a se vedea Cass. 1^{re} civ. , 12 nov. 2009, n° 08-17.791 et n° 08-18.898 disponibilă online pe adresa http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1115_12_14252.html la data de 26.09.2014
- ⁷¹ V. Pasca, C. Rosu – „Acte juridice mortis causa întocmite ori atestate de către avocat”, în Revista „Dreptul” nr.5/2001, pag. 82-87; în același sens, Trib. Suprem, sect. civ, dec. nr. 237/1978 în V. Terzea – op cit., pag. 947; Cass. Civ. 1^{re}, 12. Nov. 2009, 08-17791, Bull. Civ. I, Cass. Civ. 1^{re}, 13. Dec 2005, Bull. Civ. I în Ph. Malaurie, L. Aynes - „Les successions. Les libéralités”, op cit, pag. 253
- ⁷² B. Ionescu — „Considerații teoretice și practice asupra reconstituirii testamentului pierdut”, în „Revista Română de Drept Privat” nr. 4/2008, pag. 88
- ⁷³ C. Hamangiu, I. Rosetti- Bălănescu, Al. Băicoianu – op cit, pag. 510; Fr. Deak – op cit, pag. 176

⁷⁴ Prin excepție, există și sisteme de drept care autorizează testamentul verbal. În acest sens, dreptul austriac recunoaște testamentul verbal dacă este făcut în prezența a trei martori, care, în ipoteza contestării testamentului după deschiderea succesiunii, trebuie să-l confirme sub prestare de jurământ a se vedea art. 584 Codul Civil Austriac. Dacă declarațiile acestora sunt contradictorii, testamentul va fi invalidat - a se vedea D. Hayton – “European Succession Laws”, Ed. Jordans, Bristol, 2002, pag. 28. Acest tip de testament este admis și în legislația elvețiană, însă doar dacă anumite împrejurări excepționale, respectiv pericolul de moarte iminentă, de epidemie sau de război, îl împiedică pe testator să recurgă la altă formă de testament. Valabilitatea acestui tip de testament este condiționată de declararea ultimei manifestări de voință simultan în fața a doi martori pe care testatorul îi însărcinează cu redactarea ulterioară a testamentului în formă scrisă – a se vedea art. 506-508 Codul Civil Elvețian.

⁷⁵ Al. Bacaci, Gh. Comăniță - op cit., pag. 76

⁷⁶ Neconcordanțele dintre voința internă, reală, și cea exteriorizată nu contravin formării valabile a actului juridic. Cu toate acestea, voința declarată este singura care produce efecte, aceasta fiind opozabilă terților. Cu privire la ipoteza voință reală versus voință declarată, în doctrină s-au conturat două curente: unul care tinde să dea valență voinței reale în scopul asigurării siguranței circuitului civil, și unul care tinde să dea valență voinței declarate cu scopul de a asigura securitatea dinamică a raporturilor contractuale – a se vedea în acest sens Ghe. Beleiu - „Drept civil român”, Ed. Universul Juridic, București, 2004, pag. 148. Doctrina românească majoritară opinează în sensul că prin noile dispoziții legale, legiuitorul a adoptat concepția subiectivă privitoare la voință. Pentru opinia potrivit căreia Codul Civil îmbină cele două concepții, subiectivă și obiectivă, a se vedea I. Reghini, S. Diaconescu, P. Vasilescu – „Introducere în dreptul civil”, Ed. Hamangiu, București, 2013, pag. 485-486

⁷⁷ G. L. Nouel – „Testaments et donations”, Ed. Delmas, Paris, 1992, pag. 48

⁷⁸ M. Eliescu – „Curs de succesiuni”, op cit, pag. 189

⁷⁹ M. Albaladejo – op cit, pag. 348

LES FACTEURS QUI ONT FAVORISE LE DEVELOPPEMENT DES CONTRATS D.ADHESION

Olesea PLOTNIC*

Abstract: *Factors that influence the development of adhesion contracts. Among the consumer contracts, the contract of adhesion is one of the most frequently used example of the consumer contract. George Rippert mentioned "in some agreements the position of the parties is as it follows: one of the party should oblige himself to execute the clauses which were imposed or drafted by another party. These agreements were named as contract of adhesion".*

This category of contract, which was highly regarded in the doctrine only at the beginning of the XX-th century, has been esteemed as the main subject of many studies in doctrine. In addition, in our days, the existence of the contract of adhesion is not anymore debated. Some of the authors that researched this subject were J.Calais-Auloy, F.-Steinmets, they consider in general, that the contract of adhesion constitutes a reality of our society, despite the fact that this .exceptional. category was imposed by the necessities of the production and distribution of the products and services offered to the consumers.

The agreement of adhesion is a consequence of the sale phenomena in large proportions, as is defined in the Directive no. 93/CEE .representing the picture of a lack of the direct negotiation concerning contract provisions.

French doctrine upported the idea that the contract of adhesion represents the materialization of the economic power used excessively by the professionals. Nerveless, it has been established a presumption of the abuse regarding this type of contract, a presumption that could be rein versed by the proof that confirms the presence of the negotiations. For example, it was raised up the subject whether the contract of administration, might be considered - a contract of adhesion, due the fact that some of its clauses represents the object of a negotiation that had been carried over. The answer for this question might be found out in the regulations stipulated by the art. 3, par.(2), p. 2 of the Directive no.93/13/CEE regarding the abusive clauses in a consumer contract, which provides: "even though some aspects were assessment to a negotiation that had been carried over, it is not excluded the possibility of a pre-formulated standard contract, if this results from the evaluation of the content of its whole contract". The lack of the negotiations, in these cases, is based on the fact that the consumer does not have always all the real tools to hold a negotiation, which means that this type of contract should be considered to be subscribed to the domain of the contract of adhesion.

Keywords: *contract of adhesion, consumer, trader, unfair contractual clauses, good faith, loyalty, direct negotiation, imbalance*

Cuvintele cheie: *contract de adeziune, consumator, agent economic, clauză abuzivă, buna-credință, negocierea individuală, dezechilibru semnificativ.*

Les clauses abusives sont habituellement engendrées par les contrats d'adhésion. Mais, depuis une vingtaine d'années, il est un secteur dans lequel le problème est ressenti avec une particulière acuité: celui des contrats entre professionnels et consommateurs. Le mouvement consumériste a fait prendre conscience à l'opinion publique du caractère abusif de clauses que l'on rencontre dans les contrats de la vie courante : vents, assurances, crédit, construction, réparations, voyages, etc. Le professionnel, par exemple, introduit dans le contrat une clause à son avantage : qui supprime ou réduit sa responsabilité, ou une clause mentionnant que le délai de livraison n'est donné qu'à titre indicatif, ou encore une clause attribuant compétence au tribunal du siège du vendeur. On pourrait multiplier les exemples.

La complexité accrue des clauses dans un contrat de consommation, la volonté ou le besoin toujours des professionnels de faire abus de la puissance économique a entraîné une formidable inflation des clauses abusives. Ainsi, le développement de la pratique des contrats d'adhésion apporte des conséquences négatives pour le consommateur, caractérisées par un risque d'abus contractuel et qui ont pour but de favoriser un personnage privilégié.

Dans tous les Etats membres de la Communauté, que leur système juridique soit de type continental ou de *common law*, le droit des contrats pose le principe fondamental que les parties à la convention ont la liberté d'en discuter les modalités. Ces règles établies dans le cadre de codes élaborés durant le XIXe siècle ne correspondent plus aux réalités d'une société fortement marquée par une production, une distribution et une consommation de masse qui se concrétise à travers un large usage de contrats préétablis contenant des clauses types¹. Ces contrats types se répartissent en deux catégories : il y a, d'une part, les contrats d'adhésion pré-rédigés dans lesquels il suffit de compléter quelques clauses particulières concernant l'identité de l'acheteur ou de donner certaines précisions permettant de mieux définir les biens ou services faisant l'objet de la convention. On y trouve, d'autre part, les contrats écrits soumis aux conditions générales du fournisseur. Le contrat de transport qui donne habituellement lieu à la délivrance d'un ticket en est une bonne illustration. Ces conditions générales étant rédigées en l'absence du consommateur, celui-ci perd toute possibilité de négocier les règles qui constituent le fond de l'accord. Bien plus, souvent celui-ci conclut une convention sans en connaître les termes exacts : ou bien les conditions ne lui ont pas été remises au préalable, ou bien il ne les a pas demandées, ou il n'a pas été les consulter là où elles se trouvaient ; ou bien, si elles lui ont été remises, il n'en a pas compris la formulation juridique. Le principe de l'autonomie de la volonté, fondement du droit des contrats, est ainsi largement remis en cause.

Il apparaît donc opportun de faire une étude systématique du contrat d'adhésion. La doctrine avait reproché au contrat d'adhésion d'être une notion trop imprécise et de ne pas être susceptible de recevoir application d'un régime juridique différencié². Avant d'étudier ce régime nous verrons que la notion de contrat d'adhésion correspond à une réalité de la vie économique qui en détermine une relation avec les clauses abusive.

La détermination de la définition et les variétés du contrat d'adhésion et la protection spéciale dans les contrats d'adhésion accordée à un sujet privilégié, exige qu'on connaisse au préalable la genèse du contrat d'adhésion.

La théorie du contrat d'adhésion semble bien avoir été inspirée par le grand sentiment d'égalité qui, même bien avant la Révolution du 1789, a agi avec une si grande force

dans les institutions civiles. On a posé comme règle que le contrat est la discussion entre égaux. Pendant longtemps on s'est contenté de l'égalité théorique et abstraite, révélée par l'échange des consentements. Puis l'idée égalitaire s'est plus fortement réalisée et, sous l'égalité juridique, on a vu l'inégalité de fait. Le principe de l'égalité civile et politique n'a pas empêché la lutte des classes, car le principe de l'égalité contractuelle ne suffit pas à éviter les réclamations des volontés faibles.

Ce n'est pas parce que la volonté est faible qu'elle doit être protégée. On sacrifie à une pensée de basse démocratie quand on soutient les faibles à cause de leur faiblesse même³. Mais nous ne voulons pas non plus que dans un contrat le juge soit appelé à se prononcer toujours et nécessairement en faveur de celui qui a été le plus faible. D'abord que pourrait-il faire? Statuer pour dire quelles sont les clauses applicables et celles qui ne le sont pas, détruisant ainsi l'équilibre du contrat, troublant les relations économiques par un pouvoir arbitraire? Ce remède serait la pire des choses et les juges prudents n'ont jamais réclamé un tel droit⁴. En admettant même que ce pouvoir fut conféré au juge, à quel titre l'exercerait-il? L'inégalité des contractants ne saurait être par elle-même suspecte, parce que cette inégalité est fatale et qu'elle existe dans tous les contrats.

Ainsi, le contrat d'adhésion a d'abord été conçu comme le contrat où le faible se soumet au fort qui lui impose toutes ses volontés. Dans ce contexte la question de la liberté contractuelle paraissait essentielle, il s'agissait de développer une théorie juridique qui permette de protéger l'adhérent. Le contrat d'adhésion apparaissait donc comme une dégénérescence du contrat⁵.

Certes, dans un contrat, avec négligence ou avec intention, souvent une partie soumet l'autre partie qui pourrait discuter les conditions du contrat. Dans ce cas, il est certain que la loi « ne mesure pas au dynamomètre la force des volontés »⁶. Mais parfois la « capitulation du plus faible des contractants devant les exigences du plus fort »⁷ se fait sans possibilité de lutte, on a un « contrat sans combat »⁸. La volonté n'est plus seulement diminuée, il y a dans le domaine de la détermination du contenu contractuel absence de l'une des deux volontés, ainsi comme la différence quantitative se transforme finalement en une différence qualitative qui change la nature du contrat⁹.

Il faut reconnaître, qu'à l'origine de la soumission à une volonté unilatérale qui dicte le contenu contractuel c'est principalement la conséquence des transformations de la société qui ont donné à certaines la possibilité d'imposer leurs conditions, souvent illégales et abusives. Sans doute, qu'actuellement cette soumission est souvent rendue nécessaire pour une nouvelle évolution de la société qui a créé des structures de production et de distribution, des mécanismes juridiques.

D'une part, le défaut du contrat d'adhésion c'est la puissance économique excessive, qui crée chez certains le désir d'exploiter leur situation de force pour tirer des profits abusifs et imposer des conditions défavorables pour l'autre partie du contrat et qui a suscité la naissance du contrat d'adhésion. D'autre part, le concept du contrat d'adhésion permet d'élaborer un régime de protection de la partie faible, indispensable pour chaque société. Mais les nécessités de la gestion rationnelle de l'économie font que ce concept doit être maintenant étendu pour couvrir non seulement les cas d'abus de la puissance économique, mais aussi ceux de son utilisation légitime¹⁰.

Les contrats d'adhésion sont alors l'expression d'une manifestation abusive d'un pouvoir économique et les exceptions à la règle générale. En même temps les contrats d'adhésion sont alors souvent la concrétisation d'un phénomène inévitable et la traduction du pouvoir économique. A cette évolution du contrat d'adhésion ont concouru différents facteurs¹¹ : économiques (A), juridiques (B) et matériels (C).

A-Les facteurs économiques

Entre le seizième siècle et le dix-neuvième siècle le contrat était devenu l'instrument juridique souple permettant d'assurer la sécurité des échanges de biens et de services dans une économie de marché¹². C'était « la stabilisation objective de l'intention de contracter un lien juridique, la certitude du rapport de droit, ou l'on cherchait à assurer la protection du contractant contre une décision irréfléchie et l'obéissance à une justice très limitée, car difficilement évaluable »¹³. Le contrat nécessitait que les engagements pris soient respectés. Ainsi dans cette période là le contrat était relativement faible et restreint, de sorte que le droit commun régissait la majorité partie des engagements.

En 1804 les rédacteurs du code civil ont eu une conception « mystique du contrat »¹⁴. Ainsi l'art.1134 prévoit que « le Code civil abandonne au contrat toute les relations économiques »¹⁵. Cette conception est en harmonie avec les réalités économiques et sociales du début du XIXe siècle. A cette époque, les grands capitaux font défaut car l'industrie et le commerce se pratiquent dans un cadre artisanal ou familial, les clientèlees sont ramassées dans un étroit rayon, le producteur connaît personnellement les consommateurs auxquels il s'adresse : « un dialogue direct pouvait s'établir entre le producteur artisanal implanté sur le marché local et le consommateur... une multitude de petits marchés permettaient une adaptation constante de l'offre et de la demande »¹⁶.

Ainsi, c'est le capitalisme industriel qui a donné naissance au contrat d'adhésion en faussant les postulats économiques de la théorie libérale et individualiste qui avait fait du contrat « la source de droit par excellence »¹⁷. L'industrialisation suscite la formation des inégalités de puissance très accentuées¹⁸. L'individu est dépassé par la taille des unités et le mode de production, l'effort individuel est insuffisant pour entreprendre la production à grande échelle¹⁹. Le développement industriel s'accompagne donc d'un processus de concentration²⁰ en même temps que de standardisation²¹.

L'individu se trouve alors confronté à des entreprises qui l'écrasent²². La perte de son individualité dans les contrats qu'il passe²³, sa situation soumise, sont les caractères les plus saillants de cette transformation. Les abus de ce capitalisme « sauvage » ont été décrits en termes parfois très vifs. Le développement du capitalisme contraint l'individu à accepter des conditions même draconiennes²⁴. Des inégalités se révèlent chaque fois qu'il y a, entre l'offre et la demande d'un produit ou d'un service, une disparité telle que l'adaptation ne se fait pas normalement : il y a une situation de pénurie qui permet à l'offrant de dicter ses conditions²⁵.

Ces transformations économiques ont donc pour conséquence un déséquilibre de la force contractuelle²⁶, du « pouvoir de négociation »²⁷. Cette inégalité flagrante entre les contractants dénature le rôle du contrat. Au lieu d'être, comme dans la théorie libérale, le

moyen de concilier les intérêts divergents des parties²⁸ et de libérer les individus des contraintes inutiles²⁹, le contrat devient le moyen par lequel une partie dicte ses conditions et fait prévaloir ses intérêts égoïstes.

D'après George Berlioz le contrat doit reposer sur la présomption d'une parité des forces³⁰, car « c'est l'indétermination de ce qui est réellement force qui rend acceptable un régime contractuel »³¹. Lorsque cette indétermination, par suite du déséquilibre flagrant des situations, disparaît, « la partie dont la force contractuelle est la plus grande s'assure la plus forte fraction des profits globaux »³². La liberté contractuelle sert à asservir l'homme³³ et à créer un ordre privé économique³⁴. Par le biais, en particulier, le contrat d'adhésion sert à fonder ce que certains ont appelé un « nouvel ordre féodal »³⁵.

L'expansion du capitalisme³⁶, le passage du capitalisme individualiste au capitalisme associationniste³⁷, font que le contrat d'adhésion, d'instrument d'oppression, devient le lien entre l'entreprise moderne et son client. L'apparition du capitalisme industriel avait supprimé le débat en désarmant l'adhérent dans la lutte d'intérêts, l'expansion du capitalisme rend cette lutte impossible, on a le « contrat sans combat »³⁸. Les raisons sont multiples. Le contrat devient « standardisé »³⁹ et l'on assiste à « l'éclatement »⁴⁰ du contrat lorsque l'on passe des relations individuelles aux phénomènes de masse et de groupe. La doctrine anglo-américaine utilise souvent le terme du « contrat standardisé » au lieu de « contrat d'adhésion ». Si cette expression semble avoir une valeur descriptive qui est souvent utile, le « contrat standardisé » ne paraît pas plus une notion juridique autonome que le « contrat type ».

Avec le développement de l'industrialisation, où la standardisation apparaît comme le moyen de diminuer le gaspillage et d'augmenter l'efficacité dans la production et la distribution⁴¹, la dépersonnalisation du contrat s'accompagne d'une uniformisation⁴². Comme « la production de masse devient la production pour les masses »⁴³, l'uniformité des objets produits, la similitude, des besoins, tels qu'ils sont ressentis ou tels qu'ils sont créés par les « mass média », font disparaître la nécessité du contrat comme mode d'individualisation et imposent, au contraire, celle du contrat d'adhésion connue mode d'uniformisation⁴⁴. Ainsi, le contrat autorisait l'adaptation à des situations différenciées, il permet maintenant d'imposer des régies uniformes.

Ainsi le marchandage individuel recule devant les prix plus ou moins uniformes résultant d'un équilibre entre l'offre et la demande qui se fait à l'échelle de masse⁴⁵. L'offre se fait par la publicité sur les « mass média »⁴⁶, la demande s'exprime par le biais du « mass-marketing » et des sondages représentatifs des couches de la population. L'individualité des parties qui donnait sa coloration à l'ancien contrat disparaît et les clauses deviennent « stéréotypées »⁴⁷.

La prérédaction du contenu contractuel, rendue possible par la standardisation du contrat, est imposée par l'accélération et la multiplication des échanges. La préparation de milliers de contrats individualisés pour des opérations similaires serait économiquement impossible⁴⁸. Les conditions stéréotypées sont rédigées par une équipe spécialisée qui établit un texte destiné à prévoir toutes les éventualités. Ces conditions sont ensuite utilisées dans toutes les relations contractuelles concernant les mêmes produits ou services, quel que soit le co-contractant. Elles peuvent être soit reproduites ou incorporées par référence dans des

formules de contrat tirées en de multiples exemplaires, soit affichées dans les lieux de conclusion du contrat⁴⁹. La conclusion des contrats peut alors être confiée à des agents subalternes auxquels on n'accorde aucun pouvoir de décision, qui ne disposent d'aucune marge de négociation des termes contractuels⁵⁰. Ceux-ci étant fixés à l'avance, l'argument de l'agent « cherche seulement à obtenir la signature sur le formulaire », il ne reste plus au client qu'à adhérer en signant sur le pointillé⁵¹.

Les limitations abusives des engagements pris contractuellement qui ont caractérisé la première utilisation des contrats d'adhésion, et qui n'ont pas disparu, ne doivent pas faire oublier qu'un choix et une limitation raisonnable des engagements permettent de faire du contrat d'adhésion un mode de calcul, de prévision et de délimitation des risques indispensable à une gestion rationnelle et à une détermination objective des prix. L'uniformité des clauses des contrats qui reviennent fréquemment dans la vie des entreprises est en effet un élément nécessaire au calcul des coûts⁵².

Ainsi les facteurs économiques, après avoir fait des contrats d'adhésion, un instrument de contrainte, ont rendu nécessaire l'utilisation du contrat d'adhésion. Le développement du capitalisme industriel donnait à certains le pouvoir de refuser la négociation et d'imposer leurs conditions. L'expansion industrielle, en accélérant et en intensifiant les échanges ainsi qu'en changeant d'échelle les mécanismes d'adaptation, supprime la négociation individuelle : les techniques de conclusion des contrats uniformes et sans débat sont économiquement indispensables sous peine de faire de cette conclusion un processus extrêmement coûteux, lent et complètement inadapté au volume et à la rapidité des opérations commerciales. A notre avis l'adhésion à un contrat standardisé et pré-rédigé, soumis par un intermédiaire, sans pouvoir de négociation, est nécessaire dans un état, car le contrat d'adhésion en tant que mode de conclusion est imposé par les facteurs économiques.

Des phases comparables se retrouvent dans le cadre juridique. Le contrat a d'abord permis de combattre les efforts de protection sociale suscités par les transformations de la société en utilisant le libéralisme qui continuait à régner dans le domaine contractuel. Puis le contrat d'adhésion est devenu l'instrument de délimitation des engagements contractés nécessaire à la gestion de l'entreprise.

B- Les facteurs juridiques

Le contrat classique imposait une rigidité d'exécution dont l'industrie naissante, soumise à des aléas divers, ne voulait pas s'accommoder pour elle-même. Il y avait donc une tentation d'exclure toutes les difficultés imprévisibles d'exécution, telles que les grèves, le feu et les difficultés de transport, dont la doctrine classique des contrats ne faisait pas forcément des cas de force majeure. En outre il était tentant d'exclure toute responsabilité pour exécution tardive⁵³.

Le déclin du libéralisme, par une évolution souvent décrite, se traduit par l'apparition d'entorses à la liberté contractuelle : interdiction d'une clause donnée, inclusion obligatoire de certaines clauses ou imposition de certains effets aux contrats, agrément administratif auquel est subordonnée l'efficacité du contrat, obligation de contracter⁵⁴. Mais le libéralisme dans le

domaine contractuel gardait cependant une grande vitalité auprès de la jurisprudence. Les tribunaux, en cherchant à perpétuer le mythe de l'autonomie de la volonté, donnent la possibilité de combattre les efforts législatifs de protection sociale⁵⁵. Rares sont les juges qui réalisent que l'appel à la liberté contractuelle est « la mascarade des privilèges cherchant à se retrancher derrière le slogan d'un principe »⁵⁶.

L'auteur Magdi-Sobhy Khalil écrivait qu. « au contrat dirigé, fruit de l'interventionnisme législatif, répond le contrat d'adhésion, enfant du libéralisme judiciaire »⁵⁷. Par exemple les garanties dont le législateur proclame qu'elles sont implicites dans la vente sont exclues par des clauses dites de « garantie » qui ne sont que des clauses d'exonération déguisées⁵⁸.

Les assurances sont les premières à avoir dans leurs contrats choisi et limité les risques qu'elles prenaient⁵⁹. L'exemple fut rapidement suivi. Le contrat, soumis à l'adhésion d'un contractant qui ne peut négocier les termes et qui souvent ne peut se passer du bien ou du service offert ou qui dépend de la partie forte, devient l'instrument de calcul et de limitation des risques⁶⁰. Les entreprises, aussi bien publiques que privées, aperçoivent l'utilité du contrat d'adhésion comme moyen efficace d'établir les conditions de leur activité, et de créer un « droit autonome de l'économie »⁶¹.

D'autre part, en raison de la spécialisation des rôles économiques⁶² et de la mutation rapide de la société, les usagers jugent parfois que certains articles du Code civil ou du Code de commerce applicables à leurs contrats ne sont pas assez détaillés pour répondre aux besoins de leur commerce ou sont vieilliss. C'est ainsi qu'en matière d'affrètement les dispositions de notre code, comme celles des lois étrangères, sont souvent écartées par les parties qui leur substituent des stipulations qui correspondent mieux à leurs besoins⁶³. René Rodière écrit dans le « Traité général de droit maritime » que les contractants utilisent des contrats types qui sont connus et utilisés dans tout le monde maritime, ou des chartes types plus spéciales, chartes existant en quelques séries dont le dénombrement est possible et la connaissance indispensable pour traiter de l'affrètement⁶⁴. Les droits spécialisés et adaptables se créent ainsi⁶⁵.

On assiste aussi à « l'internationalisation du contrat »⁶⁶. A cause « de l'incertitude qui pèse parfois sur les contrats de caractère international en raison des complexités du droit international privé, d'une part, et des difficultés rencontrées pour obtenir des renseignements sûrs au sujet d'un système, juridique étranger, d'autre part »⁶⁷, des normes originales du commerce international se forment. Ces normes se forment par l'adhésion à des règles abstraites et générales⁶⁸ incorporées dans des contrats types et interprétées en fonction de règles standardisées d'interprétation⁶⁹.

Si les insuffisances du droit exigent le recours au contrat d'adhésion devenu une source d'engagements uniformes, de règles spécialisées et adaptables ainsi que dénationalisées, ses transformations concourent également au développement du contrat d'adhésion.

En effet si les transformations de l'économie ont créé des contrats dont le caractère d'adhésion résulte du déséquilibre des forces en présence ou de la nature des échanges, les moyens et les théories juridiques qui se sont développés dans ce contexte créent des contrats d'adhésion non par la nature des parties ou de l'objet du contrat, mais par la nature du contrat lui-même.

Enfin, nous soutenons que la collectivisation et la standardisation de la vie moderne font que le contrat d'adhésion devient le mode de réglementation et d'organisation de cette vie sociale. De même l'individu doit de plus en plus s'adapter au groupement qui lui impose d'adhérer à ses règles, même pour ses loisirs, ses vacances ou ses distractions nocturnes, car toutes ces activités deviennent de plus en plus l'apanage des clubs⁷⁰.

Ces transformations engendrent elles-mêmes un changement de mentalité qui incite l'individu à rechercher le contrat d'adhésion. L'homme moderne à peur de son individualité, il ne se sent bien qu'en groupe, c'est la tendance volontaire à l'univers concentrationnaire. Il recherche la sécurité dans l'impersonnalité, il pense que l'uniformité des conditions, en évitant la discrimination, lui assurera des conditions plus équitables.

C - Les facteurs matériels

Les facteurs matériels de présentation du document contractuel contribuent à faire du contrat un contrat d'adhésion. Le document contractuel est généralement imprimé à l'avance et la partie plus faible n'a pas l'opportunité de le modifier. L'impression permet d'inclure une telle quantité de clauses que, dans les conditions normales de conclusion des opérations du commerce en raison de la rapidité des échanges, il est matériellement impossible à l'adhérent même de lire les clauses des documents qui lui sont remis, a fortiori de les comprendre et de les discuter⁷¹. Dans ces conditions, le consommateur n'a pas assuré son droit à l'information, ainsi que nous soutenons que le contenu du contrat doit être plus bref et clair pour les deux parties du contrat et la partie forte ne doit pas profiter de la faiblesse de l'autre partie.

D'autre part il faut réaliser la force d'inertie que représente le fait que les conditions préétablies soient imprimées. Le caractère définitif des clauses imprimées a pour conséquence que les parties n'y prêtent souvent pas attention et se résignent de toute façon, les considérant comme inéluctables, ignorant généralement que par des clauses manuscrites ou dactylographiées elles pourraient y déroger.

De même la gestion automatisée par moyens mécaniques ou électroniques exige que toutes les conditions accordées puissent être classées en catégories. C'est la tendance générale à la normalisation qui exige que toutes les formules soient standardisées⁷².

Enfin les méthodes modernes de vente, dépersonnalisées et automatisées, excluent toute possibilité de discussion. L'individu contracte sans pouvoir dialoguer, que la vente se fasse en libre service ou par distribution automatique. L'adhérent contracte de plus en plus souvent avec une machine : le voyageur qui prend son billet en déposant une pièce de monnaie dans un distributeur automatique n'est pas à même de discuter les modalités de son transport avec la machine, pas plus que l'assuré qui obtient sa police d'assurance d'une machine avant de prendre l'avion. L'impossibilité de ramener ces opérations aux contrats classiques a été reconnue depuis longtemps⁷³.

Ainsi, on voit que tous les facteurs concourent à faire du contrat d'adhésion, le contrat de la vie courante et de la vie des affaires. Le déséquilibre entre les parties et la standardisation de l'objet, la nature du contrat et la forme même du document contractuel, tendent à rendre l'adhésion inévitable. Nous verrons maintenant comment l'on peut définir le contrat d'adhésion et sous quelles formes il se présente.

Il a été soutenu dans la doctrine que le contrat d'adhésion, ne reposant pas sur la libre volonté des deux parties, relevait en réalité de l'institution et présentait en conséquence une nature réglementaire justifiant l'application de règles spécifiques protectrices de l'adhérent⁷⁴. En ce qui concerne le régime juridique c'est important premièrement de donner la définition et les variétés du contrat d'adhésion.

Cette catégorie de contrats, mise en lumière par la doctrine du début du XXe siècle⁷⁵, a fait depuis lors l'objet de nombreuses études⁷⁶. Son existence n'est plus aujourd'hui contestée, les auteurs s'accordant en général pour constater que les contrats d'adhésion constituent une "réalité sociale"⁷⁷ et même que cette catégorie d'exception, imposée par les nécessités de la production et de la distribution de masse⁷⁸, est à l'heure actuelle statistiquement majoritaire⁷⁹. Doctrine et jurisprudence manifestent en revanche une extrême réserve s'agissant des conséquences qu'il conviendrait de tirer de ces constatations.

Plusieurs définitions ont été données par la doctrine. D'une part, les auteurs soutiennent qu'un contrat d'adhésion est un contrat dont le contenu contractuel a été fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale avant la période contractuelle⁸⁰.

D'autres auteurs exposent que le contrat d'adhésion est celui dont le contenu est préétabli et imposé par la partie la plus puissante économiquement, le cocontractant n'ayant d'autre choix que d'adhérer à ces stipulations ou de renoncer à contracter – ce qui, du reste, lui est souvent impossible, certains contrats étant en fait nécessaires⁸¹.

En plus, certains⁸² ont proposé de le nommer «contrat par adhésion», car l'expression aurait l'avantage de pouvoir faire opposition à ce que nous appellerions le contrat par négociation. Selon le droit français on peut définir les contrats d'adhésion comme ceux « rédigés unilatéralement par l'une des parties et auxquels l'autre adhère sans possibilité réelle de les modifier »⁸³. Conformément l'art. 1379 du Code civil du Québec « Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées. Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré »⁸⁴. Dans le système de droit moldave sous la notion de contrat d'adhésion on comprend « un accord de volonté réalisé entre deux ou plusieurs personnes dans lequel on établit, modifie ou on étend le rapport juridique »⁸⁵.

Par opposition, le contrat de gré à gré le contrat d'adhésion se définit comme celui qui est librement négocié entre deux parties d'égale puissance économique. Il s'agit de la catégorie de droit commun, celle qu'implique l'autonomie de la volonté et qu'avaient dans l'esprit les rédacteurs du Code civil⁸⁶. Ce qui est donc essentiel dans le contrat d'adhésion c'est l'absence de débat préalable⁸⁷, la détermination unilatérale du contenu contractuel, qu'elle soit le fait de l'une des parties ou d'un tiers. Cette volonté unilatérale fixe l'économie du contrat où l'un de ses éléments, la volonté de l'adhérent n'intervient que pour donner une efficacité juridique à cette volonté unilatérale⁸⁸.

Ainsi, la prédétermination du contenu correspond à une situation où le stipulant détermine lui-même le contenu du contrat, les modalités d'exécution et les risques qu'il assume en vue d'une application multiple. Même si l'adhérent obtient des aménagements à ces modalités il n'en demeure pas moins qu'il est dans une situation particulière de dépendance vis-à-vis du stipulant.

L'infériorité de l'adhérent est due tout d'abord à l'infériorité de prévision quant au contrat, car pour l'adhérent il s'agit d'une opération isolée, à laquelle il n'a pas spécialement réfléchi, et où il recherche une prestation. La prédétermination du contenu contractuel se traduit aussi bien par l'absence de participation à la rédaction que par sa conséquence logique, le rôle passif de l'adhérent dans l'exécution du contrat, l'adhérent se fiant par la force des choses au stipulant.

Nous avons indiqué que, dans les contrats d'adhésion une volonté extérieure à l'une des parties fixe à l'avance et de façon abstraite le contenu contractuel. Cette volonté peut se former et s'exprimer de différentes manières. Ainsi elle peut se former elle-même unilatéralement. C'est le cas des conditions générales, des règlements intérieurs, des clauses contenues sur les documents divers qui forment le document contractuel ou accompagnent la transaction **(a)**. Elle peut se former par le concours de volontés diverses. C'est le cas des contrats type, dont le contenu contractuel est élaboré, collectivement et ensuite soumis à l'adhésion **(b)**. Elle peut n'être que partielle, se réduire à un code d'interprétation, c'est le cas des termes normalisés **(c)**. Nous étudierons donc successivement ces différentes formes d'expression, ces diverses sources de contrats d'adhésion.

(a) Les conditions générales.

Les conditions générales se présentent sous la forme d'une liste de clauses qui sont annexées au contrat ou qui y sont incorporées par référence. Ces conditions générales sont établies par l'une des parties (si elles sont établies par un organisme extérieur, par exemple un organisme professionnel, elles se confondent avec les contrats types). Elles s'apparentent au règlement intérieur à la différence que celui-ci est généralement affiché, et que le terme de conditions générales est souvent réservé au contrat de vente, où elles sont particulièrement fréquentes⁸⁹. Dans la vente, en raison de la fréquence d'opérations commerciales similaires et de la rapidité de ces transactions, le document contractuel prend généralement la forme d'un bon de commande. Celui-ci est simplement signé par l'acheteur : il indique les caractéristiques générales du contrat de vente, l'objet vendu, les modalités du règlement et le délai de livraison. D'autre part il rappelle les conditions générales de l'opération qui ne sont pas débattues, mais simplement soumises à l'adhésion du client. Leur aspect imprimé et objectif empêche toute discussion, même en l'absence d'une disparité de puissance.

Pour le particulier ces conditions générales deviennent omniprésentes. Chaque fois qu'un individu prend le car ou le train, porte ses vêtements chez le teinturier, laisse ses bagages à la consigne, fait une opération bancaire, il se voit imposer ces conditions générales. Chaque opération commerciale s'accompagne maintenant de la remise d'un bulletin, bordereau, ticket, et sur tous ces documents sont inscrites les conditions suivant lesquelles le stipulant entend traiter. L'adhérent n'a matériellement le temps ni de les lire, ni de les discuter.

Cette extension de l'usage des conditions générales imposées à l'adhésion du client infirme l'affirmation de ceux qui ont dit « que la volonté du stipulant dans les contrats d'adhésion ne s'imposait pas à l'adhérent parce qu'elle n'avait pas la même force dynamique que la loi »⁹⁰.

(b) Les contrats types

Les contrats types sont une deuxième source de contrats d'adhésion⁹¹. Si le terme de « contrat type » est d'origine, assez récente, c'est en raison non de la nouveauté de l'emploi de formules types, mais de la modification de leur utilisation. Depuis l'antiquité les hommes de loi ont coutume de se référer à des formules pour rédiger la plupart des actes de leur ministère. Les traités formulaires sont d'usage courant depuis des siècles, surtout dans les pays de « common law » où chaque terme doit être soupesé⁹². Cette habitude offre l'avantage d'éviter les aléas d'une improvisation, mettant au service des contractants une expérience acquise par une longue pratique.

Mais cet emploi de formules types servait alors à l'élaboration d'un contrat qui restait individualisé. La confection sur mesure n'exclut pas l'utilisation d'un patron, elle exige simplement son adaptation individuelle. Certes parfois leur utilisation automatique conduisait à surcharger le contrat de clauses qui ne répondaient pas aux besoins de ces conventions, c'étaient les clauses dites « de style »⁹³, ce que les Anglais appellent de façon imagée les « boiler plate clauses »⁹⁴. Ces déviations toutefois ne donnaient pas naissance à une catégorie spéciale de contrats. Tant que le « contrat-type » reste une « formule type de contrat » il ne constitue pas un contrat au sens de l'article 1101 du Code civil, mais un modèle pour de futurs contrats. L'intérêt du concept est alors assez faible, la formule type de contrat ne constitue pas plus une notion juridique que le traité formulaire, le guide pratique de rédaction des contrats ou le fichier personnel d'actes préalablement rédigés du praticien expérimenté.

L'intérêt du contrat type apparaît lorsqu'il est la source de contrats d'adhésion. On a comparé le contrat type au droit écrit, le droit coutumier étant représenté par les usages professionnels : « A un certain moment, on fixe, dans un contrat qui est toujours suivi, le droit qui sera applicable »⁹⁵. Les analyses des « contrats types facultatifs »⁹⁶ montrent que ces contrats sont en effet toujours suivis⁹⁷.

Il est évident en effet que, pour que les règles générales et abstraites contenues dans les contrats types puissent servir de normes, elles doivent recevoir l'adhésion des utilisateurs et ne pas subir de dérogation, sous peine de perdre l'effectivité qui caractérise les normes. C'est seulement ainsi que les groupements professionnels acquièrent le pouvoir réglementaire qu'ils ne possèdent pas en théorie.

La volonté de « normalisation » qui caractérise le contrat-type n'est réalisée que par l'adhésion sans déviation des termes. Ces « contrats types » sont d'ailleurs souvent des contrats d'adhésion à un autre titre : ils sont en effet souvent déséquilibrés en faveur de l'une des parties et leur utilisation traduit la position dominante de cette partie⁹⁸. Dans les relations internationales⁹⁹ comme dans les relations internes¹⁰⁰ cette utilisation des rapports de puissance pour obtenir une rédaction des contrats type avantageant la plus forte des deux parties et pour imposer leur utilisation n'est pas sans créer une suspicion à l'égard de ces contrats type. D'autre part ceux-ci résultent souvent d'une entente pour fixer des clauses contractuelles communes, le contrat-type est alors valable pour un secteur d'activité. Dans le cas de l'entente industrielle ou commerciale l'uniformisation des conditions générales par l'adoption d'un contrat type constitue une des armes classiques tendant à résorber les effets jugés néfastes de la concurrence¹⁰¹.

(c) Les termes normalisés

Les termes normalisés fournissent des règles d'interprétation complétant le cadre juridique offert par les contrats types. Les plus connus sont les Incoterms de la Chambre de Commerce Internationale¹⁰². Les Incoterms 1953 sont une série de règles internationales pour l'interprétation de neuf termes d'utilisation particulièrement fréquente dans les contrats commerciaux. Ces règles deviennent applicables par l'indication dans le contrat type, que l'interprétation se fera en fonction des « Incoterms 1953 »¹⁰³. Leur but est « de fournir un ensemble de règles internationales pour l'interprétation des termes principaux utilisés dans les contrats du commerce international, pour l'usage facultatif des hommes d'affaires qui préfèrent la certitude de règles internationales aux incertitudes des interprétations diverses des mêmes termes dans différents pays »¹⁰⁴. Leur utilisation doit, d'après la Chambre de Commerce Internationale, réduire les difficultés qui handicapent le commerce et qui sont dues « à l'incertitude quant à la loi nationale applicable aux contrats, le manque d'information et les difficultés résultant de la diversité d'interprétation ». Ce code d'interprétation constitue donc bien, lorsque les parties décident d'en adopter les dispositions, une prédétermination du contenu contractuel¹⁰⁵.

Tous les contrats, nommés ou innommés, peuvent se présenter sous la forme de contrat d'adhésion. On peut en dresser la liste¹⁰⁶, d'ailleurs non limitative, suivante :

toutes les formes d'assurance sont en général des contrats d'adhésion. L'assuré souscrit à une police prérédigée par la compagnie, sans possibilité de discuter les clauses. Le courtier explique les risques couverts, le montant de l'indemnité et des primes, l'adhérent ne reçoit la police contenant la stipulation qu'après s'être engagé. Dans la majorité des cas il ne lit les conditions multiples du contrat qu'en cas de sinistre. Certes il a le choix entre diverses polices, entre différentes options, mais toutes sont standards et sont prédéterminées.

– toutes les variétés de contrat de transport, par terre, par eau ou par air. Il n'y a aucune possibilité de discussion des clauses figurant sur le billet qui est délivré ou dans les polices des transports qui sont affichées, contenues dans des imprimés ou consultable sur internet.

– les variétés diverses de contrat de service offertes aux consommateurs. Ainsi l'automobiliste qui va garer sa voiture au parking, la ménagère qui confie son linge au blanchisseur se voient délivrer des reçus portant des clauses qui ne sont soumises à aucune discussion.

– la plupart des baux peuvent être considérés comme des contrats d'adhésion. Le contrat peut être une formule type préparée par un agent immobilier ou par une simple imprimerie, de toute façon le locataire doit adhérer aux conditions imprimées s'il veut occuper les locaux. Même si le contrat type a été préparé par une imprimerie les conditions sont beaucoup plus onéreuses que le droit commun : ce sont les bailleurs qui achètent ces formules.

– les contrats de vente¹⁰⁷, en particulier ceux qui comportent une forme de crédit quelconque. Les sociétés de financement dictent des formules de plus en plus rigoureuses, non seulement au consommateur, mais aussi au petit commerçant qui doit acheter des biens à crédit.

– les contrats bancaires¹⁰⁸ sont établis sur des formules préétablies par la banque, à des conditions que celle-ci, sauf dans le cas d'opérations extrêmement importantes, n'accepte pas de discuter.

– citons enfin les contrats de fourniture, d'abonnements, les contrats d'édition ou de production de disques, qui sont régis par des contrats types, les contrats avec les maisons d'éducation, avec les hôtels, agences de voyage, les contrats du public avec les cinémas, les théâtres, la liste couvre rapidement la plupart des contrats de la vie courante.

En conclusion, on peut affirmer que comme un instrument économique, expression d'un pouvoir de contrainte ou d'un pouvoir normatif, le contrat d'adhésion se caractérise non seulement par la manière dont il se forme, mais aussi par son effet, en droit interne comme en droit international privé. Le plan traditionnel d'analyse des contrats doit cependant être adapté, car il suppose la fusion de deux volontés. Celles-ci, qui se sont exprimées par l'offre et l'acceptation, et qui se sont mutuellement influencées pendant la négociation, s'intègrent pour former un contrat dont on peut étudier la formation et les effets.

* *Lector superior, doctor în drept francez, Universitatea de Stat din Moldova (Chişinău, Republica Moldova); plotnicolesea@gmail.com.*

¹ TROCHU M., Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive n°93-13-CEE du Conseil du 5 avril 1993), Recueil Dalloz 1993 p. 315.

² BOULANGER F., Enc. Dalloz, Contrat et Convention n°5.

³ RIPERT G., Le régime démocratique et le droit civil moderne, 2eme édition, 1948.

⁴ RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, 4eme édition, LGDJ 1949, p.101.

⁵ RIEG A., Contrat type et contrat d'adhésion, in Etudes de Droit Contemporaine, 1970, t.XXXIII, p.116.

⁶ RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, 1949, n°57.

⁷ MARTY G. et RAYNAUD P., Droit civil, t.II, 1^{er} vol., Paris 1962, n°116.

⁸ PERROUX F., L'économie du XXe siècle, Paris, 1961, n°137.

⁹ BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, L.G.D.J., 1973, n°11.

¹⁰ BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, L.G.D.J., 1973, n°12.

¹¹ BERLIOZ G., op.cit., n°13.

¹² PERROUX F., Le capitalisme, Paris, 1962, p.27.

¹³ GORLA G., Il contracto, Milan, 1964, p.199.

¹⁴ GOUNOT E., L'autonomie de la volonté, Dijon, 1912.

¹⁵ RIPER G., L'ordre économique et la liberté contractuelle, in Mélanges Gény, t.II, p.347.

¹⁶ LAVERNHE R., Le rôle économique et la publicité, Annales de la Faculté de Droit et de Sciences Economique de Toulouse, t.XVII, 1969, p.151.

¹⁷ BATTIFOL H., La crise du contrat, in Sur les notions du contrat, Archives de philosophie du Droit, t. XIII (1969), p.12.

¹⁸ LAJUGIE J., Les systèmes économiques, 1969, p.50 et s., SAVATIER, Les métamorphoses économiques et sociales du droit prive d'aujourd'hui, 2^e série, Paris, 1959, n 26, 41 et 58, MORIN, La loi et le contrat, in La décadence de leur souveraineté, 1927, p.57 et 58.

¹⁹ FRIEDMAN L., Law in a changing society, Londres, 195.

²⁰ MARCHAI J., Cours d'économie politique, Paris, 1950, p. 104.

- ²¹ LHOMME J., Pouvoir et société économique, Paris, 1996, ch.IV.
- ²² LAJUGIE J., op.cit. p.51.
- ²³ WALINE J., L'individualisation et le droit, 1946.
- ²⁴ MARCHAL J., op.cit.
- ²⁵ GAUDEMET E., Théorie générale des obligations, 1937, p.52.
- ²⁶ BARRE R., dans Economie Politique, t. I., p.492 distingue dans la force contractuelle les facteurs techniques, financiers et psychologiques.
- ²⁷ MARCHAL J., Cours d'économie politique, loc.cit.
- ²⁸ PERROUX F., L'économie du XXe Siècle, Paris, 1961, p.137.
- ²⁹ BENTHAM R., Trust against Ashurst, 1823, p.8.
- ³⁰ BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, Paris, L.G.D.J., 1973.
- ³¹ PANTALEONI E., Tentativo di analisi des concreto di forte et debole in economica, Erotemi di economia, 1925, p.358, LHOMME J., op.cit. p.38 et s.
- ³² BARRE R., op.cit., t. I, p.492.
- ³³ DICEY A-V., Law and Public Opinion in England, 2nd ed. 1914, p.152.
- ³⁴ FARJAT G., Droit économique, PUF, 1982., p.44, MARCHAL J., op.cit. p.771.
- ³⁵ KESSLER F., Contrats of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract, 1943, 43 Col.L. Rev. 629, 640, BEAULIEU L., L'Economiste Français, 3 juillet 1881, cite par G. RIPERT dans Les aspects juridiques du capitalisme, p.87.
- ³⁶ PERROUX F., Le Capitalisme, Paris, 1962, p.42 et s.
- ³⁷ MARCHAL A., Système et structures économique, 3^e éd, 1963, p.47 et s., et 470 et s.
- ³⁸ PERROUX F., L'économie du XXe Siècle, Paris, 1961, p.137.
- ³⁹ ISAACS N., The standardizing of contracts, 27 Yale L.J.34, 1917 ; KESSLER F., Contracts of Adhesion, loc.cit. Friedman, Kaw in a Changing Society, Londre, 1959, p.102.; SALES H-B., Standard form contracts, 1953, 16 Mod. L. R. 318.
- ⁴⁰ SAVATIER R., Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui, 1^{re} siècle, 1964, p.115 .
- ⁴¹ KIRCH B., Trade Associations in Law and Buisness 144, 1938.
- ⁴² RIPER G.et ROBLOT R., Droit Commercial, 5^e ed., 1964, p.122, n 2417.
- ⁴³ PERROUX F., L'économie du XXe Siècle, Paris, 1961, p.86, GALBRAITH, The New Industrial State, 1967, p.23-26.
- ⁴⁴ JULIOT de la MORANDIERE L., Droit civil, t.II, p.167.
- ⁴⁵ PERROUX F. op.cit., p.138 ; LAVERNHE R., Le rôle économique de la publicité, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse, t.XVII, 1969, p.152 : « publicitatea este o parte esențială a economiei ca un accelerator de vânzare și un nou instrument al dialogului dintre producători și consumatori ».
- ⁴⁶ LAVERNHE F., op.cit., p.150 : « la publicité est un rouage essentiel de l'économie en tant qu'accélérateur de la vente et instrument nouveau de dialogue entre producteurs et consommateurs ».
- ⁴⁷ BATIFFOL H., Archives de Philosophie du Droit, t. XIII, 1969, La crise du contrat, p.15 ; BERLIOZ G., op.cit. p.19.
- ⁴⁸ COHEN M., Law and Social Order, Londres, 1967, p.106 ; FRIEDEMANN W., Law in Changing Society, Londres, 1959, p.102.
- ⁴⁹ BERLIOZ G, op.cit. p.19.
- ⁵⁰ WILSON N., Contracts of Adhesion and the Freedom of Contract, Int et Comp. L. Q. 14:172, 1965; PATTERSON, The interpretation and Construction of Contracts, 64 Col. L. Rev., 833, 857, 1964.

- ⁵¹ BRENNAN J., in *National Equipment Rental, Ltd. Szhukhent*, 37 U.S. 311, 1964, p.334.
- ⁵² Les contrats types sont d'ailleurs réputés comme étant fiscalement avantageux, cf MEISNER G., L'influence du droit fiscal sur la rédaction des contrats en R.F.A., *Gaz. Pal.* 29 déc. 1971, p.2.
- ⁵³ BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, L.G.D.J., 1973 p.20.
- ⁵⁴ DURAND P., *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, R.T.D.C., 1944, p.73.
- ⁵⁵ MALAURIE P., *L'ordre public et le contrat. Etudes de droit civil comparé*, Paris, 1951, CARBONNIER J., op.cit. p.115.
- ⁵⁶ FRANKFURTER F., citant CARDOZO in *Mr. Justice Cardozo and Public Law*, 52, *Harv. L. Rev.* 440 et 462, 1938-1939.
- ⁵⁷ KHALIL M. S., *Le dirigisme économique dans les contrats*, Paris, 1969, p.3.
- ⁵⁸ SALES H.B., *Standard Contracts M.L.R.*, 1953, p.333.
- ⁵⁹ KESSLER F., *Contrats of Adhesion*, op.cit., p.629. L'apparition des modèles de police d'assurance date des XVIe et XVIIe siècles. La police d'assurance maritime d'Anvers date de 1853.
- ⁶⁰ LEBRATY J., *Profit, décision, incertitude*, Paris, 1967.
- ⁶¹ FARJAT G., *Droit économique*, 1971, p.284.
- ⁶² RIPERT G., *Les limites à la liberté contractuelle*, op.cit., p.44.
- ⁶³ RODIERE R., *Traité général de droit maritime, t. I, Affrètements*, 1967, p.79.
- ⁶⁴ RODIERE R., loc.cit.
- ⁶⁵ Cette codification privée présente parfois elle-même des caractères similaires de rigidité, cf. TUNC ; HUNNOLD J., *Unification of the Law governing international sales of goods*, 1966, 25.
- ⁶⁶ RIPERT G., *Les limites à la liberté contractuelle*, op.cit., p.45.
- ⁶⁷ BENJAMIN P., *ECE General Conditions of sales and Standard Forms of Contract*, J.B.L., 1961, p.113 .
- ⁶⁸ KAHN P., *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961.
- ⁶⁹ Cf. infra, n°35 s.
- ⁷⁰ BERLIOZ G., op.cit., p.24 et 25.
- ⁷¹ BERLIOZ G., op.cit. p.25-26.
- ⁷² BERLIOZ G., op.cit. p.26.
- ⁷³ DEGUIT L., *Les transformations du droit privé*, Paris, 1912, p.122 ; STEVEN D., *Fidelity and Casualty Co of New York*, 58 Cal.2d 862, 377 P. 2d 284, 27 Cal. Rptr, 1962.
- ⁷⁴ BOYER L., *Rép. civ. Dalloz, V° Contrats et conventions*, n°56 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique* : Armand Colin, coll. U, 10e éd. 2002., n°179 ; PLANIOL M., RIPERT G. et ESMEIN P., *Traité pratique de droit civil français, t. 6 par P. Esmein* : LGDJ, 2e éd. 1952, n°123. ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Obligations, 2. Contrat* : Litec, 6e éd. 1998, n°155).
- ⁷⁵ SALEILLES R., *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3e éd., n°337.
- ⁷⁶ BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion* : LGDJ, 2e éd. 1976, RIPERT G., *Les limites à la liberté contractuelle*, op.cit., p.45 ; BENJAMIN P., *ECE General Conditions of sales and Standard Forms of Contract*, J.B.L., 1961, p.113 ; SALES, *Standard Contracts M.L.R.*, 1953, p.333 ; KESSLER F., *Contrats of Adhesion*, op.cit., p.629.
- ⁷⁷ MALAURIE P., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations* : Defrénois, 2004, n°426 ; TERRÉ F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations* : Précis Dalloz, 8e éd. 2002.
- ⁷⁸ GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat* : LGDJ, 3e éd. 1993, n°96 ; MALAURIE P., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations* : Defrénois, 2004, n°426 ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., op. cit., n°153.
- ⁷⁹ GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat* : LGDJ, 3e éd. 1993, n°96 ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., op. cit., n°153.

⁸⁰ SALEILLES R., De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, nouveau tirage, Paris, 1929, art. 133, n. 89s., p. 229 s. : «les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudraient accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même».

CAPITANT H., Vocabulaire Juridique 1931 : « Adhésion : Acte par lequel une personne demeurée jusqu'alors étrangère à une convention consent à se soumettre à ses clauses. Contrat d'adhésion : Expression par laquelle on désigne, en doctrine certains contrats dont les clauses essentielles sont établies d'avance par l'une des parties pour tous ceux qui traitent avec elle ».

DEL MARMOL C., Clauses contractuelles type, Liber Amicorum Baron Fredericq, Gand, 1966, p.307, p.310 rapproché de la définition donnée de l'acte unilatéral, dans le contexte de contrats d'adhésion, comme « une offre de contracter sur des bases juridiques préétablies »

AUBERT J.-L., Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Paris, 1970, p. 277 : «Ceci nous paraît autoriser un critère distinctif du contrat d'adhésion : à sa base se trouve une offre, ou une sollicitation, adressés à la collectivité, d'une convention dont tous les détails sont prévus par le proposant et dont aucun ne saurait être modifié à la suite d'une quelconque contreproposition ».

DE PAGE. H., Traité, élémentaire de droit civil belge, t. II, Bruxelles, 3^e éd., 1964, p. 536. n. 550 : «on désigne sous le nom de contrats d'adhésion certains contrats qui se forment sans discussion préalable, entre parties, de leurs clauses et teneur, et dans lesquels la partie acceptante se contente de donner son assentiment, d'adhérer à un projet déterminé et presque toujours immuable, à un contrat type que lui présente la partie offrante ».

⁸¹ FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique : Armand Colin, coll. U, 10e éd. 2002., n°177 s. ; GHESTIN J., Traité de droit civil, La formation du contrat : LGDJ, 3e éd. 1993, n°94 s. ; PLANIOL M., RIPERT G. et ESMEIN P., Traité pratique de droit civil français, t. 6 par P. Esmein : LGDJ, 2e éd. 1952, n°122 s. ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., Obligations, 2. Contrat : Litec, 6e éd. 1998, n°153 s.).

⁸² DEREUX F., De la nature juridique des contrats d'adhésion, Revue trimestrielle de droit civil, 1910, pp. 503-535.

⁸³ GHESTIN J., Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, L.J.D.J 1980, p.74, 846 p.

⁸⁴ Le Code civil de Québec L.Q., 1991, c. 64.

⁸⁵ Le Code civil de la République de Moldova n°1107-XV du 06 juin 2002, IIIème partie, MORM n°82-86/661 du 22 juin 2002.

⁸⁶ TERRÉ F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations : Précis Dalloz, 8e éd. 2002, n°73. ; MARTY G. et RAYNAUD P., Droit civil, Les obligations : Sirey, 2e éd. 1988, t. 1, Les sources, n°63 ; H., L. et MAZEAUD J. et CHABAS F., Leçons de droit civil, t. 2, 1er vol., Obligations, Théorie générale: Montchrestien, 9e éd. 1998, n°87).

⁸⁷ RIEG J. dans le Contrat type et contrat d'adhésion, in Etudes de Droit Contemporain, t. XXXIII, p. 105, 108 a dit qu.« il serait certes abusif de parler de contrat d'adhésion chaque fois qu'il y a absence de débat préalable entre les parties, sinon toutes les ventes conclues dans les magasins auraient ce caractère, le prix étant très généralement fixé par le vendeur seul »..

⁸⁸ BERLIOZ G. dans l'ouvrage Le contrat d'adhésion, op.cit., écrivait que « Il est d'ailleurs typique de constater que les formules de contrat ne sont présentées qu'au moment de la signature du contrat. Il est impossible d'obtenir à l'avance par exemple d'une banque, une formule de contrat, même lorsque l'on est client de cette banque et que l'on indique le désir effectif de contracter. L'adhérent ne dispose donc

du texte exact du contrat que lorsqu'il n'a ni le loisir, ni psychologiquement la possibilité d'en faire un examen détaillé. Eu revanche lorsqu'un pouvoir effectif de négociation existe parce que l'opération est individualisée, le cocontractant, par l'intermédiaire de son service juridique ou de son avocat, se fait communiquer un projet de contrat il est alors, grâce à ses conseils, à même de participer à la détermination finale du contenu contractuel ».

⁸⁹ Sur les conciliations générales de vente v. par ex. Paris, 30 Juin 1961, J.C.P. n. 14058 et la noie, Trib Paix Nice Centre, 23 oct. 1957, J.C.P. 1958. II.1025 cl la note Joly.

⁹⁰ RÉMY R. de Saint, De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion, Paris, 1928, p. 47.

⁹¹ LÉAUTÉ J., Les contrats types, R.T.D.C. 1953, p. 429 s. Sur les contrats types dans la vente internationale, CAHN J., La vente commerciale internationale, 1961; LOUSSOUARN Y. et BREDIN J.-D., Droit du commerce international, 1969,, n. 559 s., 585 s. ; RABEL L., L'unification de la vente internationale, ses rapports avec les formulaires ou contrats types, Mélanges Lambert, t. II p. 658 ; PADIS P., La vente commerciale par contrats types et Incoterms, Gaz. Pal. 1970. 2. 91.

⁹² V. par exemple The Encyclopdia of Forms and Precedents ou Prideaux.s Forms and Precedents in Couveyancing.

⁹³ LECOMTE J.-P., La clause de style, H.T.D.C. 1935, p. 319, Clos, La clause de style, J.C.P. 44 I éd. N. 389.

⁹⁴ L'expression peut être traduite comme « clause de blindage », c'est-à-dire de protection contre toute éventualité. C'est une clause destinée à procurer une sécurité supplémentaire.

⁹⁵ RIPERT G., Les limites de ta liberté contractuelle, op. cit., p. 443.

⁹⁶ RIPERT G., op.cit., p.437.

⁹⁷ BERLIOZ G., op.cit., p.34.

⁹⁸ BOULTON H., The Making of Business Contracts, Londres, 1965, p. 50.

⁹⁹ TUNE A., English and Continental Commercial Law, 1961, J.D.I. p. 234, 241, TUNE A. « L'élaboration de conditions générales de vente sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe », 1960 12, Revue internationale de Droit comparé 108, BENJAMIN P. « The General Conditions of Sale and Standard of Contract drawn up by the United Nations Economie Commission for Europe », 1961, J.B.L. 113.

¹⁰⁰ Del MARMOL, Les clauses contractuelles topes, in Liber Amicorum Baron Frédérica, Gand. 1966. p. 307. 313 ; GRUNTELD C. « Reform in the Law of Contract », 24 M.Lit. (1961), 62.

¹⁰¹ Del MARMOL, op.cit., p.312.

¹⁰² LOUSSOUARN Y. et HREDIN J.-D., op. cit., p. 47 ; EISEMANN F. Les Incoterms, 1967: Incoterms and the British Export Trade. J.B.L. 1965, 114 s.

¹⁰³ BERLIOZ G., op.cit, p.35.

¹⁰⁴ Chambre de Commerce Internationale. Brochure 166.

¹⁰⁵ SCHMITTHOFF C., The Sources of the Law of International Trade, 1967, p. 115.

¹⁰⁶ BERLIOZ G., op.cit. 39-40.

¹⁰⁷ LIMPENS J., La vente en droit belge, Bruxelles, 1960, p. 536.

¹⁰⁸ LIEBAERT J., A propos du règlement général des opérations de banque, les usages et le contrat d'adhésion, Revue de la Banque, 1968, p. 345.

INSTITUIREA CONTRACTUALĂ – MIT SAU REALITATE ÎN LEGISLAȚIA REPUBLICII MOLDOVA?

Veaceslav PÎNZARI*

Résumé: *L'institution contractuelle - mythe ou réalité dans la législation de la Moldavie?* Après l'entrée en vigueur du Code de la famille en 2000, le législateur moldave a accordé aux personnes mariées la possibilité d'organiser leurs relations patrimoniales par contrat de mariage. Le Code civil qui est entré en vigueur en 2003, par les dispositions de l'art. 675, offre la possibilité aux futurs successeurs légaux de conclure des pactes sur succession future, pour leurs parts, dans une succession non encore ouverte, texte ayant une note marginale étrange: „Le contrat sur la succession d'un vivant”. Analysant les dispositions du Code de la famille sur le contrat matrimonial et celles du Code civil, par lesquelles le législateur consacre la possibilité de disposer „de la succession d'un vivant”, une multitude de questions surgissent. Nous allons tenter d'y répondre, une d'elles étant: l'institution contractuelle, est-elle règlementée ou non dans la législation moldave?

Mots-clés: *conjoint survivant, succession testamentaire, succession légale, l'institution contractuelle*

Cuvinte cheie : *soț supraviețuitor, succesiune testamentară, succesiune legală, instituire contractuală*

Încetarea căsătoriei produce o serie de efecte ce vizează relațiile personale dar și cele patrimoniale între foștii soți. Unul dintre efectele patrimoniale ale încetării căsătoriei este deschiderea moștenirii lui *de cuius*.

După cum prevede legislația succesorală, din momentul încetării din viață a unei persoane se deschide moștenirea acesteia¹, iar patrimoniul succesoral al defunctului se va transmite la succesorii testamentari sau legali, în categoria cărora includem și pe soțul supraviețuitor. Numai din momentul decesului unuia dintre soți, celălalt dobândește dreptul la moștenirea acestuia. Până la deschiderea moștenirii, succesibilii nu au nici un drept asupra patrimoniului antecesorului lor, ei au doar o simplă speranță de a moșteni. Speranța se transformă în drept propriu-zis doar la decesul lui *de cuius*².

În conformitate cu dispozițiile legale, o persoană va putea moșteni, numai dacă întrunește următoarele condiții:

- *are capacitate succesorală (art.1433 C.civ.)*. Au capacitate succesorală toate

persoanele care există la momentul deschiderii moștenirii, adică: a) persoanele fizice în viață la data deschiderii succesiunii; b) persoanele dispărute; c) copilul conceput dar nenăscut la data deschiderii succesiunii; d) persoanele juridice în ființă la această dată³.

- *nu este nedemnă (art.1434-1439 C.civ.)*. Sunt nedemne a moșteni, legal sau testamentar, persoanele care au săvârșit față de defunct sau memoria acestuia, faptele prevăzute de dispozițiile art.1434 C.civ. constatate printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

- *are vocație (chemare) la moștenire*. Au vocație succesorală persoanele, cărora legea le conferă această chemare sau, cele cărora vocația le este conferită de către *de cuius* prin testamentul lăsat.

În cazul succesiunii legale, alin.1 art.1500 C.civ. prevede expres că, moștenitori cu drept de cotă egală sunt: de clasa I – descendenții, soțul supraviețuitor și ascendenții privilegiați; de clasa II – colaterali privilegiați și ascendenții ordinari; de clasa III – colaterali ordinari. Vedem, deci, că soțul supraviețuitor intră în prima clasă de moștenitori, alături de descendenții și ascendenții privilegiați ai lui *de cuius*.

Codul civil nu prevede expres cercul persoanelor care pot avea calitatea de moștenitor testamentar. Nu există vre-o ordine de preferință a chemării la succesiunea testamentară. Condiție care trebuie îndeplinite de către o persoană pentru a veni la moștenirea testamentară, sunt cele menționate și în cazul succesiunii legale. Dacă în cazul succesiunii legale, ordinea chemării la moștenire este stabilită de către legiuitor expres prin dispozițiile Codului civil, în cazul succesiunii testamentare, orice persoană care are capacitate succesorală, nu este nedemnă și este menționată în testamentul lăsat de defunct ca moștenitor, va avea această calitate.

Din câte putem constata, legislația succesorală moldovenească prevede posibilitatea ca soțul supraviețuitor să vină la moștenirea soțului său precedat pe două căi:

- fie în baza dispozițiilor legale exprese, prevăzute de Codul civil, pentru cazurile când cel ce a lăsat moștenirea nu a dispus prin testament de averea sa, ori, a făcut acest lucru dar, dispozițiile de ultimă voință ale acestuia sunt invalide;

- fie prin voința lui *de cuius*, exprimată în testament.

Aici trebuie menționat și faptul că, moștenirea legală și cea testamentară nu se exclud reciproc, ele pot coexista. Astfel, dacă prin testament nu s-a dispus de întreaga avere, moștenirea va fi transmisă, în parte, potrivit ultimei voințe ai lui *de cuius* exprimată în testament, iar partea rămasă, va fi transmisă potrivit regulilor moștenirii legale, prevăzute de Codul civil.

Testamentul, ar putea fi considerat unicul act juridic prin care se poate realiza transmiterea patrimoniului la moartea titularului acestuia. Dar, în opinia noastră, legislația Republicii Moldova reglementează și succesiunea contractuală, numită și *instituire contractuală*⁴, care a fost definită de unii autori ca fiind „*un contract prin care dispunătorul dăruiește instituitului totalitatea sau o parte din succesiunea sa*”⁵. Alți autori o definesc ca fiind „*acea specie de donație prin care donatorul transmite mortis causa donatarului întreaga sa succesiune, o fracțiune din aceasta sau doar un bun*”⁶.

Nu ne vom aprofunda în analiza doctrinară a acestei instituții, lucru făcut cu foarte mult succes de către autorii în domeniu⁷, vom încerca în continuare, să arătăm cu argumente că legiuitorul moldovean reglementează, chiar dacă se pare că involuntar și destul de stângaci, instituirea contractuală. Astfel:

- în primul rând, legislația familială a Republicii Moldova reglementează contractul matrimonial, or, în literatura de specialitate unii autori susțin că, instituirea contractuală nu se poate face decât exclusiv prin contractul de căsătorie⁸. În dreptul francez, instituirea contractuală este admisă excepțional, dacă este făcută prin contractul matrimonial, fiind expres permisă legal (art.1130 alin.2 C.civ.fr.)⁹;

- în al doilea rând, Codul civil conține o dispoziție legală, care credem că este cea care reglementează expres instituirea contractuală. Astfel, art.675 C.civ. intitulat „Contractul cu privire la moștenirea unui viu” prevede: „(1) Contractul asupra moștenirii unui terț încă în viață este nul. Nul este și contractul asupra cotei-părți legale sau a legatului din succesiunea unui terț încă în viață.

(2) Dispozițiile alin.(1) nu se aplică în cazul contractului încheiat între viitorii succesori legali asupra cotelor-părți legale. Un asemenea contract trebuie autentificat notarial”.

În opinia noastră, anume prevederile de la alin.2 art.675 C.civ. sun cele care reglementează instituirea contractuală, adică acordă posibilitatea ca viitorii succesori legali, inclusiv soții, în calitate de eventuali moștenitori legali, să poată dispune cu privire la o cotă-parte din patrimoniul lor, unul în favoarea celuilalt și după trecerea acestora în neființă. Dreptul de a dispune de cota-parte din patrimoniul înstrăinătorului, în conformitate cu prevederile alin.2 art.675 C.civ. este posibil și printr-un contract civil ordinar, cu titlu oneros sau gratuit, altul decât contractul matrimonial.

Aici trebuie menționat, în primul rând faptul, că art.675 C.civ. abundă în greșeli impardonabile, începând cu denumirea și sfârșind cu conținutul acestuia. Dar, totuși, dacă am încerca să facem abstracție de erorile strecurate în conținutul acestei norme, am putea spune că prevederile alineatului doi, coroborate cu dispozițiile art.31 alin.1 C.fam., reglementează succesiunea contractuală, ca modalitate de transmitere a patrimoniului succesoral, în rând cu succesiunea legală și cea testamentară.

Ca să fim mai expliciti, vom încerca să demonstrăm justetea celor afirmate mai sus, efectuând o scurtă analiză a legislației civile și familiale care, în opinia noastră, reglementează succesiunea contractuală. Astfel:

A) în ceea ce privește titlul dat de către legiuitor art.675 C.civ. „Contractul cu privire la moștenirea unui viu”, vom menționa următoarele:

- în primul rând din această denumire constatăm că legiuitorul, admite posibilitatea ca moștenirea să fie transmisă în baza unui contract, care este un act bilateral, față de testament, care este un act juridic unilateral.

- în doctrină, autorii nu efectuează clasificarea contractelor după momentul producerii efectelor lor, în schimb, actele juridice pot fi clasificate în conformitate cu acest criteriu în: *acte între vii (inter vivos)* și *acte pentru cauză de moarte (mortis causa)*. Astfel:

a) *actul între vii (inter vivos)* – este acela care-și produce efectele necondiționat de moartea autorului ori autorilor lui. Majoritatea actelor civile este formată din acte între vii;

b) *actul pentru cauză de moarte (mortis causa)* - este acela de a cărui esență este faptul că nu-și produce efectele decât la moartea autorului. Este act – *mortis causa* – testamentul¹⁰.

Totuși, este interesant a stabili, contractul respectiv este unul *între vii* sau *pentru cauză de moarte*? Autorii în domeniu susțin că, instituirea contractuală „*comportă o bună doză de bizar, deoarece ea se prezintă ca o combinație de reguli juridice proprii atât liberalităților inter vivos cât și a celor mortis causa*”¹¹. Alți autori susțin că, „*sintagma „donație de bunuri viitoare” vrea să pună în evidență faptul că donatarul nu va beneficia de liberalitate decât la o dată viitoare, aceea a morții donatorului, iar nu în prezent*”¹². Cât timp legiuitorul nu precizează expres, apreciem că acest contract va putea să-și producă efectele atât unul *între vii*, cât și *pentru cauză de moarte*.

Titlul articolului ne sugerează ideea că, acest contract se încheie între vii și are ca obiect o *moștenire*, dar atenție, a unei persoane aflate încă în viață?! În opinia noastră, este incorectă utilizarea formulei „*moștenirea unui viu*” deoarece, termenul „*moștenire*” desemnează, *transmiterea unui patrimoniu, fracțiune de patrimoniu sau a unor bunuri singulare de la o persoană fizică decedată la una sau mai multe persoane fizice sau juridice în ființă*¹³. Cât timp persoana este vie, vorbim de *patrimoniul* acesteia și, numai din momentul deschiderii succesiunii, putem utiliza noțiunea de *moștenire* sau *patrimoniu succesoral*.

- legiuitorul nostru nu precizează expres, ce fel de contract poate fi încheiat „*cu privire la moștenirea unui viu*”: *cu titlu oneros* sau *cu titlu gratuit*? În dreptul francez, de exemplu, deși legea nu prevede expres, instituirea contractuală are lor printr-un contract de donație ulterior căsătoriei, fiind denumită și *donație de bunuri viitoare*. Și iarăși, în lipsa unei prevederi exprese, considerăm că se poate dispune de „*moștenirea unui viu (s.n. V.P.)*” atât prin contracte *cu titlu oneros (vânzare-cumpărare, schimb)*, cât și prin cele *cu titlu gratuit (donație)*.

B) în ceea ce privește conținutul normelor legale prevăzute la art.675 C.civ., vom menționa următoarele:

- prima frază din alin.1 art.675 C.civ. prevede: „Contractul asupra moștenirii unui terț încă în viață este nul”. Și aici legiuitorul utilizează incorect, în opinia noastră, noțiunea de *moștenire*. Deși succesiunea încă nu este deschisă, deoarece titularul patrimoniului la care se face referire este încă în viață, legiuitorul vorbește de „*moștenirea*” lui. Aceste prevederi legale ne sugerează ideea că, operațiunea juridică are loc între anumite persoane (*înstrăinător și dobânditor*), iar obiectul acesteia este „*moștenirea unui terț încă în viață*”, adică patrimoniul unei persoane terțe, vii, străine de această operațiune. După cum susțin autorii în domeniu, terții sunt persoanele străine de actul juridic – *penitus extranei*¹⁴. Din aceste dispoziții legale mai deducem că legiuitorul, interzice să se încheie orice fel de contracte, cu titlu oneros sau gratuit, între vii sau pentru cauză de moarte, asupra succesiunilor nedeschise, ca universalitate juridică. Este, în opinia noastră, o abordare corectă din partea legiuitorului a acestei situații, or, încă din dreptul roman, din rațiuni binecunoscute, pactele asupra succesiunilor nedeschise erau interzise¹⁵.

- frază a doua din alin.1 art.675 C.civ. statuează că: „Nul este și contractul asupra cotei-părți legale sau a legatului din succesiunea unui terț încă în viață”. Din aceste dispoziții

deducem că legiuitorul, interzice orice contracte, care ar avea în vedere nu numai patrimoniul succesoral, ca universalitate juridică, dar și cele care ar avea ca obiect „*cota-pare legală sau legatul din succesiunea unui terț încă în viață*”. Ce a avut în vedere legiuitorul când spune „*cota-pare legală din succesiunea unui terț încă în viață*”? Să înțelegem că la fraza întâi din alin.1 art.675 C.civ. legiuitorul are în vedere patrimoniul succesoral, ca universalitate juridică, iar la fraza a doua, se referă la o universalitate de bunuri sau, la bunuri determinate individual dintr-un patrimoniu? Să aibă oare în vedere prin sintagma „*cota-pare legală*” ceea ce numim „*rezervă succesorală*”? Sau, poate legiuitorul se gândește, când spune „*cota-pare legală din succesiunea unui terț încă în viață*”, la prevederile alin.3 art.1444 C.civ. care stabilesc că: „În patrimoniul succesoral intră cota-parte a celui ce a lăsat moștenirea din proprietatea comună, iar dacă împărțirea în natură nu este posibilă, valoarea ei”? „*Cota-pare legală din succesiunea unui terț încă în viață*” ar putea fi partea din averea, pe care ar moșteni-o, eventual, *înstrăinătorul* la deschiderea succesiunii terțului? Să înțelegem că aici legiuitorul are în vedere interzicerea *înstrăinării „speranței de a moșteni”* pe cineva?

Ce reprezintă legatul parcă este limpede, acesta având o tratare complexă în literatura de specialitate¹⁶ și o reglementare proprie în Codul civil¹⁷ însă, ce semnifică acest termen în conținutul dispoziției legale citate? Cumva „*legatul din succesiunea unui terț încă în viață*” reprezintă legatul făcut de către terț cuiva sau, legatul acceptat de către terț?

Șirul întrebărilor poate continua, cert este faptul că legiuitorul, interzice expres prin dispozițiile alin.1 art.675 C.civ., chiar dacă destul de stângaci și cu multe erori de exprimare, *pactele asupra succesiunilor nedeschise!* Indiferent de accepțiunea termenilor avută în vedere de către legiuitor, care n-am reușit a desluși la ce se referă, este vorba de bunuri viitoare, eventuale, asupra cărora este interzis să se dispună, pe rațiunile cunoscute încă din dreptul roman.

- alin.2 art.675 C.civ. prevede: „Dispozițiile alin.(1) nu se aplică în cazul contractului încheiat între viitorii succesori legali asupra cotei-părți legale. Un asemenea contract trebuie autentificat notarial”. Viitorii succesori legali sunt cei arătați expres de către legiuitor în alin.1 art.1500 C.civ. care prevede: „În cazul succesiunii legale, moștenitori cu drept de cotă egală sunt:

a) de clasa I – descendenții (fiii și fiicele celui ce a lăsat moștenirea, la fel și cei născuți vii după decesul lui, precum și cei înfiați), soțul supraviețuitor și ascendenții privilegiați (părinții, înfietorii) celui ce a lăsat moștenirea;

b) de clasa a II-a – colateralii privilegiați (frații și surorile) și ascendenții ordinari (bunicii, atât din partea tatălui, cât și din partea mamei) ai celui ce a lăsat moștenirea;

c) de clasa a III-a – colateralii ordinari (unchii și mătușile) ai celui ce a lăsat moștenirea”.

Vedem, deci, că cercul persoanelor care pot aspira la calitatea de viitor succesor legal al lui *de cujus* este foarte mare. Să înțelegem oare că toate aceste persoane vor putea încheia contracte „*cu privire la moștenirea unui viu*”? Care este probabilitatea că oricare dintre aceste persoane vor avea efectiv și vocație succesorală concretă?

Și în conținutul acestei dispoziții legale întâlnim noțiunea de „*cota-pare legală*” care nu știm exact ce semnifică.

Dacă admitem că acest contract a fost încheiat, de exemplu, între soți ca viitori succesori legali cu vocație reciprocă, s-ar putea întâmpla ca obiectul contractului dat sau una din clauzele contractului matrimonial să fie cu referire la un bun individual determinat sau la o parte din întreaga avere pe care speră că o va avea în viitor înstrăinătorul, de care acesta dispune în prezent, cu titlu oneros sau gratuit, în favoarea dobânditorului. Adică, la deschiderea succesiunii, bunurile menționate în contract sau „*cota-pare legală*” vor trece la soțul supraviețuitor, nu în baza testamentului sau a dispozițiilor legii, în lipsa acestuia, ci în baza înțelegerii perfectate în formă scrisă și cu autentificare notarială de către soți, cu mult înainte de deschiderea moștenirii, fie sub forma unui contract separat, fie sub forma unei clauze din contractul matrimonial.

Dacă analizăm dispozițiile alin.1 art.31 C.fam. care prevăd că: „Clauzele contractului matrimonial se sting din momentul încetării căsătoriei, *cu excepția celor care au fost stipulate pentru perioada de după încetarea căsătoriei (s.n. V.P.)*”, o să constatăm că acestea, în coroborare cu prevederile alin.2 art.675 C.civ., se referă și reglementează expres *instituirea contractuală*, adică, posibilitatea dispunerii de avere pentru perioada încetării din viață a unei persoane, dar nu prin testament, ci prin intermediul contractului matrimonial! Este adevărat, dispozițiile alin.1 art.31 C.fam. intră în contradicție cu cele prevăzute în art.27 C.fam. care definesc contractul matrimonial, și, anume, acelea în care legiuitorul stabilește că prin „contractul matrimonial ... se determină drepturile și obligațiile patrimoniale ale soților *în timpul căsătoriei și/sau în cazul defacerii acesteia (s.n. V.P.)*”. Cum deja am menționat, nu este lipsită de greșeli nici această normă legală, cel puțin în prima parte¹⁸, dar, făcând abstracție și de acestea, vedem că prin contractul matrimonial se vor reglementa efectele patrimoniale ale căsătoriei doar *în timpul și/sau în cazul defacerii acesteia*, pe când din dispozițiile art.31 alin.1 C.fam. se statuiază că: „Clauzele contractului matrimonial se sting din momentul încetării căsătoriei, *cu excepția celor care au fost stipulate pentru perioada de după încetarea căsătoriei (s.n. V.P.)*”. Greșeala este evidentă, or, după încetarea căsătoriei se deschide succesiunea, așa că transmiterea patrimoniului succesoral va fi guvernată de normele dreptului succesoral și nu de prevederile contractului matrimonial. Dar, dacă coroborăm dispozițiile alin.2 art.675 C.civ. și cele ale art.31 alin.1 C.fam., ajungem la concluzia că teza potrivit căreia efectele contractului matrimonial pot viza relațiile patrimoniale și după încetarea căsătoriei, deși greșită din punct de vedere teoretic, are suport legal. Astfel, putem presupune că soții, ca viitori potențiali succesori legali, vor stipula prin contractul matrimonial, ca anumite bunuri, sau așa-numitele „*cote-părți legale*”, după deschiderea succesiunii să treacă la acela dintre ei care va supraviețui. În aceste condiții, afirmăm că legislația Republicii Moldova reglementează *instituirea contractuală*!

Dacă ne întoarcem la conținutul alin.2 art.675 C.civ., să înțelegem oare că legiuitorul moldav admite posibilitatea ca, de exemplu, copiii, ca moștenitori legali de clasa întâi ai părinților lor, să poată încheia contracte de înstrăinare (cu titlu oneros sau gratuit) a cotei-părți pe care speră că o vor moșteni din averea părinților lor? Considerentele de ordin moral că pactul asupra unei succesiuni nedeschise ar naște dorința morții (*votum mortis*) celui care lasă moștenirea, nu se impun în această situație?

Acest contract poate fi încheiat doar între copii, ca viitori succesori legali sau și între ei și viitorii succesori legali din aceeași ori din alte clase de moștenitori?

Fraza a doua din alin.2 art.675 C.civ. prevede: „Un asemenea contract trebuie autentificat notarial”. Pentru autentificarea actelor notariale se percepe taxa de stat, precum și o plată pentru serviciile notariale¹⁹. Cum vor fi calculate acestea dacă nu se cunoaște care va fi componența „cotei-părți legale”, ce fel de bunuri vor intra în componența acesteia, mobile sau imobile ori alte valori? Raportat la ce se vor achita taxele dacă nu cunoaștem valoarea obiectului contractului în general?

Șirul întrebărilor și nedumeririlor poate continua, dar, în concluzie, din cele relatate anterior putem afirma cu tărie că, legiuitorul moldav reglementează, deși sub o formă foarte sofisticată, *instituirea contractuală!*

* Conf.univ.dr., Catedra de Drept, Universitatea de Stat „Alec Russo” din Bălți, Republica Moldova; vpinzari@gmail.ru.

¹ Art.1440 C.civ. intitulat „Deschiderea succesiunii” prevede: „(1) Succesiunea se deschide în urma decesului persoanei fizice sau declarării morții ei de către instanța de judecată. (2) Momentul deschiderii succesiunii se consideră cel al decesului persoanei care a lăsat moștenirea sau *data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești privind declararea morții lui (s.n. V.P.)*”.

În legătură cu aceste dispoziții legale se cer, în opinia noastră, anumite precizări. Astfel, în primul rând, legiuitorul în conținutul acestor norme utilizează sintagma „*declararea morții*” deși, în art.52 și 53 din Codul civil, care reglementează instituția declarării pe cale judecătorească a morții unei persoane, același legiuitor utilizează sintagma „*declararea decesului*”. Este același lucru, evident, dar considerăm necesar ca în cuprinsul unui act normativ să fie utilizată uniform terminologia juridică! În al doilea rând, la alineatul doi art.1440 C.civ., legiuitorul apreciază că, momentul deschiderii succesiunii persoanei declarate decedat este considerat a fi „*data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești privind declararea morții lui*”. Această parte a normei citate intră în contradicție cu dispozițiile frazei a doua din art.52 alin.3 C.civ. care statuează că: „Dacă o persoană dispărută în împrejurări care prezentau o primejdie de moarte sau care dau temei de a presupune că a decedat în urma unui accident este declarată decedată, instanța de judecată poate să declare ca dată a decesului *ziua morții ei prezumate (s.n. V.P.)*”. Deci, în cazul persoanelor declarate decedate, succesiunea se va putea deschide nu numai la „*data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești privind declararea morții*” persoanei, dar și din ziua în care s-a produs evenimentul, în urma căruia se prezumă că persoana a decedat, zi care, evident, nu va coincide cu ziua *rămânerii definitive a hotărârii judecătorești privind declararea decesului!*

² Chirică, D. DREPT CIVIL. SUCCESIUNI ȘI TESTAMENTE, Editura „Rosetti”, București, 2003, *op.cit.*, p.36.

³ *Idem*, p.45.

⁴ Instituirea contractuală este „o liberalitate prin care o persoană, instituantul, dispune cu titlu gratuit în beneficiul altei persoane, instituitul, care acceptă, fie de toate sau o parte din bunurile care vor compune succesiunea sa, sau de cutare sau cutare bun determinat care se va putea găsi în aceasta”, *Idem*, p.284.

⁵ Hamangiu, C. Rosetti-Bălănescu, I. Băicoianu, Al. DREPT CIVIL ROMÂN, Vol.III, Editura ALL, București, 1998, p.652.

⁶ Vasilescu, P. INSTITUIREA CONTRACTUALĂ – UN NAUTILUS JURIDIC? În: RRD, Nr.2/2007, p.239.

⁷ A se vedea, de exemplu: **Idem**, p.222-249.

⁸ **Hamangiu, C. Rosetti-Bălănescu, I. Băicoianu, Al. op. cit., p.650.**

⁹ **Vasilescu, P. op.cit., p.237.**

¹⁰ **Beleiu, Gh.** DREPT CIVIL ROMÂN. INTRODUCERE ÎN DREPTUL CIVIL. SUBIECTELE DREPTULUI CIVIL, Ediția a VIII-a, revăzută și adăugită de **Nicolae, M. Trușcă, P.** Editura Universul Juridic, București, 2003, p.136-137.

¹¹ **Vasilescu, P. op. cit., p.239.**

¹² **Chirică, D. op.cit., p.284;**

¹³ Termenul „moștenire” desemnează, într-o accepțiune, *un mod specific de dobândire sau de transmitere a proprietății pentru cauză de moarte*, **Chirică, D. op.cit., p.26;** **Chirică, D.** DREPT CIVIL. SUCCESIUNI, Editura Lumina Lex, București, 1996, p.3.

¹⁴ **Beleiu, Gh. op.cit., p.208.**

¹⁵ „Principiul prohibiției pactelor asupra succesiunilor viitoare a fost justificat în timp de patru rațiuni. În primul rând, considerentul de ordin *moral* că pactul ar naște dorința morții (*votum mortis*) celui care lasă moștenirea.

În al doilea rând, considerentul că ar încălca regulile moștenirii legale și mai ales principiul egalității succesoriale.

În al treilea rând, necesitatea de a proteja moștenitorii contra abuzului de influență sau leziunii. Având nevoie de lichidități încă din timpul vieții lui *de cuius*, succesorii ar putea fi determinați să vândă „speranța de a moșteni” unui terț interesat, fără a cunoaște exact consistența moștenirii (aceasta neputând fi cunoscută decât la data decesului lui *de cuius*).

În al patrulea rând, argumentul că *libertatea de a testa nu poate fi alienată prin acte între vii*, căci încheind un contract cu privire la succesiune cel despre a cărui moștenire este vorba nu mai putea reveni unilateral asupra acestuia, ci numai cu acordul cocontractantului”, **Chirică, D.** 2003, *op.cit., p.291-292.*

¹⁶ **Idem**, p.215-268.

¹⁷ Legatul este reglementat în Cartea a patra, Titlul II, Capitolul V, art.1486-1498 C.civ.

¹⁸ Cum am menționat și cu alte ocazii, legiuitorul definește contractul matrimonial ca fiind „*o convenție încheiată benevol*”. Amintim cu această ocazie încă o dată legiuitorului că, contractele sunt manifestări voluntare de voință, astfel că nu este necesar să arătăm că acesta este încheiat benevol, altfel nici nu se poate. De asemenea, în literatura juridică se precizează că noțiunea de contract este sinonimă cu cea de convenție, astfel că este greșit, din punct de vedere al logicii juridice, să explicăm definitul prin el însuși, deoarece trebuie evitată prezența definitului în componența definatorului.

¹⁹ Legea cu privire la metodologia calculării plății pentru servicii notariale Nr.271 din 27.06.2003. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova Nr.141-145, art. Nr: 576. Data intrării în vigoare: 11.07.2003.