

# **STUDIA**

**UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI  
IURISPRUDENTIA**

**Nr. 1/2013**

**ianuarie - martie**

## **COLEGIUL REDACȚIONAL**

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

**REDACTOR COORDONATOR: conf. dr. Mircea Dan BOB**

**SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB**

### **MEMBRI:**

**conf. dr. Sergiu BOGDAN  
profesor dr. Dan CHIRICĂ  
asist. Cosmin COSTAȘ**

**profesor dr. Mircea MINEA  
profesor dr. Liviu POP  
profesor dr. Paul VASILESCU**

### **REFERENȚI:**

**George ANTONIU - profesor, Institutul de cercetări juridice, Academia Română**

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

**Vladimir HANGA - profesor dr.doc., Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca**

**Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec**

**Benoit MOORE - profesor, Université de Montréal**

**Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal**

## CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» <b>Studii:</b> Irina Bardoczi - MARCHEAZĂ CODUL CIVIL DIN 1864 O EVOLUȚIE ÎN MATERIA DREPTURILOR SUCCESORALE AB <i>INTESTATO</i> ALE SOȚULUI SUPRAVIEȚUITOR? / <i>Le Code civil roumain de 1864, marque-t-il une évolution pour les droits successoraux ab intestato du conjoint survivant ?</i> .....	5
» <b>Studii:</b> Șerban Mircioiu, STRUCTURA ȘI SEMNIFICAȚIA TRADIȚIUNII (TRADITIO) ROMANE / <i>Struktur und Bedeutung der römischen Traditio</i> .....	35
» <b>Articole:</b> Luanda Hawthorne, CONTRACT LAW- A DÉLUGE OF NORMS IN SEARCH OF PRINCIPLES: THE COMMON EUROPEAN SALES LAW AND THE SOUTH AFRICAN CONSUMER PROTECTION ACT.....	35
» <b>Articole:</b> Ionuț Borlan, CRITICA TEORIEI ACTELOR INDISPENSABILE ÎN MATERIA PARTICIPAȚIEI PENALE / <i>Critical Regard on the Indispensable Acts Theory in the Field of Criminal Participation</i> .....	91
» <b>Articole:</b> Andrea Annamaria Chiș, ELEMENTE DE NOUTATE PRIVIND REGLEMENTAREA CĂILOR DE ATAC ÎN NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ ȘI LEGEA DE DEGREVARE A INSTANȚELOR. (I) CĂI DE ATAC GENERALE ȘI SPECIALE. DISPOZIȚII GENERALE. CĂILE DE ATAC DE REFORMARE / <i>Novelties Regarding the Remedies in the New Romanian Civil Procedure Code and in the Law Relieving Courts of Certain Burdens General and Special Remedies. (I) General and Special Remedies. General provisions. The appeal and the Final Appeal</i> .....	107
» <b>Articole:</b> Sergiu Deleanu, CONSTITUIREA TRIBUNALULUI ARBITRAL ȘI PROCEDURA ARBITRALĂ ÎN ARBITRAJUL INTERNAȚIONAL POTRIVIT DISPOZIȚIILOR NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ / <i>La constitution du tribunal arbitral et la procédure arbitrale dans l'arbitrage international selon les dispositions du nouveaux code de procedure civile</i> .....	139
» <b>Articole:</b> Marius Floare, UNELE OBSERVAȚII PRIVIND DESPĂGUBIRILE ÎN CAZ DE DIVORȚ CONFORM ART. 388 DIN NOUL COD CIVIL / <i>Remarks Regarding Divorce Damages According to art. 388 of the New Civil Code</i> .....	151
» <b>Articole:</b> Andra Florian, BRIEF CONSIDERATIONS REGARDING THE ESTABLISHMENT OF A BANKING UNION IN THE EUROPEAN UNION.....	161
» <b>Articole:</b> Carmen Lazăr, ESTE PARLAMENTUL EUROPEAN EGALUL CONSILIULUI UNIUNII EUROPENE ÎN URMA TRATATULUI DE LA LISABONA? / <i>Est-ce le Parlement Européen l'égal du Conseil de l'Union Européenne suite au Traité de Lisbonne?</i> .....	169
» <b>Articole:</b> Alexandru Rîșniță, INFRAȚIUNILE PREVĂZUTE ÎN CADRUL LEGII NR. 10/1995 PRIVIND CALITATEA ÎN CONSTRUCȚII / <i>Construction Related Crimes in the Romanian Law no. 10/1995 Regarding Quality in Construction</i> .....	178
» <b>Recenzie:</b> Cătălin Secăreanu, Emmanuelle Jouannet and Iulia Motoc (eds), LES DOCTRINES INTERNACIONALISTES DURANT LES ANNEES DU COMMUNISME REEL EN EUROPE / <i>Internationalist Doctrines During the Years of Real Communism in Europe</i> .....	205



## **STUDII**

### **MARCHEAZĂ CODUL CIVIL DIN 1864 O EVOLUȚIE ÎN MATERIA DREPTURILOR SUCCESORALE AB INTESTATO ALE SOȚULUI SUPRAVIEȚUITOR?<sup>1</sup>**

Irina BARDOCZI\*

**Résumé :** *Le Code civil roumain de 1864, marque-t-il une évolution pour les droits successoraux ab intestato du conjoint survivant ? Je me propose d'analyser les droits successoraux ab intestato du conjoint survivant à partir de la moitié du XVIIIème siècle jusqu'à la moitié du XXème siècle. Je vais partir dès législations roumaines applicables en Valachie et en Moldavie (I) en arrivant au Code civil roumain de 1864 (II). Tenant compte qu'après la libération des provinces, des règles diversifiées appartenant aux systèmes juridiques étrangers trouvaient leur application sur le territoire actuel de la Roumanie, je me propose également d'analyser la situation du conjoint survivant selon ces règles (III).*

*Après cette démarche, je vais essayer de déterminer les principes qui guidaient les législateurs dans le processus d'élaboration de ces règles et, en étudiant la jurisprudence, j'essayerai d'apprécier la qualité des dispositions du Code civil de 1864, en observant leur efficacité et leur actualité ainsi que les tendances législatives dans cette matière.*

*Tenant compte aussi de l'entrée en vigueur de la Loi 319/ 1944 concernant le droit successoral du conjoint survivant, se pose la question si la manière dont la situation était déjà réglementée était en concordance avec la réalité, si elle reflétait les rapports existants entre les membres de la famille ou si elle était anachronique et qu'elle justifiait l'intervention du législateur.*

**Cuvinte cheie:** soț supraviețuitor, moștenire, cod civil 1864, vechiul drept românesc

**Mots clés:** conjoint survivant, succession, code civil de 1864, Ancien droit roumain

Fiind în strânsă legătură cu instituția familiei, materia succesiunilor are o dinamică proprie, determinată concomitent de factori sociali, economici, politici, religioși. Tocmai de aceea este foarte important ca în analiza acesteia să se țină cont de starea anterioară a lucrurilor și, în același timp, de schimbările intervenite în relațiile de familie.

În acest context, în prezentul studiu, ne propunem să analizăm drepturile succesoriale ab intestat ale soțului supraviețuitor, pornind de la legislațiile aplicabile în Țara Românească și Moldova, la sfârșitul secolului XVIII și începutul secolului XIX (I), și ajungând apoi la Codul civil român din 1864 (II). Având în vedere că în acest timp, pe teritoriul actual al României, se aplicau și anumite legislații străine (drept maghiar, austriac etc), vor fi prezentate și acestea (III).

În urma acestui demers, vom încerca să determinăm principiile care stăteau la baza acestora și care ghidau legiuitorii în modul de reglementare. Studiind jurisprudența, vom încerca să apreciem calitatea dispozițiilor Codului civil din 1864 în raport atât cu vechile legislații românești, cât și cu cele străine, observând eficacitatea și actualitatea lor, precum și tendințele legislative din această materie. De asemenea, ținând cont de adoptarea Legii nr. 319/ 1944 privind dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor, ne punem întrebarea dacă felul în care situația era deja reglementată reflecta raporturile vremii existente între membrii unei familii sau dacă era anacronic, justificând o asemenea intervenție.

## **I. Moștenirea ab intestat între soți în Țara Românească și în Moldova**

Sfârșitul secolului al XVIII-lea și începutul secolului al XIX-lea au fost marcate de apariția a patru coduri importante: Pravilniceasca Condică și Legiuirea Caragea, în Țara Românească, și Manualul juridic al lui Andronache Donici și Codul Calimah, în Moldova.

**1. Pravilniceasca Condică<sup>2</sup> sau Codul lui Ipsilante**, care a fost în vigoare în Țara Românească de la 1780 până în anul 1817, este prima dintre pravilele menționate anterior care, în capitolul intitulat „Pentru trimirie”, cuprinde dispoziții referitoare la drepturile succesoriale ale soțului supraviețuitor (art. 1- 5).

Conform prevederilor art. 2, în cazul în care soții aveau descendenți vârstnici (care să fi trăit cel puțin până la vârsta de paisprezece ani, în cazul băieților, și de doisprezece ani, în cazul fetelor, conform art. 1), soția moștenește o parte cât a unui copil, dar nu în plină proprietate, ci doar în uzufruct („care parte să o aibă pentru hrana vieții, iar nu cu desăvârșită stăpânire, adică a o vinde sau a o dăruia la alții”).

În cazul în care copiii muriseră nevârstnici, soția, văduvă sau recăsătorită, moștenește a treia parte din averea soțului, de această dată în plină proprietate „fiindcă a suferit iuțimea durerilor, întristările și primejdiiile vieții din facerea de copii”). Pe lângă aceasta, ea primește și zestrea ei. Dacă văduva se recăsătorește cu nerespectarea anului de doliu, ea urma să fi înlăturată de la succesiunea defunctului. Această treime urma să fi luată, de preferință, din mobilele aflate în succesiune („din cele mișcătoare”), imobilele rămânând, de regulă, rudelor de sânge.

În ceea ce privește dota, practica judiciară a decis că între bărbat și femeie exista o comunitate de bunuri în care femeia sau altcineva pentru ea aducea dota, iar bărbatul donația ante nuptias. În lipsă de copii sau pacte care să decidă contrariul, în cazul în care căsătoria se desfășura prin moarte sau alte împrejurări asimilate cu moartea, dar neimputabile culpei unuia dintre soți, comunitatea se desfășura, fiecare soț luând avutul său; iar când căsătoria se desfășura prin culpa unuia dintre soți, soțul vinovat pierdea aportul său în favoarea celuilalt soț. Mai târziu, femeia a primit drept asupra donației nu numai în caz de culpă a bărbatului, ci și în caz de predeces, în anumite condiții.

Din toate acestea rezulta că dota și donația ante nuptias formau un patrimoniu comun, destinat în primul rând copiilor, iar în al doilea rând, garanta femeia în caz de desfacere a căsătoriei din culpa bărbatului sau în urma predecesului acestuia. Așadar, instanța de apel nu a violat legea când a decis că, în lipsă de pact contrariu în actul dotal sau a unui text de lege, moștenitorii soțului aveau drept să rețină darul constituit de autorul lor prin foaia de zestre a soției precededate<sup>3</sup>.

Textul acestui articol nu prevedea expres că aceleași drepturi le-ar avea și soțul în moștenirea soției sale precededate, dar s-a afirmat că textul art. 3 permite deducerea acestei situații<sup>4</sup>.

În cazul în care din căsătorie nu au rezultat copii, art. 5 prevedea ca averea să fie împărțită în trei părți: una pentru „sufletul mortului” (pentru acoperirea cheltuielilor de înmormântare și pentru pomenirea soțului decedat), una pentru părinții sau bunicii defunctului și una pentru soțul supraviețuitor, cu precizarea că, în cazul în care au existat copii vârstnici, dar aceștia au murit, soțul supraviețuitor moștenește prin ei averea lui de cujus. Treimile pentru sufletul mortului și pentru soțul supraviețuitor urmau să fie plătite în bani, în urma aprecierii acestora de către oameni „vrednici de credință și destoinici”, în prezența unui reprezentant domnesc.

Pe lângă aceasta, conform art. 3, dacă soții nu au avut copii („când muierea a fost stearpă”), soția avea, pe lângă treimea acordată de art. 3, dreptul de a-și lua zestrea, darurile dinaintea nunții și teoritra (darurile primite de la soț a doua zi după nuntă), iar soțul avea dreptul de a-și lua și „așternutul patului, calul de ginere” sau orice alt dar primit înainte de nuntă.

Conform art. 4, dacă soțul precededat/ soția precededată nu a avut copii nici dintr-o căsătorie anterioară, soțul supraviețuitor avea dreptul „la o jumătate din trimerie”, adică la o șesime din succesiune, dacă prin testament, nu i s-a lasat cel puțin atât.

Împărțirea averii defunctului după regulile arătate mai sus avea loc după plata tuturor datoriilor lui de cujus, adică din „câtă avere lămurită va rămâne” (art. 6).

Practica judiciară a confirmat faptul că, obiceiul pământului ca soțul supraviețuitor să primească o parte din averea celui mort, atât în Moldova, cât și în Țara Românească, a fost consacrat în Pravila lui Alexandru Ipsilante, care recunoștea soțului supraviețuitor o parte mai mare sau mai mică, după cum venea în concurență cu copiii sau cu frați și surori sau cu alte neamuri<sup>5</sup>.

Din cele enunțate reiese că soțul supraviețuitor, femeie sau bărbat, era chemat la succesiunea soțului predecedat, întinderea drepturilor acordate acestuia depinzând de existența sau de inexistența descendenților și de categoria moștenitorilor cu care acesta venea în concurs.

**2. Legiuirea Caragea<sup>6</sup>**, aplicabilă tot în Țara Românească, de la 1817 până la intrarea în vigoare a Codului civil din 1864, dezvoltă acest sistem în cadrul capitolului 3, intitulat „Moștenirea fără diată”.

De la început, se prevedea că atunci când defunctului nu îi trăia soțul sau soția și aveau numai un copil, moștenea copilul (art. 17, lit. a). În cazul în care defunctului/defunctei îi trăia soția/ soțul și din căsătoria lor au rezultat descendenți, atunci moștenirea era destinată descendenților, sufletului lui de cujus și soțului supraviețuitor (art. 17, lit. k): copiii luau părțile convenite lor în plină proprietate („pe care sunt stăpâni desăvârșiți”), precum și partea sufletului „pentru cheltuielile îngropării și pomenirilor mortului sau moartei”, iar soțul supraviețuitor primea partea sa doar în uzufruct („hrisis”). Din combinarea art. 17, lit. k) cu art. 18, lit. c), cuantumul acestui drept ar fi fost de o treime din succesiune<sup>7</sup>.

În continuare, cuantumul drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor în concurs cu descendenții varia în funcție de durata vieții copiilor.

În cazul în care descendenții decedau după trei ani de la moartea unuia dintre părinți, dar înainte de vârsta de paisprezece ani, băieții, respectiv doisprezece ani, fetele, soțul supraviețuitor primea a treia parte a sufletului în numerar („în bani gata”).

În cazul în care descendenții decedau înainte de trecerea a trei ani de la decesul unuia dintre părinți, soțul supraviețuitor avea dreptul doar la restituirea cheltuielilor de înmormântare și de pomenire, în cazul în care acestea au fost suportate de el.

În cazul în care descendenții au decedat înainte de împlinirea vârstei de paisprezece ani, băieții, respectiv doisprezece ani, fetele, înainte sau după decesul unuia dintre părinți, moștenirea era divizată în trei părți: o treime revenea soțului supraviețuitor în numerar și în plină proprietate, o treime ascendenților defunctului, iar în lipsa acestora, colateralilor, iar cealaltă treime revenea tot acestor rude ale defunctului, însă era destinată cheltuielilor de înmormântare și de pomenire (art. 18, lit. c).



În cazul în care nu existau ascendenți sau colaterali ai defunctului, soțul supraviețuitor primea întreaga succesiune, colateralii defunctului până la gradul al IV-lea având posibilitatea de a răscumpăra căminul neamului (art. 18, lit. c).

În cazul în care ultima căsătorie durase zece ani, dar din această căsătorie sau din alta anterioară de cuius nu a avut descendenți, soțului supraviețuitor îi revenea a șasea parte din succesiune, restul deferindu-se rudelor defunctului (art. 23). În lipsă de descendenți, ascendenți și colaterali, conform aceluiași articol, soțul supraviețuitor, bărbat sau femeie, moștenea întreaga succesiune.

Și în acest cod, dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor era reciproc și nu depindea de situația economică a soțului rămas în viață, iar cuantumul său varia în funcție de existența sau de inexistența descendenților și a altor rude ale defunctului, precum și de durata de viață a descendenților sau de durata căsătoriei. Spre diferență de Pravilniceasca Condică, observăm că, în Codul Caragea, legiuitorul nu a făcut nicio precizare cu privire la eventuala recăsătorire a soțului supraviețuitor.

**3. Codul lui Andronache Donici<sup>8</sup>** a fost în vigoare în Moldova din anul 1814 până în anul 1817, când s-a votat Codul Calimah.

În cazul în care femeia venea la moștenire în concurs cu descendenți, erau de examinat două ipoteze: dacă ea se recăsătorea, avea dreptul numai la zestre și la darurile de nuntă (art. 12, titlul 30), iar dacă nu se recăsătorea, primea parte cât cea a unui copil (art. 2, 6, titlul 37). Din art. 12, titlul 30 ar reieși că această parte îi revenea în plină proprietate („rămânându-i și ei parte ca unuia dintre fii”), însă art. 6, titlul 33 făcea precizarea că această parte îi rămânea în plină proprietate („este dreaptă a ei”) numai când descendenții mureau în copilarie și dacă ea nu se recăsătorea. În caz de recăsătorire, dreptul de proprietate se transforma în drept de uzufruct („rodurile în viață”) asupra părții cuvenite.

Deși în cazul soției supraviețuitoare dispozițiile nu erau destul de clare, în același art. 2, titlul 37 se prevedea că în cazul în care soțul supraviețuitor venea la moștenirea soției precedate în concurs cu descendenți, acesta avea dreptul la o parte cât cea a unui copil, în uzufruct („cărei părți rodurile le va lua în viață”).

În cazul în care femeia nu a adus zestre și, după decesul soțului ei, nu se recăsătorea, când venea la succesiune în concurs cu trei sau mai puțini descendenți, primea a patra parte din succesiune, iar dacă erau mai mult de trei descendenți, moștenea o parte cât cea a unui copil. Dacă de cuius îi făcuse vreo donație sau îi lăsase vreun legat, atunci primea doar diferența până la partea ce i se cuvenea (art. 8, titlul 33).

Dacă se întâmpla ca soțul/ soția care a fost înzestrat/ă de părinți să moară și, la scurt timp, să moară și descendentul acestora, moștenirea se împărțea în trei: o treime pentru cheltuielile de înmormântare, una pentru părinții soțului mort și una pentru soțul supraviețuitor (art. 5, titlul 37).

Când soția supraviețuitoare moștenea astfel pe fiul ei decedat sau când își lua partea cuvenită după regulile menționate anterior din succesiunea soțului decedat, dacă nu se recăsătorea, avea un drept de proprietate, iar în caz contrar, avea doar un drept de uzufruct (art. 6, titlul 37).

Femeia neînzestrată care venea la succesiune alături de mai puțin de trei frați/ surori/ reprezentanți ai acestora primea o pătrime din moștenire, iar dacă aceștia erau trei sau mai mulți, primea o parte cât cea a unui frate (art. 8, titlul 37). În acest caz, textele nu făceau nici o referire la faptul că recăsătorirea ar fi avut vreo influență asupra dreptului de succesiune al soțului supraviețuitor. Totuși, în jurisprudență s-a decis că dispozițiile care prevăd pierderea dreptului de succesiune al soțului supraviețuitor prin recăsătorire se aplică și în cazul concurenței cu colateralii deoarece principiul conform căruia în cazul inexistenței copiilor, averea trebuia să rămână în partea defunctului și ideile religioase ale vremii care priveau cu ochi răi recăsătorirea subzistau și în acest caz<sup>9</sup>.

Când nu erau alte rude îndreptățite de a succede, soția avea drept la o jumătate din succesiune, cealaltă jumătate revenind fiscoi (art. 9, titlul 36).

**4. Codul Calimach<sup>10</sup>**, în vigoare tot în Moldova, din anul 1817 până la intrarea în vigoare a Codului civil din 1864, conține dispoziții referitoare la drepturile succesoriale ale soțului supraviețuitor, în capitolul 13 („Despre moștenirea cea fără de testament”), dar și în alte articole referitoare la darurile nuntești sau la zestre.

Conform art. 957, văduva/ văduvul care avea copii și nu se recăsătorea, avea dreptul la o parte de copil în uzufruct, însă, conform art. 958, de acest drept nu beneficiau femeia bogată, care nu a adus zestre, și bărbatul bogat, care nu a adus femeii dar nuntesc (donație ante-nuptias). *Per a contrario*, rezultă că aveau acest beneficiu și soția bogată care a adus zestre sau soțul bogat care făcuse donație ante-nuptias.

Dacă văduva era săracă și avea trei sau mai puțin de trei copii din cadrul ultimei căsătorii, avea dreptul la uzufructul unei părți „din curata avere” a soțului predecedat, adică după plata tuturor datoriilor succesiunii. Dacă din căsătorie au rezultat mai mult de trei copii, se aplica regula de la art. 957, ea primind în uzufruct, o parte cât un copil (art. 959). În doctrină<sup>11</sup> și în jurisprudență s-a afirmat că, deși textele nu menționează expres, bărbatul sărac are aceleași drepturi de succesiune în averea defunctei sale soții ca și soția săracă în averea soțului predecedat<sup>12</sup>.

Conform jurisprudenței, din dispozițiile art. 957 (similare cu cele din art. 6, cap. 36 din Manualul lui Donici), rezulta că dreptul de uzufruct al soțului supraviețuitor se pierdea dacă acesta se recăsătorea, indiferent dacă era vorba de bărbat sau femeie<sup>13</sup>. Tot jurisprudența, însă, a decis că din dispozițiile art. 957, 958 și 959 reieșea că soția supraviețuitoare săracă nu pierdea dreptul de a moșteni pe soțul

predecedat din cauză că s-ar fi recăsătorit, aceasta (recăsătorirea) ridicând dreptul de moștenire doar soțului bogat<sup>14</sup>.

Dacă soțul predecedat avea descendenți dintr-o căsătorie anterioară, soțul supraviețuitor sărac (văduvul sărac sau văduva săracă și implicit, văduvul bogat care a făcut donație ante-nuptias sau văduva bogată care a adus zestre), avea un drept de proprietate sau asupra unei părți din moștenirea soțului predecedat, sau la o parte cât un copil, după regulile enunțate anterior. În același sens era și jurisprudența, scoțând în evidență faptul că în concurs cu proprii lui descendenți, soțul supraviețuitor sărac primea partea ce i se cuvenea în uzufruct, pe când, venind în concurs cu descendenții rezultați dintr-o căsătorie anterioară, partea cuvenită era în plină proprietate<sup>15</sup>.

Dacă nu existau descendenți, ci alte rude ale lui de cunoscut, soțul supraviețuitor lua o parte din succesiune, în plină proprietate (art. 960).

Pe lângă aceste drepturi, femeia înzestrată, dar căreia nu i s-a dat contra-zestre, lua, pe lângă zestre, și o a treia parte (ipovolon), „pe cât face cătimea ei”, din averea mortului (art. 1678, cap. 34, „Văduvăritul”): în plină proprietate, dacă nu erau descendenți, și în uzufruct, în cazul contrar (art. 1680).

Deși din citirea acestor texte s-ar părea că recăsătorirea implică decăderea din drepturile succesoriale numai atunci când soțul supraviețuitor venea în concurs cu descendenții, totuși, jurisprudența a afirmat că nu exista îndoiala că recăsătorirea implică decăderea din drepturile succesoriale și în cazul concurenței cu colateralii<sup>16</sup>.

În lipsă de descendenți, alte rude ale defunctului sau în lipsa moștenitorilor enumerați la art. 942- 956, soțul supraviețuitor care a trăit nedespărțit de de cunoscut, moșteneau întreaga avere (art. 961).

Alte dispoziții referitoare la drepturile succesoriale ale soțului supraviețuitor întâlnim în capitolul „Dritul căsătoriei” și în dispozițiile referitoare la zestre.

Dacă văduva se recăsătorea înainte de împlinirea anului de doliu (art. 147) sau dacă năștea după împlinirea a zece luni de la decesul soțului (art. 148), ea pierdea dreptul la „câștigurile nuntești”.

Văduva care avea copii și voia să se recăsătorească înainte de împlinirea anului de doliu, o putea face numai dacă lăsa descendenților în plină proprietate jumătate din toată averea ei și toate câștigurile nuntești (art. 149). În schimb, văduva care nu avea copii și dorea să se recăsătorească după împlinirea anului de doliu, dobândeau în plină proprietate toate câștigurile nuntești și cele testate în favoarea ei de de cunoscut, cu excepția cazului când de cunoscut i-a lăsat legat sau a dispus altfel prin testament (art. 150). Dacă văduva se căsătorea după anul de doliu și dacă descendenții erau nevârstnici (paisprezece ani- baietii, doisprezece ani- fetele), văduva moșteneau doar veniturile darurilor nuntești și celor testate în favoarea ei, până descendenții

ajungeau la paisprezece, respectiv doisprezece ani; doar darurile primite de la soț sau de la rudele acestuia a doua zi după cununie rămâneau în proprietatea văduvei (art. 151).

În același fel, dacă văduvul avea copii din ultima căsătorie și se recăsătorea după anul de doliu, până la împlinirea de către descendenți a vârstei de paisprezece, respectiv doisprezece ani, văduvul dobânda doar veniturile celor moștenite din averea soției precedate. În cazul în care nu existau descendenți, văduvului i se cuveneau cele moștenite în plină proprietate (art. 152).

Din cele enunțate, rezultă că drepturile succesoriale ale soților erau reciproce, iar cuantumul lor depindea de clasa de moștenitori cu care soțul supraviețuitor venea în concurs, de numărul descendenților, precum și de eventuala recăsătorire sau de situația economică a soțului supraviețuitor.

## **II. Codul civil român din 1864**

În Codul civil român din 1864, situația soțului supraviețuitor se înfățișa în **Codul civil roman din 1864** sub trei aspecte.

Un prim aspect era acela al soțului supraviețuitor care venea la moștenire în lipsă de moștenitori legitimi sau naturali (art. 652 și art. 679 C. Civ.). Acest text a fost preluat din Codul civil francez din 1804<sup>17</sup>, dominat de ideea conservării bunurilor de către rudele de sânge. Prin dispozițiile art. 723 (art. 652 C. civ. român) și ale art. 767 (art. 679 C. civ. român), legiuitorul francez s-a întors la dispozițiile pretorului roman<sup>18</sup>, recunoscând soțului supraviețuitor vocația succesorală numai în cazul absenței complete a rudelor de sânge și a copiilor naturali.

Art. 684 C. civ. român trata al doilea aspect și anume dreptul de moștenire al văduvei sărace când ea se afla în concurs cu descendenții sau cu alte rude chemate de lege la succesiunea soțului defunct. La redactarea acestui articol, legiuitorul român s-a îndepărtat de Codul lui Napoleon și, sub influența vechilor noastre coduri (Manualul juridic al lui Andronache Donici, Codul Callimach), a creat văduvei sărace o situație de favoare.

Al treilea aspect era dreptul alimentar, cunoscut sub numele de „anul de doliu”. Acest drept consta într-o creanță alimentară acordată văduvei și care purta asupra întregii succesiuni (art. 1279 C. Civ, art. 1570 C. civ. francez).

### **1. Dreptul succesoral al văduvei în lipsa moștenitorilor legitimi sau naturali ai lui de cjus**

Codul civil din 1864 se ocupa, mai întâi, de dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor în art. 652 și 679 și în art. 681-683 C. civ.

Ca regulă generală, un soț moștenește pe celălalt numai în lipsă de moștenitori legitimi sau naturali de al doisprezecelea grad (adică numai înaintea statului)<sup>19</sup>, așezarea soțului supraviețuitor în ordinea succesorală tocmai în gradul al treisprezecelea având o explicație istorică<sup>20</sup>.

De la început trebuie observat că art. 652 alin. 2 C. Civ. și art. 679 C. Civ. se aplicau indiferent dacă soțul era **bărbat** sau **femeie**.

Pentru ca soțul supraviețuitor să fie chemat la moștenire, trebuiau întrunite anumite **condiții**:

- a) Vocația ereditară a soțului supraviețuitor era legată de însași calitatea de soț. Astfel, soțul supraviețuitor trebuia să probeze că a avut calitatea de soț legitim și că a păstrat-o până în momentul morții celuilalt soț. Cu alte cuvinte, el nu putea moșteni dacă a intervenit o hotărâre judecătorească definitivă pronunțând desfacerea căsătoriei. Practica judiciară a decis că, având în vedere că în lege nu se face nici o distincție dacă soția care reclama acest drept de moștenire a trăit împreună cu soțul sau dacă, în fapt, au fost separați, dreptul exista și dacă soții nu au trăit împreună<sup>21</sup>. Aceeași soluție se impunea și când căsătoria ar fi fost anulată sau ar fi fost inexistentă. Căsătoria putativă, producând toate efectele unei căsătorii valide, deși ar fi fost anulată, dreptul de moștenire exista pentru ambii soți, dacă ambii au fost de bună credință sau numai pentru acela care a întrunit această condiție (art. 183, art. 184 C. Civ.)<sup>22</sup>.
- b) Trebuia ca de cujus să nu fi lăsat nici un moștenitor în grad succesibil, adică să nu fi existat nici o rudă până la al doisprezecelea grad inclusiv. Această dispoziție era foarte injustă față de soțul supraviețuitor căci, conform textului art. 679 C. Civ., succesiunea putea fi atribuită unui colateral îndepărtat și necunoscut pentru care defunctul nu avea nici o afecțiune.
- c) Acest drept de moștenire exista numai dacă soțul decedat nu a lăsat un testament valabil prin care să dispună de întreaga sa avere. Practica judiciară a decis că, având în vedere că este o restricție a dreptului de proprietate, rezerva nu poate fi creată prin deducere sau pe cale de interpretare și că, oricât de puternice ar fi motivele de legislație pentru a se înființa rezerva în favoarea soțului supraviețuitor, aceste motive nu pot fi luate în considerare de un judecător dacă nu sunt traduse într-un text de lege<sup>23</sup>. Nefiind enumerată printre moștenitorii rezervatari (art. 841-842 C. civ.), în cazul în care de cujus a dispus prin testament de întreaga sa avere, soțul supraviețuitor nu putea reclama nici un drept. Dacă însă, prin testament, de cujus a dispus doar de o parte din averea sa și nu existau moștenitori legitimi, soțul supraviețuitor își putea exercita dreptul asupra părții netestate din succesiune.

## **Formalități ce trebuiau îndeplinite de către succesorii anomali**

După ce i se recunoștea dreptul de moștenire abia în al treisprezecelea grad, soțul supraviețuitor era tratat mai sever decât alți moștenitori. Această situație i-a fost creată de teamă să nu apară un moștenitor care să îl preceadă<sup>24</sup>. Astfel, art. 681- 683 C. Civ. impuneau o serie de **formalități**, unele comune pentru soțul supraviețuitor și pentru stat, iar altele specifice, impuse doar soțului supraviețuitor.

Conform art. 681 C.civ., soțul în viață și statul erau obligați a face să se pună peceti și a pretinde să se facă inventar după formele prescrise pentru acceptarea succesiunii sub beneficiu de inventar. Astfel, eventuala acceptare a moștenirii excludea confuziunea patrimoniului succesorului cu patrimoniul lui de cuius deoarece facerea acestui inventar, înainte de intrarea unui succesor anomal în posesia bunurilor succesoriale, determina ca, în privința acestei categorii de moștenitori și în raporturile lor (fie în mod activ cu eventualii moștenitori legitimi ce s-ar ivi, fie în mod pasiv cu creditorii lui de cuius) patrimoniul defunctului să rămână distinct de patrimoniul succesorului<sup>25</sup>.

Conform art. 682 C. Civ., soțul în viață mai era dator să transforme în numerar lucrurile mișcătoare. Este de remarcat faptul că prin această măsură, legea nu și-a atins scopul propus deoarece, ținând cont că banii sunt mult mai ușor de rispit decât lucrurile mobile, eventualii succesorii ce ar fi apărut mai târziu, nu aveau, în realitate, nici o garanție. Tocmai acesta este motivul pentru care Codul civil fancez nu s-a limitat la această simplă transformare, ci a impus soțului supraviețuitor obligația de a întrebuița sumele obținute după vânzarea mobilelor, tribunalul având posibilitatea de a decide maniera de întrebuițare a acestora<sup>26</sup>.

Conform aceluiași articol, dacă păstra averea mobilă în natură, soțul supraviețuitor trebuia să dea cauțiune solvabilă pentru restituirea succesiunii, în caz că s-ar fi prezentat moștenitori ai defunctului în termen de trei ani. După acest termen, cauțiunea era liberată. Referitor la această opțiune, consider relevantă observația că această cauțiune nu garanta restituirea întregii moșteniri, după cum greșit se exprima textul, ci numai a averii mobiliare netransformată în bani<sup>27</sup>.

Sanctiunea nerespectării acestor formalități consta în plata daunelor interese către moștenitorii care ar fi apărut (art. 683 C. civ.).

## **2. Drepturile succesoriale ale văduvei sărace (art. 684 C.civ.)<sup>28</sup>**

În afară de dreptul succesoral al soțului supraviețuitor enunțat anterior, conform art. 684 C. Civ., dacă bărbatul deceda și văduva nu avea avere, erau de examinat mai multe **ipoteze**:

- a) dacă din căsătorie s-a născut un singur copil, văduva săracă primea a treia parte din succesiune, în uzufruct.
- b) în prezența mai multor descendenți, uzufructul văduvei era restrâns la o porțiune virilă: uzufructul ei se exercita asupra unei părți egale cu cele atribuite copiilor. Prin „descendent” se înțelegea copil, iar când copiii erau precedeați și la moartea bărbatului rămâneau numai descendenți de-ai lor, împărțirea succesiunii și determinarea uzufructului văduvei sărace se făcea pe tulpini, fiecare dintre copiii precedeați ai defunctului corespunzând cu o tulpină. Conform practicii judiciare, dreptul văduvei sărace se păstra în caz de recăsătorire, dacă ea întrunea condițiile de la art. 684 C. civ., mai ales dacă ea a deschis procesul înainte de a doua căsătorie<sup>29</sup>. Conform opiniei dominante, copiii naturali nu intrau în numărul lor, nefiind chemați la moștenirea tatălui<sup>30</sup>.
- c) dacă bărbatul lăsa ca moștenitori ascendenți sau colaterali, văduva săracă primea o pătrime în deplină proprietate din averea defunctului.

În ipoteza în care bărbatul ar fi exheredat prin testament rudele sale și nu ar fi rămas în urma lui moștenitori rezervatari, soțul supraviețuitor (bărbat sau femeie) lua întreaga succesiune în proprietate, devenind aplicabile dispozițiile art. 652 și art. 679 C. Civ.

Având în vedere că cei care renunțau la moștenire sau cei care erau declarați nedemni a succede nu mai puteau fi considerați ca moștenitori ai defunctului și nici nu mai puteau invoca vreun drept izvorând din această calitate, renunțarea sau nedemnitățile unui comoștenitor, rezervatar sau nerezervatar, profita și văduvei sărace. Spre exemplu, dacă de cujus a lăsat un descendent, mamă, tată și o soție săracă, iar descendentul renunța la moștenire și tatăl era nedemn, se aplica art. 684 alin. 3, văduva primind o treime în plină proprietate.

### **Natura dreptului văduvei sărace**

Din cauza felului în care a fost redactat, art. 684 C.civ. a dat naștere la greutăți de interpretare, provocate mai ales de lipsa lucrărilor pregătitoare.

Una din problemele ce s-a ridicat a fost dacă dreptul înscris în acest articol este un drept de moștenire, unul de creanță sau doar o favoare a legii admisă pentru văduvele sărace, când soții precedeați nu au testat<sup>31</sup>.

În jurisprudență, într-o primă fază, s-a susținut că acesta este un drept de creanță, considerându-se că, oferindu-se văduvei o parte în uzufruct sau în plină proprietate doar dacă nu avea avere, dreptul ei nu putea fi asimilat cu un drept de succesiune, întrucât legiuitorul, la stabilirea vocației succesoriale a diferitelor clase de moștenitori, a fost condus de afecțiunea prezumată între defunct și erezi, nu de gradul de lipsă de avere al unei persoane. Având în vedere și faptul că acest drept nu

era reciproc, în speță<sup>32</sup>, s-a decis că apelanta nu putea cere de la justiție trimiterea în posesie, ci că trebuia să își dirijeze acțiunea împotriva eredităților pentru a stabili față de aceștia că i se cuvenea partea ce pretindea<sup>33</sup>.

Această opinie însă nu a triumfat. După cei mai mulți autori și conform jurisprudenței dominante, văduva avea un drept de moștenire pe care și-l putea valorifica în fața justiției: „considerând că, din combinarea principiilor din dreptul roman, Authentica praeterea și Novelele 53, 74 și 117, cu faptul că art. 684 este așezat sub titlul care tratează despre succesiunile neregulate și în secțiunea care tratează despre dreptul de moștenire al văduvei, precum și cu însăși expresiile clare, precise și repetate în acel text de lege, rezultă că legiuitorul român, conform cu principiile dreptului romanșii ale Codului Callimah, a considerat dreptul ce acordă prin art. 684 văduvei fără avere ca un drept de succesiune în averea rămasă de la defunct<sup>34</sup>.

Mai departe, în doctrină, s-a dezbătut chestiunea ce fel de drept succesoral este. Unii autori au susținut că este un drept de moștenire special, fie deoarece dreptul văduvei o plasa în ordinea succesorală după moștenitorii rezervari, dar înaintea celorlalți moștenitori legitimi ai defunctului<sup>35</sup>, fie pentru că este recunoscut numai în vederea stării de sărăcie, fiind o sarcină impusă întregii moșteniri<sup>36</sup>, alții că este neregulat, fiind un drept de succesiune anomală<sup>37</sup>, iar conform unei alte opinii, s-a susținut că ar fi vorba de un legat presupus întemeiat pe dorința prezumată a lui de cujus, invocându-se ca argumente faptul că locul pe care îl ocupă un text nu determină mereu caracterele dreptului oferit de acesta, datorită necesității stării de sărăcie pentru a beneficia de acest drept și, nu în ultimul rând, datorită faptului că, în dreptul nostru, rudenția de sânge reprezintă titlu de moștenire, în timp ce căsătoria, deși poate fi un astfel de titlu, la noi nu este considerată ca atare<sup>38</sup>.

### **Coexistența drepturilor văduvei sărace și a unui testament**

Cum am amintit mai sus, soțul supraviețuitor nu era moștenitor rezervatar. În aceeași situație era și văduva săracă.

Consecința constă în aceea că văduva săracă putea veni la moștenire și în cazul în care exista un testament, dar doar dacă prin el de cujus nu a dispus de întreaga sa avere, cu observația că acest drept putea fi desființat din cauza rezervei. De exemplu, când bărbatul a decedat lăsând în urma sa trei copii și dispunând de toată cota disponibilă, văduva, nefiind rezervatară, ce putea cere? Dacă ar fi pretins uzufructul cât un copil din cele  $\frac{3}{4}$  pe care de cujus nu le testase, ar fi însemnat să atingă rezerva copiilor. De asemenea, când după soț au rămas părinți care aveau rezerva de jumătate din succesiune și de cujus a dispus prin testament de cealaltă jumătate în întregime, văduva nu mai putea cere nimic.



Se putea întâmpla ca bărbatul fie că a testat tot, fie doar parte din averea lui, să fi lasat și femeii ceva. Dacă el a testat tot și i-a lăsat soției o parte oricât de mică, ea nu mai putea reclama altceva, nefiind rezervatară. Problema era mai delicată atunci când soțul a testat numai pentru o parte din avere și i-a lăsat și femeii ceva prin testament. La o primă vedere, s-ar fi putut susține că aceasta a fost voința testatorului, deci că văduva săracă nu ar mai fi putut reclama altceva, dar ținând cont că majoritatea doctrinei și jurisprudenței au decis că dreptul văduvei era un drept de moștenire ca și al celorlalți moștenitori și, cum aceștia își puteau reclama drepturile lor în averea netestată, chiar când li s-ar fi lăsat ceva prin testament, urmează că văduvei i se aplică același tratament. În această situație însă, văduva putea să își piardă dreptul dacă se stabilea că, în urma acestui legat, nu mai era săracă. Dacă ar fi fost socotită săracă, cu tot cu legatul, era îndreptățită să beneficieze de art. 684 C. civ., în această ipoteză ea cumulând legatul cu partea ce i se cuvenea conform art. 684 C. Civ.<sup>39</sup>.

### Starea de sărăcie a văduvei

Fiind relativă, sărăcia e un criteriu în funcție de care e greu de determinat drepturile unei persoane. În lipsa altor precizări în acest sens din partea legiuitorului român, unii doctrinari au căutat indicii în izvoarele Codului civil român<sup>40</sup>.

În sensul strict al cuvântului, văduva săracă ar fi fost femeia care nu avea aproape nimic, care era într-o stare de sărăcie extremă și care nu ar fi putut trăi dacă nu i s-ar fi dat ceva din moștenirea soțului predecedat.

Jurisprudența și majoritatea doctrinei însă, au stabilit următoarea normă de apreciere: pentru a ști dacă o văduvă este săracă ori nu, s-a zis că trebuie să se țină seama de situația pe care o avea soțul decedat și să se aprecieze situația femeii **în comparație cu averea soțului**. Astfel, instanțele de fond apreciau în mod suveran<sup>41</sup> starea de sărăcie în raport cu averea rămasă de la bărbat, așa încât o femeie putea fi considerată săracă cu toate că avea o avere personală oarecare, fie dotală, fie parafernala pentru că moartea bărbatului nu trebuia să aducă nici o schimbare în poziția socială pe care o avuse în timpul căsătoriei<sup>42</sup>. Într-o speță, văduva care nu avea altă avere decât suma de cinci sute mii lei vechi lăsată de soțul predecedat prin testament, față de averea acestuia care se evalua aproximativ la trei milioane lei vechi, a fost considerată de instanță ca având, în mod relativ, calitatea de văduvă săracă<sup>43</sup>. În alte spețe, s-a decis că apelanta nu putea fi considerată văduvă bogată, ținând cont că averea ei se ridica la cel mult o cincime din averea soțului și că venitul acestei averi i-ar cere o condiție disproporționată față de situația pe care o avea în timpul căsătoriei<sup>44</sup>.

În doctrină<sup>45</sup>, s-a susținut și părerea conform căreia starea de sărăcie ar trebui apreciată într-un sens strict, nu prin raportare la traiul avut de soți în timpul căsătoriei, deoarece legea nu prevedea nimic în acest sens, scopul legiuitorului fiind de a ajuta văduva nevoiașă, și, mai ales, deoarece bărbatul, chiar sărac, nu avea un drept analog. Erau invocate, de asemenea, argumente istorice atât din dreptul roman, cât și din vechiul drept român și argumente deduse din Codul civil din 1864, și anume din art. 1279, afirmându-se că atunci când legiuitorul a dorit să îi asigure femeii un trai cât mai aproape de cel din timpul căsătoriei, a prevăzut să i se dea acesteia, pe lângă hainele de doliu, întreținere, în sensul larg al cuvântului, timp de un an. Această opinie, însă, nu a avut ecou în practică.

### **Caracteristicile dreptului văduvei sărace<sup>46</sup>**

Deși existau puncte de vedere diferite în ceea ce privește aprecierea stării de sărăcie, câteva aspecte legate de aceasta și de dreptul văduvei sărace puteau fi conturate:

a) starea de sărăcie se putea dovedi prin orice mijloace de probă, inclusiv prin prezumții. Într-o speță, s-a considerat că atât timp cât intimata susținea că s-a căsătorit fără nici o dotă sau altă avere proprie și proba contrarie, din registre sau dosare ale tribunalelor, nu s-a adus și atât timp cât toată averea mobilă și imobilă rămasă de la defunct s-a dat în posesia apelanților ce au invocat calitatea de erezi, proba sărăciei era pe deplin făcută, mai ales că prin actul de pauperitate nr. 8853 din 1900 se făcea atestare de autoritățile fiscale că apelanta nu plătea nici un impozit<sup>47</sup>;

b) această stare trebuia apreciată în momentul morții soțului<sup>48</sup>;

c) dreptul exista numai dacă soții trăiau nedespărțiți până în momentul morții soțului;

d) dreptul acordat văduvei sărace trebuia reclamat. Neavând sezina, văduva săracă trebuia să se adreseze justiției pentru a cere punerea în posesie: „considerând că văduva fără avere nu are de drept posesia moștenirii, văduva Mătăsaru nu se poate număra printre moștenitori deoarece nu s-a dovedit că dânsa a cerut și a obținut sezina”<sup>49</sup>. În această privință, jurisprudența a precizat că, deși conform art. 653 C. civ., femeia săracă nu intra în posesia dreptului de moștenire decât cu permisiunea justiției, nu este mai puțin adevărat că dacă femeia rămânea de fapt în stăpânirea unui asemenea drept și continua a fi lăsată în stăpânire de ceilalți moștenitori ai defunctului, ea nu avea interes a se adresa justiției, dar că această situație nu însemna o decădere din drepturile ei<sup>50</sup>;

e) fiind un drept de moștenire ca al celorlalți succesori, odată recunoscut, dreptul văduvei exista din momentul deschiderii succesiunii<sup>51</sup>

f) era transmisibil, dar se pierdea, după normele art. 700 C. civ. ca și drepturile celorlalți moștenitori. Dacă nu era reclamat în treizeci de ani de la moartea soțului, nu mai putea fi reclamat.

g) văduva săracă putea cere ieșirea din indiviziune și era ținută să contribuie la plata datoriilor moștenirii în proporție cu partea sa ereditară.

### **Cuantumul dreptului văduvei sărace**

Legea din 1864, ca și cele anterioare, făcea ca dreptul femeii să varieze în funcție de moștenitorii cu care venea în concurență. Dacă de cujus a lăsat descendenți, văduva avea un drept de uzufruct, iar dacă nu a lăsat descendenți, avea dreptul la o pătrime în plină proprietate.

#### **a) Uzufructul văduvei sărace**

Când avea drept de uzufruct, acest drept începea de la încetarea uzufructului legal, adică de la vârsta de douăzeci de ani sau de la emanciparea copiilor. Jurisprudența a precizat că din termenii generali ai art. 684 C. civ. reieșea că văduva săracă putea cere recunoașterea dreptului ei chiar din momentul morții soțului, fără a aștepta încetarea uzufructului legal, că acest drept era general și opozabil tuturor descendenților soțului, fie că erau din căsătoria cu dânsul, fie că erau dintr-o căsătorie anterioară, cu singura deosebire că față de primii, dacă sunt minori, acest drept începea de la încetarea uzufructului legal<sup>52</sup>.

Când era un singur copil, nu existau probleme practice. Când însă defunctul lăsa mai mulți descendenți minori, care deveneau majori în mod succesiv, jurisprudența a hotărât că, pentru a fi respectată voința legiuitorului de a evita concursul între două uzufructuri de naturi diferite asupra aceleiași averi, acest drept de uzufruct al mamei din calitate sa de văduvă săracă să înceapă a se exercita de la epoca încetării uzufructului legal pe care ea îl are asupra averii copilului celui mai mare, mărindu-se succesiv, astfel încât la încetarea uzufructului copilului celui mai mic, dreptul său de uzufruct în calitate de văduva săracă să se exercite în întregime<sup>53</sup>.

### **Modul de calcul al uzufructului văduvei sărace**

Spre deosebire de Codul civil francez, porțiunea virilă a soției sărace se calcula în același mod, fie că descendenții erau din aceeași căsătorie, fie că erau din căsătorii diferite.

Având în vedere adevăratul sens al expresiei „porțiune virilă” din succesiunea soțului defunct înscrisă la art. 684 C. civ. și combinând-o cu asemănarea și identitatea ce exista între drepturile acordate văduvei sărace cu cele acordate legatarilor unei

succesiuni, jurisprudența a afirmat că efectuarea calculului porțiunii virile trebuia să se facă potrivit dispozițiilor art. 849 C. civ., adică așa cum se făcea calculul cotității disponibile<sup>54</sup>. Deși practica a considerat că acest sistem de calcul nu era contrariu art. 751 C. civ.<sup>55</sup> și că, de asemenea, acesta nu viola principiul irevocabilității donațiilor, căci bunurile erau adăugate doar fictiv, iar, în realitate, acea porțiune nu se lua decât din bunurile lăsate la moartea soțului, în doctrină și în jurisprudență s-a afirmat că acest mod de a calcula este pur teoretic și că, deși dă satisfacție principiilor de drept, nedreptățește întreaga cotitate disponibilă: în practică, descendenții puteau ajunge să ia restul care constituia rezerva lor, iar văduva săracă ajungea să nu mai găsească în patrimoniul succesoral nici un bun asupra căruia să își poată exercita uzufructul<sup>56</sup>.

Deoarece văduva săracă nu era moștenitoare decât în considerația stării ei materiale precare, ea nu putea invoca față de ceilalți comoștenitori aceleași drepturi pe care aceștia le puteau invoca unii față de alții. Ea nu putea să le ceară să raporteze darurile primite de la de cuius, nu putea să ceară reducățiunea donațiilor făcute de defunct în timpul vieții sale. Dreptul ei de moștenire nu era decât eventual și subordonat condiției ca de cuius să nu fi donat sau testat întreaga parte disponibilă a averii sale<sup>57</sup>.

#### **b) Concursul văduvei sărace cu ascendenții sau colateralii defunctului**

Când văduva săracă venea în concurs cu ascendenții și colateralii lui de cuius, legea îi atribuia o pătrime din succesiune în plină proprietate. Având în vedere și dispozițiile art. 670 și 673 C.civ. care reglementau concursul ascendenților de gradul întâi și al colateralilor privilegiați, în practică s-au ivit numeroase **dificultăți cu privire la împărțeală**. Dacă de cuius a lăsat tată, mamă, frați și surori, situația era următoarea: tatăl și mama aveau drept la jumătate din succesiune, iar cealaltă jumătate se cuvenea fraților și surorilor, urmând ca văduva săracă să fie exclusă de la moștenire.

Într-o primă speță, jurisprudența a decis să se împartă succesiunea în cinci părți<sup>58</sup>, dând o cincime femeii, două cincimi ascendenților privilegiați și două cincimi fraților și surorilor. Această soluție nu corespundea cu legea pentru că micșora drepturile prevăzute la art. 684 C. civ. O altă propunere a fost să se dea partea femeii, o pătrime, iar celelalte pătrimi să se împartă între ascendenții privilegiați și colateralii privilegiați, dându-se fiecăreia din aceste două categorii câte o jumătate din cele trei pătrimi<sup>59</sup>. Și această soluție a fost criticată pentru că ascendenții nu luau câte o pătrime precum dispuneau art. 670-673 C. Civ. și nici colateralii privilegiați două sau trei pătrimi. În fine, autorii celei de-a treia soluții au propus să se atribue părinților, care sunt și rezervatari, partea lor respectivă, adică două pătrimi, apoi văduva săracă să își ia pătrimea cuvenită ei, iar restul să se atribue colateralilor privilegiați care nu au calitatea de moștenitori rezervatari și care sunt presupuși a trece după soție în ordinea afecțiunii prezumate a lui de cuius<sup>60</sup>.

### 3. Alte drepturi succesoriale ale văduvei

În afară de drepturile analizate până aici, Codul civil de la 1864 mai recunoștea văduvei și alte drepturi în succesiunea soțului.

Conform art. 1279 C.civ., în cazul în care căsătoria se desfăcea prin moartea bărbatului, femeia avea drept să ceară, timp de un an, dobânzile dotei ori fructele ei sau alimente din succesiunea bărbatului. În tot cazul, prevedea acest text, abitația în cursul aceluși an și veșmintele de doliu trebuiau a fi procurate din succesiunea bărbatului<sup>61</sup>.

#### Enunțarea drepturilor văduvei<sup>62</sup>

a) În primul rând, văduva avea dreptul de a cere **dobânzile ori fructele dotei sau alimente**, având deci un drept de opțiune între alimente și fie fructele, fie dobânzile dotei, ea neputându-le cumula<sup>63</sup> și alegerea ei fiind irevocabilă. În practică, s-a afirmat despre acest drept de opțiune că nu se pierde prin faptul că femeia a perceput veniturile dotei sale căci trebuia să trăiască în acest interval și că renunțarea nu se presupune, judecătorii fiind în drept să aprecieze faptele din care ar putea să rezulte această opțiune<sup>64</sup>.

Dat fiind faptul că acest articol este cuprins în materia regimului dotal, s-a susținut că nu se aplica decât femeilor dotate, însă o parte a doctrinei și a jurisprudenței a fost în sens contrar, afirmând că articolul prevede două ipoteze, prima când femeia a fost dotată și atunci avea drept la dobânzile dotei sale și a doua, se referea la cazul când femeia nu avea dotă și atunci ea avea dreptul să ceară alimente<sup>65</sup>. Este de remarcat faptul că această creață alimentară era datorată de întreaga succesiune.

b) În al doilea rând, legea recunoștea văduvei un **drept de abitație** pe timp de un an de la moartea soțului ei. Dacă era posibil, văduvei trebuia să i se permită să locuiască în casa în care a locuit cu soțul său. Dacă însă ea a părăsit casa sau dacă interese bine întemeiate ale moștenitorilor cereau ca acea casă să fie vândută, soția avea dreptul de a cere o sumă de bani echivalentă pentru a i se asigura locuința timp de un an<sup>66</sup>. În cazul în care soțul a legat soției uzufructul imobilului în care locuiau dâșii, văduva nu putea reclama abitația<sup>67</sup>.

c) În al treilea rând, văduvei îi era recunoscut **dreptul la veșmintele de doliu**, indiferent de situația financiară a acesteia.

#### Caracteristici

Pentru aprecierea **cuantumului dreptului** de abitație și a celui la veșmintele de doliu, instanțele de fond țineau seama de situația materială și socială a soțului, scopul acestei legi fiind de a asigura văduvei timp de un an un trai cât mai apropiat de

acela pe care l-a avut cu soțul ei<sup>68</sup>. În cazul dreptului la alimente, cuantumul acestora se fixa în funcție de activul succesoral. Jurisprudența a scos în evidență faptul că acestea nu pot fi fixate de testator în mod indiscutabil deoarece, anul de doliu fiind impus prin lege, nu este o liberalitate din averea sa, ci este o obligație ce se naște după moartea testatorului<sup>69</sup>.

În ceea ce privește **transmisibilitatea** acestor drepturi, în timp ce dobânzile sau fructele dotei puteau fi transmise fără nici un inconvenient, celelalte nu puteau fi transmise decât dacă soția intentase o acțiune pentru reclamarea lor (în cazul în care ea încetase din viață la puțin timp după soțul ei), moștenitorii ei având posibilitatea doar de a continua această acțiune<sup>70</sup>.

Una din chestiunile controversate atât în doctrină, cât și în jurisprudență era de a ști dacă văduva săracă putea **cumula drepturile oferite de art. 684 C. civ.** cu cele oferite de art. **1279 C. civ.** Curtea de la Iași nu admitea cumulul pe motiv că, având în vedere dispozițiile art. 1279 conform cărora nici femeia dotată nu putea să cumuleze fructele dotei sale cu alimentele ce legea acorda acesteia pentru anul de doliu, devenea evident că cu atât mai puțin femeia fără dotă nu putea cumula porțiunea virilă ce legea îi acorda în calitate de văduvă săracă cu alimentele anului de doliu și că a admite cumulul în favoarea celei din urmă, ar fi a admite că legiuitorul a înțeles a avantaja mai mult pe soția nedotată, care nu a contribuit atât de mult la suportarea cheltuielilor căsătoriei cum a contribuit cea dotată, ceea ce era imposibil de admis<sup>71</sup>. În schimb, Curtea Galați admitea cumulul considerând că dacă legiuitorul, ținând cont de afecțiunea reciprocă a soților și de concursul ce femeia a dat bărbatului în timpul căsătoriei pentru câștigarea și înmulțirea averii, prin art. 684 C. civ. a mai creat o favoare femeii sărace și un drept de succesiune în averea barbatului, acest drept este cu desăvârșire distinct de cel admis prin art. 1279 C. civ., astfel încât femeia le poate exercita cumulativ. Partizanii acestei opinii au mai susținut că nu se poate deduce teza contrarie din faptul că femeia care a adus dota nu putea cumula fructele dotei cu alimente deoarece această distincție nu putea avea analogie în privința femeii sărace pentru care legiuitorul a fost condus mai mult de spiritul de umanitate<sup>72</sup>.

Majoritatea jurisprudenței<sup>73</sup> și majoritatea autorilor<sup>74</sup> s-au pronunțat în favoarea admiterii cumulului, admitând că textul fiind general, văduva săracă nu putea fi privata de drepturile acordate de art. 1279 C. civ.

#### **4. Măsurile de îmbunătățire ale sistemului existent în codul civil**

Fiind observate diferitele neajunsuri, pe lângă încercările jurisprudențiale de a îndrepta situația, au fost adoptate și anumite legi în scopul îmbunătățirii sistemului Codului civil din 1864.

Astfel, prin **Legea din 21 decembrie 1916** s-au prevăzut o serie de dispoziții excepționale în favoarea văduvelor celor încetați din viață sub drapel<sup>75</sup>.

**Legea timbrului** luase mai demult măsura, păstrată în modificările din 1920, ca din punct de vedere al taxelor de înregistrare, soții să fie puși în același rang cu ascendenții în linie directă, anume după descendenți și înaintea fraților, surorilor și copiilor acestora.

Prin **legea din 1921 asupra impozitului progresiv pe succesiuni** s-a mers mai departe. Prin art. 4 al acestei legi s-a dispus că drepturile de succesiune ab intestat de la al patrulea grad se desființează, iar patrimoniile persoanelor decedate fără testament și fără rude până la gradul al patrulea inclusiv, trec în folosul fiscului; patrimoniul acelor care nu lasau rude de la al cincilea până la al doisprezecelea grad trecea în folosul Casei Meseriilor. Doctrina și jurisprudența au afirmat în repetate rânduri că dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor nu a fost suprimat prin art. 4 al acestei legi și că, în cazul art. 679- 680 C.civ., soțul supraviețuitor venea la moștenirea soțului precedat în rândul al cincilea, după verii primari, iar nu în gradul al treisprezecelea<sup>76</sup>. În același timp, rămăneau însă intacte drepturile văduvei sărace din art. 684 C.civ. și cele prevăzute în art. 1279 C.civ. pentru anul de doliu.

### **III. Situația soțului supraviețuitor în dreptul succesoral al teritoriilor alipite.**

Pentru a avea o imagine mai clară despre situația soțului supraviețuitor, dar și pentru a înțelege și a aprecia mai corect dispozițiile Codului civil din 1864 modificate prin Legea 314/ 1944 , înainte de a formula concluziile este util să examinăm situația și în anumite sisteme de drept străine aplicabile pe teritoriul actual al României unde, în urma dezrobirii provinciilor, exista o mare diversitate de reguli juridice.

**1.** În momentul ocupării **Basarabiei** de către ruși, în acest teritoriu se aplica dreptul moldovenesc, în special obiceiul pământului. Pe parcursul procesului de rusificare al Basarabiei, rușii au hotărât ca, în cazurile în care legile locale nu ar fi de ajuns pentru rezolvarea problemelor juridice ivite, să se aplice jurisprudența Senatului și **Codul civil rus**<sup>77</sup>.

Legislația rusească era bazată pe rudenia de sânge, fără nici o restricție în ceea ce privește gradul de rudenie. Dreptul de succesiune se întindea asupra întregii familii care forma o singură înrudire de sânge până la stingerea completă a acestui neam atât în linie bărbatească, cât și în linie femeiască (art. 1111 C. civ. rus).

În ceea ce privește regimul de bunuri între soț și soție, regimul obișnuit era cel al separației de bunuri conform căruia averea agonisită de unul dintre soți nu putea face obiectul unei succesiuni pentru celălalt<sup>78</sup>.

Legislația rusească nu recunoștea, în principiu, drepturi succesoriale soției, totuși oferea bărbatului posibilitatea de a asigura starea materială a soției sale prin două mijloace: partea legală și folosința viageră. Textele prevădeau expres dreptul femeii, însă același drept îl aveași bărbatul în virtutea art. 1153.

Dreptul unuia dintre soți asupra părții legale nu împiedica pe celălalt să dispună prin testament de averea câștigată, care putea fi transmisă oricui. În cazul în care soțul precedea a lăsat un testament, soțul supraviețuitor primea partea sa legală din partea de avere asupra căreia de cujus nu a testat (art. 1148).

Partea legală era de 1/7 din imobile și ¼ din mobile, adică de două ori mai mare decât partea legală a fiicei. Zestrea și averea proprie a soției văduve, câștigate înainte sau după căsătorie, nu se socoteau în partea ei legală (art. 1150).

Numai într-un singur caz dreptul soției purta asupra imobilelor în întregime: atunci când bărbatul din clasa nobilimei primea, prin rescript imperial, numele de familie al soției sale, atunci când neamul acesteia s-a stins în linia bărbătească (art. 1160).

Cu toate că averea trebuia să treacă la succesori legali, legea institua o excepție în folosul soților, permițând testarea între ei a dreptului de folosință viageră. Contrar dreptului de folosință a părinților, folosința soților era bazată pe testament, care trebuia alcătuit cu ajutorul notarului public. Soțul care primea acest drept de folosință, pierdea partea legală. Totuși el îl putea refuza, cerând în schimb partea sa legală (art. 1148 adnotat)<sup>79</sup>.

## **2. Dreptul austro-ungar**

### **2. 1. Dreptul austriac<sup>80</sup>**

În **Bucovina**, Codul civil austriac votat și promulgat de la 1813, a suferit o serie de modificări în timpul războiului mondial între anii 1914-1918, până când Bucovina s-a alipit din nou României, guvernul austriac dând mai multe novele care au modificat materia succesiunilor.

În sistemul dreptului austriac, nu se facea distincție între bărbat sau femeie, ambii având drept de moștenire în succesiunea soțului precedat. Pentru a putea moșteni, era necesar nu numai ca ei să nu fi fost divorțați până în momentul morții, ci și neseparați de corp.

Dacă defunctul a lăsat copii, fie din căsătoria cu soțul rămas în viață, fie din altă căsătorie, soțul rămas în viață avea drept la o parte în uzufruct. Dacă au rămas mai puțin de trei copii, acea parte este de ¼, iar dacă au rămas trei sau mai mulți copii, va primi, în uzufruct, numai o parte cât cea a unui copil. Jurisprudența vremii confirma acest fapt, cu observația că uzufructul putea fi pretins numai asupra acelei părți a valorii averii care mai rămânea după satisfacerea tuturor creditorilor soțului decedat<sup>81</sup>.



Dacă nu erau copii, dar au rămas alte rude chemate la moștenire, soțul primea o pătrime din succesiune în plină proprietate, compensându-se în aceasta tot ceea ce îi revenea din averea celuilalt soț în baza contractului de căsătorie, a pactului succesoral sau dintestament. Nu se compensa însă cu ceea ce a primit de la de cuius printr-un act între vii (dota, teoretu, dar de dimineață, prin comunitate de bunuri, etc). Soțul supraviețuitor nu putea cere însă pe lângă porțiunea de moștenire legală ori de folosință și uzufructul întregii mase succesorală (art. 1258)<sup>82</sup>.

Dacă defunctul nu avea nici o rudă din parantelele chemate la moștenire și nici anumiți moștenitori chemați de art. 752- 756, întreaga succesiune îi revenea soțului rămas în viață.

Aceste dispoziții au fost modificate parțial în Bucovina prin Novela I din anul 1914, în următorul sens: dacă au rămas descendenți în urma defunctului, soțul lua a patra parte în plină proprietate și când erau chemați la succesiune părinții și descendenții lor ori buni ai soțului decedat- o jumătate în plină proprietate.

Dacă erau în viață buni ai defunctului și descendenți ai bunilor decedați, conform paragrafelor 739-740, soțul supraviețuitor lua, pe lângă 1/2, și din jumătatea cealaltă partea descendenților bunului încetat din viață (paragraf 757 alin 1). Conform alin. 2 al aceluiași paragraf, când în urma defunctului soț nu au rămas nici descendenți, nici moștenitori din linia a doua și nici buni, întreaga succesiune era dobândită de soțul supraviețuitor.

Conform parag. 758 modificat, pe lângă porțiunea de moștenire, soțul supraviețuitor mai avea drept, ca un legat anticipat, la obiectele mobile ce se găseau în gospodărie, însă, atunci când venea la moștenire împreună cu descendenții lui de cuius, acest drept era limitat numai la mobilele necesare pentru satisfacerea „trebuințelor proprii” (când moștenitorii nu erau descendenți de-ai lui de cuius, aceste mobile erau în întregime ale soțului supraviețuitor).

În cap. XXIII intitulat „Despre pactele nuptiale” din codul civ. austriac, observăm că, atunci când se încheiau aceste pacte, soțul avea dreptul de a dispune ca după moartea lui, să se dea văduvei o pensie, care trebuia plătită trimestrial (parag. 1242) și pe care văduva, în caz de recăsătorire, o pierdea (parag. 1244). Pe teritoriul Codului civil austriac, conform jurisprudenței, dacă soțul nu s-a ocupat de întreținerea văduvei, ea nu putea pretinde întreținere de la moștenitori decât în cazul în care nu avea avere sau venit suficient pentru întreținere; ceea ce lipsea, trebuia suplinit din averea lui de cuius<sup>83</sup>.

De asemenea, mai avea un drept ex lege la întreținere din succesiunea soțului ei defunct timp de șase săptămâni socotite de la moartea soțului ei (parag. 1243)<sup>84</sup>.

## **2. 2. Dreptul maghiar<sup>85</sup>**

În principiu, în Ardeal se aplica codul civil austriac în forma redată în anul 1853, modificat printr-o serie de legi maghiare. În unele teritorii, și anume în acelea care au facut parte din Ungaria și au fost alipite Ardealului, se aplica uneori și dreptul privat ungar.

În sistemul de drept maghiar, drepturile succesoriale variau în funcție de clasa socială, de existența descendenților, de categoria bunurilor, precum și de genul soțului supraviețuitor (femeie sau bărbat).

**Sucesiunea conjugală.** Pentru aflarea drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor, interesa originea bunurilor succesoriale. Conform art. 4 din Normele Juridice Provizorii, dacă defunctul nu avea descendenți, toate bunurile de achiziție reveneau soțului supraviețuitor, bărbat sau femeie, însă cele lineare erau moștenite de acesta numai în lipsă de ascendenți: „ca erede universal al soțului conjugal decedat fără descendenți și fără testament, trebuie privit soțul conjugal supraviețuitor, deci cel care pretinde că există ereditare specială (lineară) trebuie să dovedească existența acesteia”<sup>86</sup>.

Dreptul de succesiune conjugală era bazat pe legătura matrimonială ce a existat valabil până la moartea unuia dintre soți și acest drept era necondiționat, adică soțul supraviețuitor moștenea cu excepția cazului când era exclus de la moștenire printr-o dispoziție legală. Astfel, în jurisprudență, s-a decis de nenumărate ori că soțul supraviețuitor este chemat la moștenirea lui de cujus chiar și atunci când comportamentul său ar fi condus la încetarea conviețuirii conjugale<sup>87</sup>. În altă speță, faptul că un bărbat și-a părăsit soția și s-a mutat în altă comună unde a trăit în concubinaj cu altă femeie, nu îl făcea nedemn pentru succesiunea conjugală ce s-a deschis la moartea soției sale decedate fără testament și fără descendenți<sup>88</sup>. În același sens, s-a mai afirmat că „ereditatea conjugală are loc (...) și nici viețuirea separată stabilă, nici vinovăția soțului conjugal rămas în viață, nu curmă dreptul de ereditare conjugală”<sup>89</sup>.

Practica judiciară însă, condamna faptele care violau grav baza etică a vieții conjugale, atât din cu pedepse penale, cât și cu sancțiuni de drept civil și anume cu pierderea drepturilor care decurgeau din calitatea de soț: în speță, reclamanta, căsătorită fiind cu de cujus, l-a părăsit și a fugit în New York, unde a pretins că este văduvă și s-a recăsătorit, bigamia fiind un caz de nedemnitate succesorală<sup>90</sup>.

În ceea ce privește natura dreptului, Curia a declarat (la fel și Curtea de la Cluj) că dreptul soțului supraviețuitor nu este un simplu uzufruct, ci proprietate restrânsă, deci nu se mai recunoștea practica anterioară contrarie conform căreia soțul supraviețuitor era un succesori singular ca un legatar onorat numai cu uzufruct, ci era erede, a cărui proprietate restrânsă putea să devină deplină, dacă supraviețuia

copiilor și descendenților acestor<sup>91</sup>. Acesta era un principiu general admis în jurisprudența maghiară, dar cea austriacă a fost contrarie, soțul supraviețuitor fiind un simplu uzufructuar. Această practică a încetat în urma legii din 1914 care a modificat Codul civil austriac, în sensul că, în concurs cu descendenții, soțul supraviețuitor primea o pătrime în plină proprietate. Având în vedere că această modificare nu a fost introdusă în Ardeal, era de dorit ca cel puțin construcția adoptată de jurisprudența maghiară să fie menținută<sup>92</sup>.

**Sucesiunea văduvei** (art. 15 din Normele Juridice Provizorii) nu trebuie confundată cu succesiunea soțului supraviețuitor<sup>93</sup>.

Conform art. 99, 101 și 102 din tripartitul lui Werböczy, succesiunea văduvei cuprindea: hainele de gală ale soțului predecedat, inelul, caleașca și caii de gală, herghelia dacă aceasta cuprindea mai puțin de cincizeci de cai. De asemenea, mai cuprindea și o parte ereditară din bunurile avitice mobile, egală cu a fiilor și a fiicelor. În lipsa descendenților sau altor „neamuri nedividate” și în lipsă de testament, văduva moștenea toate bunurile avitice. Referitor la acestea, după practica judiciară a Curiei regești maghiare<sup>94</sup>, în anul 1861 acestea nu mai puteau fi corect definite și stabilite din motivul că dreptul succesoral în vigoare la acel moment nu se mai baza pe calitatea de mobil sau imobil a achiziției, ci pe distincția între bunuri achizite și lineare. Astfel, aceste mobile, deși apăreau ca fiind achizite, de drept, ele nu puteau fi considerate în acest mod ca și obiecte individuale, ci numai în cadrul întregii averi achizite; iar dacă nu erau descendenți, se deschidea succesiunea soțului supraviețuitor .

Văduva mai avea dreptul la o parte din bunurile pignorale ajunse în folosința bărbatului, dar, având în vedere că printr-o patentă din 20 noiembrie 1852 contractele de gaj imobiliar au fost desființate, ele nu mai puteau fi încheiate în mod valid.

**Dreptul vidual** consta în locuința, în uzufructul bunurilor succesoriale pentru întreținerea văduvei (cu câteva excepții), și, în caz de recăsătorire, din bunurile parafernale corespunzătoare. Conform unei decizii a Curiei regești maghiare<sup>95</sup>, se subînțelege că dacă văduva moștenea întreaga avere a bărbatului, atunci decade dreptul ei vidual deoarece dreptul ei de uzufruct devine drept de proprietate. Dacă însă soția venea la moștenire împreună cu alți moștenitori, atunci își exercita dreptul de uzufruct vidual asupra averii moștenite de ceilalți erezi.

În practică, după ce s-a constatat că soția și-a părăsit soțul în urma cu treizeci și opt de ani înainte de moartea acestuia și că intrase în concubinaj cu un alt bărbat, Curia a recunoscut succesiunea conjugală a femeii, dar a declarat că aceasta nu are drept la uzufructul vidual pentru că în timpul vieții acestuia a dus o viață imorală<sup>96</sup>.

Ea își exercita dreptul de uzufruct asupra întregii succesiuni până când acest drept era îngăduit judecătorește. Tot practica a decis că argumentul conform căruia văduva, care avea destula avere proprie nu putea pretinde dreptul vidual, nu avea nici o baza legală<sup>97</sup> și că aceasta avea necondiționat dreptul de a pretinde moștenitorilor asigurarea dreptului vidual<sup>98</sup>. De asemenea, dreptul vidual putea fi reglementat prin testament, cu condiția ca dreptul femeii la locuință și la întreținere corepunzatoare averii să nu fie restrânse<sup>99</sup>.

**3.** Este util să expunem și câteva aspecte din **dreptul musulman**, dat fiind faptul că acesta s-a aplicat în Dobrogea veche (1886) și în Dobrogea nouă (1921)<sup>100</sup>.

În ceea ce privește succesiunea ab intestat era instituit privilegiul masculinității. În general, cuantumul dreptului femeii era de jumătate din cel al bărbatului, văduva luând jumătate din ceea ce ar lua bărbatul.

Atât soțul, cât și soția erau însă, moștenitori rezervatari. Din acest punct de vedere, soția era mai favorizată decât bărbatul: între rezervatari, ea venea în rândul al unsprezecelea, iar soțul în al doisprezecelea<sup>101</sup>.

În ceea ce privește cuantumul dreptului cuvenit soțului supraviețuitor se pare că regula generală era că, atunci când rămăneau copii, indiferent de femeia cu care i-a avut, femeia sau femeile musulmanului, „oricâte ar fi” primeau a opta parte din avere.

Dacă nu au rămas copii, partea femeii sau a femeilor era de o pătrime din succesiune.

Ceea ce se acorda femeilor se împărțea în mod egal între ele.

#### **IV. Concluzii**

Din cele expuse mai sus, rezultă că, în secolele XVIII- XIX, baza sistemului român succesoral era rudenii de sânge, ca la romani, legiuitorul fiind ghidat, în primul rând, de principiul conservării bunurilor în familia de sânge.

Cu toate acestea, în vechile coduri, soțul supraviețuitor, indiferent dacă era bărbat sau femeie, se bucura de drepturi succesoriale în averea soțului precedat în concurs cu rudele cele mai apropiate ale acestuia, respectiv cu descendenții, cu ascendenții privilegiați și colaterali lui de cujus. Drepturile de moștenire depindeau, cel mai adesea, de existența descendenților, care, de obicei, determina ca soțul supraviețuitor să aibă un drept de uzufruct, de vârsta descendenților sau de durata căsniciei. Doar în codurile din Moldova acestea depindeau de situația economică a soțului supraviețuitor, respectiv de înzestrarea sau neînzestrarea acestuia sau de starea de sărăcie. Influența religiei era resimțită prin aceea că recăsătorirea implica pierderea drepturilor succesoriale (spre exemplu, în Codul Callimah, Donici).

Îndepărtându-se de aceste coduri ce reflectau obiceiul pământului și care puteau fi luate drept model, în Codul civil din 1864, legiuitorul român a preferat să preia modelul Codului civil francez din 1804, oferind soțului supraviețuitor un drept de succesiune reciproc doar în lipsă de moștenitori legitimi, inițial în gradul al treisprezecelea, iar apoi în gradul al cincilea. Cunoscând criticile aduse sistemului francez, legiuitorul a oferit totuși văduvei sărace anumite drepturi în concurs cu rudele cele mai apropiate ale defunctului, dar, după cum reiese din jurisprudență, existau dubii în privința naturii acestui drept și existau numeroase situații în care textul nu oferea răspunsuri clare, revenind instanțelor de judecată rolul de a aprecia soluția cea mai apropiată de prevederile legale.

Ținând cont de noile idei ce începeau să se contureze în mentalitățile vremii, cum ar fi principiul egalității sexelor, considerăm că discriminarea exista în ceea ce privește drepturile succesoriale ale văduvului, acestea fiind privat atât de dispozițiile art. 864 C. civ. român din 1864, cât și de cele ale art. 1279 C. civ. român din 1864, principiul reciprocității consacrat de codurile anterioare fiind lăsat la o parte.

Privind legislațiile străine, nu doar cele prezentate în prezentul studiu, observăm că însăși baza sistemului succesoral a suferit modificări, alături de rudenția de sânge conturându-se și principiul afecțiunii prezumate a defunctului, principiu care justifică recunoașterea unui drept de succesiune pentru soțul supraviețuitor în concurs cu cele mai apropiate rude ale defunctului, fie în uzufruct, fie în proprietate sau soțul supraviețuitor având chiar dreptul de a alege între acestea două (Codul civil elvețian). De asemenea, la începutul secolului XX, cele mai multe legislații includeau soțul supraviețuitor în rândul moștenitorilor rezervatari (dreptul musulman, italian, german).

Acestea fiind spuse, considerăm că, față de vechile noastre coduri, cel din 1864 a reprezentat o involuție în materia drepturilor succesoriale ab intestat ale soțului supraviețuitor, această situație anacronică făcând necesară intervenția unei noi reglementări.

---

<sup>1</sup> Studiul este rezultatul cercetărilor finanțate în cadrul proiectului PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, nr. 174/2011, intitulat *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order - a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, director Mircea-Dan Bob.

\* Masterand *Droit privé comparé* UBB Cluj-Napoca; [irina.bardoczi@yahoo.com](mailto:irina.bardoczi@yahoo.com).

<sup>2</sup> *Pravilniceasca Condică 1780*, ediție A. Rădulescu, Ed. Academiei RPR, București, 1957, p. 102- 106; M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul Republicii Socialiste România*, Ed. Academia RSR, București, 1966, p. 127- 128; Gr. C. Conduratu, *Compararea drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor în dreptul roman, codicele Callimachi și Caragea, Codul lui Napoleon și Codul Alexandru Ion I.*, ed. Tipografia lucrătorilor asociați, Marinescu & Șerban, București, 1898, p. 54- 56.

<sup>3</sup> Cas. civ., decizia 596/21 oct. 1913 apud *Pravilniceasca Condică 1780*, p. 213- 214.

<sup>4</sup> Art. 3. „...asemenea și bărbatul, în loc de a treia parte...”.

- <sup>5</sup> Cas. civ. dec. 3682, 17 nov. 1925, Bul. Cas., 1925, vol. III, p. 153 apud Pravilniceasca Condică 1780, p. 213.
- <sup>6</sup> *Legiuirea Caragea*, ediție critică A. Rădulescu, Ed. Academiei RPR, București, 1959, p. 121- 122, p. 126; A. Rădulescu, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, Ed. Cultura Națională, București, 1925, p. 19-20; M. Eliescu, *op. cit.*, p. 128.
- <sup>7</sup> Art. 18. c) „...atunci perusia (averea) aceluia părinte să se facă trei părți...”.
- <sup>8</sup> *Manualul juridic al lui Andronachi Donici*, ediție critică A. Rădulescu, Ed. Academiei RPR, București, 1959, p. 94- 95, 103- 104, 132- 134.
- <sup>9</sup> Cas. I, dec. 879/ 924, Pandectele Romane 33. I. 925, cu nota lui A. Rădulescu.
- <sup>10</sup> *Codul Calimach*, ediție critică A. Rădulescu, Ed. Academiei RPR, București, 1958, p. 113; Al. Otetelișanu, *Curs de drept civil comparat cu aplicații la dreptul provinciilor alipite. Succesiuni*, Ed. Cultura Poporului, 1937, p. 96- 97; A. Rădulescu, *op. cit.*, p. 20- 21; Gr. C. Conduratu, *op. cit.*, p. 56- 57.
- <sup>11</sup> A. Rădulescu, *op. cit.*, p. 21.
- <sup>12</sup> C. Ap. Chisinău, dec. 178/1924, Pandectele Române 1924.III.37.
- <sup>13</sup> Cas. civ., dec. 879/21 mai 1924, Buletinul Casației 1924, p. 169 apud *Codul Calimach*, p. 917.
- <sup>14</sup> Cas. civ., dec. 394/20 oct. 1869, Buletinul Casației. 1869, p.460 apud *Idem*, p. 917.
- <sup>15</sup> C. Ap. Chisinău, I, dec. 167/1922, Pandectele Române 1923.III.60.
- <sup>16</sup> Cas. civ., dec. 879/21 mai 1924, Buletinul Casației, 1924, p. 169 apud *Codul Calimah*, p. 917. Motivele care determinau acest raționament erau, ca și în cazul Manualului lui Donici, de ordin religios și bazate pe principiul păstrării averii în cadrul familiei de sânge.
- <sup>17</sup> A se vedea C. Nacu, *Comparațiune între Codul Civil Român și Codul lui Napoleon*, ed. Librăriei Leon Alcalay, București, 1898, p. 292, p. 310, p. 620- 622.
- <sup>18</sup> În epoca dreptului clasic roman, vocația reciprocă a soților a fost generalizată printr-un edict pretorian, prin instituirea așa numitei *bonorum possessio unde vir et uxor*, soțul supraviețuitor moștenindu-l pe defunct doar în lipsa existenței altor rude în grad succesibil.
- <sup>19</sup> Cas. I, dec. 417/905, Bul. 1905, p. 1200, Cas. I., dec. 22/1912, Cur. jud. 12/1912 apud C. Hamangiu, N. Georgean, *Codul civil adnotat cu textul articolului corespunzător francez, italian și belgian cu trimiteri la doctrina franceză și română și jurisprudența completă de la 1868- 1925*, vol. II, Ed. Librăriei Universala Alcalay & Co, București, 1925, p. 43.
- <sup>20</sup> Pentru această explicație, a se vedea A. Rădulescu, *op. cit.*, p. 2. Se impune observația că, deși textul art. 652 alin. 2 C. civ. vorbea despre moștenitori legitimi sau naturali, o exprimare mai adecvată ar fi fost „nici moștenitori naturali”, precum la art. 679 C. civ. Aceasta deoarece, după cum se exprima art. 652 alin. 2, cuvântul „copii naturali” se referea numai la mamă, nu însă și la tată, deși textul vorbea de defunct în genere. Prin urmare numai copiii naturali ai mamei excludeau de la moștenire pe bărbatul rămas văduv. Cât despre copiii naturali ce ar fi avut tată, ei nu excludeau soția rămasă văduvă pentru că ei nu aveau nici un drept la moștenirea tatălui lor, nici în cazul excepțional prevăzut de art. 307 C.civ. când căutarea paternității era, prin excepție, permisă. În acest sens, a se vedea D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român, tomul III, partea II*, Ed. Atelierele Grafice SOCEC & CO, București, 1912, p. 186, iar contra, a se vedea G. P. Petresco, *Succesiunile*, vol. I, ed. Tipografia Gutenberg, București, 1895, p. 257- 258.
- <sup>21</sup> Cas., dec. 262/1890, Bul. 1890, p. 805- 807.
- <sup>22</sup> Cas. I., dec. 173/1888, Dreptul 57/ 1888, G. P. Petresco, *op. cit.*, p. 273- 274.
- <sup>23</sup> În același sens, a se vedea Cas. I, dec. 173/1899, Bul. 17/1988, p. 581; Cas. I, dec. 217/ 1901, Bul. 1901, p. 805 apud C. Hamangiu, *Codul civil adnotat...*, p. 43, p. 51.

- <sup>24</sup> Pentru detalii despre aceste măsuri menite să protejeze pe moștenitori, precum și pentru criticile ce ar putea fi formulate, a se vedea A. Rădulescu, *op. cit.*, p. 3-8; M. G. Rarincescu, *Curs de drept civil. Succesiunile (ab intestat și testamentare) și donațiunile*, București, 1945, p. 119- 120; Pentru expunerea pe larg a acestora, a se vedea G. P. Petrescu, *op. cit.*, p. 325- 337.
- <sup>25</sup> Facerea inventarului apărea, astfel, ca o obligație impusă atât în interesul eventualilor moștenitori legitimi care s-ar fi ivit, cât și în interesul creditorilor moștenirii. A se vedea M. B. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 236.
- <sup>26</sup> D. Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, ed. Duchemin, Paris, ed. Leon Alcalay, Bucarest, 1898, p. 161- 162; Idem, *Principiile dreptului civil român*, vol. II, Atelierele Grafice SOCEC& Co, București, 1926, p. 66- 67.
- <sup>27</sup> Idem, *Explicațiunea...*, p. 193- 196.
- <sup>28</sup> Acest text a fost alcătuit sub influența vechiului nostru drept. De aceea el nu are corespondent în Codul civil francez și trebuie interpretat, în special, cu ajutorul izvoarelor din care a fost luat. D. Alexandresco, *Dreptul de moștenire al femeii*, *Dreptul* 26/ 1912, p. 201- 206. Se știe că la noi s-au aplicat într-o oarecare măsură, alături de celelalte izvoare, dreptul lui Justinian și dreptul greco- roman, influența lor reflectându-se în codurile alcătuite, în care însă, s-a ținut cont și de obiceiul pământului. Pentru expunere, a se vedea A. Rădulescu, *op. cit.*, p. 9- 14.
- <sup>29</sup> Trib. Gorj, dec. din 1889, *Dreptul* 3/ 1890, p. 24. Conform acestei decizii, considerând că pentru a cunoaște adevăratul înțeles al cuvântului „văduvă” din art. 684 C. civ. trebuie să ne referim la Codul Caragea, de unde s-a luat acest articol în întregul său (art. 17, lit. k, art. 18, lit. c, partea IV) și la Nuvela 117 din dreptul roman, precum și la regulile din dreptul canonic, pe care le-a imitat Caragea, se observă că nicăieri nu se găsește cuvântul „văduvă”, ci „soț”, „soție” sau „obrazul cel viu”; cu alte cuvinte că, prin „văduvă” nu trebuie să înțelegem soția care nu s-a recăsătorit, ci soțul supraviețuitor.
- <sup>30</sup> În acest sens, a se vedea D. Alexandresco, *Explicațiunea...*, p. 186. Unii autori susțineau că, totuși, în cazul în care copiii naturali erau recunoscuți conform art. 304 C.civ., ei ar fi putut veni la moștenire în concurs cu văduva săracă. În acest sens, a se vedea G. P. Petrescu, *op. cit.*, p. 257-260.
- <sup>31</sup> Pentru expunerea acestor opinii, a se vedea G. P. Petrescu, *op. cit.*, p. 303- 313.
- <sup>32</sup> Curtea de apel Buc. secț. III, dec. 166/ 1889, *Dreptul* 61/ 1889, p. 495- 496.
- <sup>33</sup> În același sens, a se vedea Trib. Ilfov secț. I, dec. din 1890, *Dreptul* 37/ 1890, p. 299- 300.
- <sup>34</sup> ICCJ secț. I, dec. 173/ 1888, *Dreptul* 57/ 1888, Curtea de apel Iași secț. I, dec. din 1890, *Dreptul* 34/ 1890, p. 271- 273, Civil secț. I, dec. 404/ 1892, Bul. 1892, p. 1087, Curtea de apel Buc. secț. II, dec. din 1902, *Dreptul* 28/ 1903, p. 231- 232. În același sens, Cas. I, dec. 173/ 1988, Bul. 17/1988, p. 581; Cas. I/ 1906, Bult. 1906, p. 723; Trib Argeș, Dr. 50/1908, p. 407; Cas. II, dec. 38/ 1912, Bul. 1912, p. 311 apud C. Hamangiu, *Codul civ. adnotat...*, p. 49, p. 51; D. Alexandresco, *Explicațiunea...*, p. 214-215 și jurisprudența citată; D. Alexandresco, *Dreptul de moștenire al văduvei sărace*, *Dreptul* no. 50/ 1908, p. 405- 407.
- <sup>35</sup> Al. Degré, *Scrieri Juridice*, vol. I, ed. Tip. Gutenberg, Joseph Göbl, București, 1900, p. 173.
- <sup>36</sup> Pentru consecințele caracterului special al dreptului văduvei sărace, a se vedea M. B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, ed. Cartea Românească S.A., București, 1921, p. 225- 226.
- <sup>37</sup> Al. Rădulescu, *op. cit.*, p. 28. Consecințele acestor prime două opinii se reflectau, precum se va vedea, în modul de împărțire al succesiunii între văduva săracă și ascendenții sau colaterali privilegiați.
- <sup>38</sup> Nicolae, Hippolyte G., *Dreptul* 26/ 1914, p. 202- 203.
- <sup>39</sup> A. Rădulescu, *op. cit.*, p. 28- 31.
- <sup>40</sup> Mai precis, în Novelele 53, 117 ale lui Justinian, în Basilicale (Cartea 28, titlul 12) și în dispozițiile din Armenopol.

- <sup>41</sup> Cas. I, 262/ 1890, Bul. 16/1890, p. 806; Cas. I, dec. 61/1877, Bul. 11/1977, p. 68; Cas. I, dec. 282/ 1878, Bul. 9/1878., p. 258; Apel Iasi sect. I, dec. 24/1890, Dr. 34/1890; C. apel Buc., sect. I, dec. 54/ 1923, Jur. Gen. 1923, p. 1201; Pand. Rom. 1924, III, 36 apud C. Hamangiu, *Codul civil adnotat...*, p. 43, p. 50, p. 54.
- <sup>42</sup> A se vedea în acest sens, Hamangiu, C., Rosetti Bălănescu I., Băicoianu, Al., *Tratat de drept civil român*, vol. III, ed. All, București, 1998, p. 253; C. Nacu, *Dreptul civil român*, vol. II, ed. I. V. Socecu, București, 1902, p. 90; D. Alexandresco, *Explicațiunea...*, p. 206; M. B. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 225.
- <sup>43</sup> Trib. Iasi sect. I, dec. 262/ 1920 cu nota lui D. Alexandresco, Dreptul 13/ 1921, p. 102- 103.
- <sup>44</sup> Curtea de apel Buc. sect. I, dec. din 1923, Dreptul 37/ 1923, p. 291- 293.
- <sup>45</sup> A. Rădulescu, *op. cit.*, p. 34-36.
- <sup>46</sup> G. Plastara, *Curs de drept civil român pus la curent cu jurisprudența, legislația pozitivă, noile tendințe juridice, dreptul comparat și dreptul provinciilor alipite*, vol. III, ed. Cartea Românească, București, 1927 (?), p. 85- 87; C. Hamangiu, I. Rosetti Balanescu, Al. Baicoianu, *op. cit.*, p. 249.
- <sup>47</sup> Curtea de apel Buc. sect. II, dec. din 1902, Dreptul 28/ 1903, p. 230- 231.
- <sup>48</sup> Trib. Ilfov sect. I, dec. din 1890, Dreptul 37/ 1890, p. 299- 300.
- <sup>49</sup> ICCJ sect. II, dec. 82/ 1888, Dreptul 29/ 1888, p. 227- 228. În același sens, Cas. II, 2/1981, Bul. 23/1981, p. 270 apud C. Hamangiu, *Codul civ. adnotat...*, p. 43; Dreptul 57/ 1888; Bul. 1901, p. 805; Cur. Jud. 47/ 1901 apud D. Alexandresco, *Explicațiunea...*, p. 208.
- <sup>50</sup> ICCJ sect. I, dec. din 1906, Cur. jud. 40/ 1906, p. 318- 319.
- <sup>51</sup> Cas. I, dec. 240/1902, Bul., p. 729; Cas. I, dec. 21/ 1914, Jur. Rom. 1914, p. 130 apud C. Hamangiu, *Codul civ. adnotat...*, p. 51, p. 53.
- <sup>52</sup> Trib. Ilfov sect. I, dec. din 1890, Dreptul 37/ 1890, p. 299- 300.
- <sup>53</sup> Trib. Iasi, sect. I, dec. 262/ 1920, Dreptul 13/ 1921, p. 102- 103.
- <sup>54</sup> Curtea de apel Iasi sect. I, dec. din 1890, Dreptul 34/ 1890, p. 271- 273.
- <sup>55</sup> Care nu admitea raportul decât între descendenți deoarece calculul fictiv din art. 849 C. civ. nu presupunea o înmânare a obiectelor donate, după cum se întâmpla în raportul real din art. 751 C. civ., ci dispozițiile acelui text de lege cuprindeau numai o operație fictivă de calcul necesară la formarea echitabilă a masei succesiunii.
- <sup>56</sup> Trib. Iași, dec. din 1920, Dreptul 13/ 1921, p. 102 apud C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 252.
- <sup>57</sup> Cu privire la donațiile pe care le-ar fi primit văduva săracă de la de cuius, ea le putea păstra sub rezerva următoarelor distincții: dacă renunța la succesiune, donațiile îi rămâneau dobândite în limita cotităților disponibile, iar dacă accepta succesiunea, văduva neputând cumula donațiile cu proporția ce i-o recunoștea legea în succesiunea defunctului, ea raporta darurile primite, scăzând valoarea lor din partea ce avea de luat. Așadar, în cazul în care valoarea donațiilor făcute văduvei ar fi fost inferioară părții sale de moștenire, dreptul său se mărginea la completarea acelei părți; dacă din contră, valoarea donațiilor trecea peste cota ce îi era atribuită prin art. 684 C.civ., moștenitorii rezervatari aveau dreptul să ceară reducțiunea lor.
- În cazul în care văduva primea de la de cuius o donație în plină proprietate și venea în concurs cu descendenții, jurisprudența a decis că pentru raportul acestei donații, aceasta va fi transformată în rentă viageră care se va scădea din uzufructul ce se cuvenea văduvei. A se vedea, *Ibidem*, p. 252.
- <sup>58</sup> Cum a făcut trib. Vlașca, Dreptul 79/ 1873.
- <sup>59</sup> B. M. Missir, Dreptul 1873, p. 7- 8.



- <sup>60</sup> Craiova, dec. din 1923, Pandectele Române 1924. II. 33. Al. Degré, *op. cit.*, p. 173; C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 251 și jurisprudența citată atât în acest sens, cât și cea citată în sens contrar. Pentru criticile aduse acestei soluții, a se vedea A. Rădulescu, *op. cit.*, p. 41- 42. Pentru prezentarea detaliată a acestor soluții, precum și pentru alte soluții propuse, a se vedea Dem. D. Stoenescu, Dreptul 42- 43/ 1916, p. 332- 336, p. 342- 344.
- <sup>61</sup> Dreptul la alimente, abitația și anul de doliu amintesc de vechea instituție a douaire-ului din vechiul drept cutumiar francez, instituția morgengabenuului sau calul de ginere din legile anterioare codului din 1864. A se vedea, G. P. Petrescu, *op. cit.*, p. 276- 277.
- <sup>62</sup> A se vedea în acest sens, A. Rădulescu, *op. cit.*, p. 44- 45; D. Alexandresco, *Explicațiunea...*, p. 211- 212; G. Plastara, *op. cit.*, p. 91; C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 253- 254, precum și jurisprudența citată de acești autori.
- <sup>63</sup> Apel Iași, dec. din 1890, Dreptul 34/ 1890.
- <sup>64</sup> Apel Buc. secț. I., dec. 76/ 1886, Dreptul 61/ 1886.
- <sup>65</sup> Trib. Prahova secț. II, Cur. jud. 72/ 1903, Apel Buc. secț. I, Dreptul 64/ 1908, p. 523; G. Meitani, *Femeia nedotată are dreptul de a cere o pensie alimentară din averea soțului în timpul anului de doliu?*, Dreptul 64/ 1902, p. 521- 523.
- <sup>66</sup> Apel Buc. secț. I, dec. 101/ 1891, Dreptul 53/ 1891.
- <sup>67</sup> Trib. Covurlui, Dreptul no. 47/ 1899.
- <sup>68</sup> Trib. Ilfov II, Dreptul 64/ 1908, p. 525.
- <sup>69</sup> Trib. Suceava, dec. din 1893, Dreptul 67/ 1893.
- <sup>70</sup> Apel Buc. secț. I, Cur. jud. 73/ 1906 apud C. Hamangiu, *Codul...*, p. 364.
- <sup>71</sup> Curtea de apel Iași secț. I, febr. 1890, Dreptul 34/ 1890, p. 271- 273.
- <sup>72</sup> Curtea de apel Galați, secț. I, dec. 61/ 1899, Dreptul 89/ 1899, p. 311- 312.
- <sup>73</sup> C. Apel Buc. I, Cur. jud. 73/1906, Trib. Dâmbovița, dec. din 1894, Dr. 32/1894, p. 1279, Apel Buc. secț. I, Cur. jud. 73/1906, C. Apel Buc, secț. I, dec. 48/ 1920, Cur. Jud. 40-41/1920, P. R. 1922, II, 37; Cas. I, 521/ 1921, Cur. jud. 45/1921 și 4/ 1922, Jur. rom. 13-14/1 922, Pand. Rom. 1923, I, 148 apud C. Hamangiu, *Codul...*, p. 51, p. 363, p. 364.
- <sup>74</sup> În sens contrar, a se vedea D. Alexandresco, *Droit ancien...*, p. 166.
- <sup>75</sup> Din cauza modului de redactare al acestei legi, în practică s-au ivit anumite dificultăți. A se vedea, Dreptul no. 11/ 1923, p. 81- 83.
- <sup>76</sup> ICCJ secț. I, dec. 1213/ 1924, Dreptul 15/ 1925, p. 119- 120, Curtea de apel Iași sect. II, dec. 114/ 1923 cu nota lui D. Alexandresco, Cur. jud. 10/ 1924, p. 153- 155.
- <sup>77</sup> Pentru guberniile din ținuturile Transcaucaziei, Cernihovului și Poltavei erau aplicabile unele reguli speciale în această materie. Pentru acestea, a se vedea A. Rădulescu, *op. cit.*, p. 54.
- <sup>78</sup> Al. Otetelișanu, *op. cit.*, p. 124.
- <sup>79</sup> A se vedea, A. Rădulescu, *op. cit.*, p. 52- 55; G. Plastara, *op. cit.*, p. 305, p. 315, 319- 320.
- <sup>80</sup> Șt. Laday, *Codul civil austriac, în vigoare în Ardeal completat cu legile și regulamentele modificatoare curpinzând și jurisprudența*, vol. II, Ed. Curții de apel, Cluj, 1926, p. 347- 467; A se vedea, Anca I. Leontin, *Compendiu de drept civil cuprinzând codul civil austriac în vigoare în Transilvania comparat cu dreptul civil al părților ungurene și dreptul civil al Vechiului Regat, precum și modificările făcute prin legile de unificare*, Ed. Institutul de Arte Grafice Alexandru Anca, Cluj, 192(?) , p. 128- 129.
- <sup>81</sup> Cl. 380/ 1906, Curia F. XII. 2556/ 1906 apud Șt. Laday, *op. cit.*, p. 347.

<sup>82</sup> Conform art. 1255, un soț putea ceda celuilalt uzufructul averii pentru cazul supraviețuirii.

<sup>83</sup> Curia F. IV. 856, Curia F. VI. 1163, 1900, C. 657/ 1898, C. 288/ 1900, p. 394- 395

<sup>84</sup> Acest drept nu putea fi prelungit decât într-un singur caz, și anume când văduva era însărcinată și când întreținerea ei era obligatorie pentru moștenitori până la trecerea altor șase săptămâni, socotite însă de la nașterea copilului (parag. 1243). A se vedea, G. Plastara, *op. cit.*, p. 302- 305.

<sup>85</sup> Salvador A. Brădeanu, *La succession ab intestat et la réserve dans le droit hongrois et dans le droit autrichien de la Transylvanie*, thèse pour le doctorat, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau & Cie, Paris, 1929, p. 145-160; Al. Otetelișanu, *op. cit.*, p. 185- 188; Pentru jurisprudența citată, precum și pentru alte detalii, a se vedea G. Plopu, *Părți alese din dreptul privat ungar*, Ed. Tipografia Fondul Cărților Funduare, București, 1923, p. 304- 381.

<sup>86</sup> Dec. cur. 4606/ 1901, dec. cur. 4700/ 1908 apud G. Plopu, *op. cit.*, p. 316.

<sup>87</sup> Rp. I. 2596/ 1816 apud *Ibidem*, p. 317.

<sup>88</sup> Dec. cur. 10787/ 1906, 1128/ 1910, precum și alte decizii în acest sens Rp. I. 8988/ 1915, apud *Ibidem*, p. 318.

<sup>89</sup> Rp. 4750/ 1905, 2649/ 1913, 6275/ 1914, *Ibidem*, p. 317.

<sup>90</sup> Dec. cur. 220/ 1909 apud *Ibidem*, p. 318.

<sup>91</sup> T.M. 30/ 1904, Curia F. XII. 2556/ 1906, Cl. 380/ 1906, Cl. 498/ 1913, Cl. 361/ 1914 G apud Șt. Laday, *op. cit.*, p. 347, p. 348.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 350- 351.

<sup>93</sup> Succesiunea soțului supraviețuitor era aplicabilă tuturor claselor sociale, în timp ce succesiunea văduvei se aplica exclusiv nobililor și persoanelor care exercitau profesii liberale (honoratiores); condiția prealabilă deschiderii succesiunii văduvei este existența descendenților, lipsa acestora determinând deschiderea succesiunii soțului supraviețuitor; succesiunea văduvei, precum indica și numele, era destinată exclusiv femeilor, fără ca bărbatul să o poată invoca în favoarea lor.

<sup>94</sup> Dec. cur. 1814/ 1904 apud G. Plopu, *op. cit.*, p. 323.

<sup>95</sup> Dec. cur. 4339/ 1883, *Ibidem*, p. 325.

<sup>96</sup> Curia 6275/ 1914, C. I. 8988/1915, Curia 4750/ 1905 apud *Ibidem*, p. 348- 349. În același sens, a se vedea Cas. I c. Ardeal, 19 oct. 1923 cu nota de G. Plopu, P. R. 138, II, 925 și T. Oradea Mare, 9 ian. 1925 cu nota de G. P. Docan, P. R. 138, II, 925.

<sup>97</sup> Dec. cur. 442/ 1898 apud G. Plopu, *op. cit.*, p. 332.

<sup>98</sup> Dec. cur. 5317/ 1911 apud *Ibidem*, p. 332.

<sup>99</sup> Dec. cur. 3475/ 1899 apud *Ibidem*, p. 332.

<sup>100</sup> D. Alexandresco, *Droit ancien...*, p. 163; Al. Otetelișanu, *op. cit.*, p. 235- 236; A. Rădulescu, *op. cit.*, p. 58.

<sup>101</sup> De asemenea, este de remarcat că, în această materie, femeile erau preferate ca număr, deoarece din doisprezece rezervatari, trei erau de gen masculin și nouă de gen feminin. Trebuie menționat, însă, că deși bărbatul erau mai puțini ca număr, totuși ei ocupau primele trei locuri: tatăl, tatăl mare și fratele uterin.

## STRUCTURA ȘI SEMNIFICAȚIA TRADIȚIUNII (TRADITIO) ROMANE

Șerban MIRCIOIU\*

**Inhaltsangabe: Struktur und Bedeutung der römischen Traditio.** *Die römische Traditio war ein formloses Übereignungsgeschäft. Sie bestand aus zwei Elementen: eine körperliche Übergabe und eine iusta causa traditionis. Der Begriff der iusta causa traditionis war vieldeutig und ließ unterschiedliche Interpretationen zu. Nachdem die mancipatio und die in iure cessio, von Iustinian abgeschafft wurden blieb nur noch die Traditio als Modell für die moderne Kodifikation des Eigentumserwerbs. Während die Ausdehnung der Traditionssurrogate wie die symbolische Übergabe, die Übergabe kurzer Hand und das Besitzkonstitut im französischen Recht schließlich zur Entbehrlichkeit der Traditio für den Eigentumserwerb führte, ging das deutsche Recht in eine ganz andere Richtung indem die Traditio als ein dingliches Rechtsgeschäft ausgestaltet wurde.*

**Cuvinte cheie:** tradițiunea romană; iusta causa traditionis; traditio longa manu; traditio brevi manu; constitutul posesor;antinomia dintre Ulpian și Iulian

**Stichwörter:** die römische Traditio; iusta causa traditionis; traditio longa manu; traditio brevi manu; das Besitzkonstitut; die Antinomie zwischen Ulpian und Julian

1. Cu certitudine, niciunul dintre sistemele juridice ale antichității nu a avut o influență atât de covârșitoare asupra dreptului privat modern precum a avut-o dreptul roman<sup>1</sup>. Principalele coduri civile moderne europene au la bază în privința mecanismului de transfer al dreptului de proprietate modelul roman. Credem că fără o înțelegere a trunchiului comun european și a ideilor care au stat la baza codurilor civile moderne europene nu vom putea desluși resorturile interne ale legiuitorilor moderni atunci când aceștia au ales o cale sau alta pentru a legifera transferul dreptului de proprietate prin vânzare-cumpărare. Prezentul studiu își propune să analizeze structura și semnificația tradițiunii (*traditio*) romane și modul în care aceasta a constituit o sursă de inspirație pentru legiuitorii moderni europeni.

### **1.1. Câteva aspecte ale noțiunii de proprietate specifice dreptului roman**

2. Înainte de a trece la analiza celui mai important mod de transfer al dreptului de proprietate roman, considerăm că se impune clarificarea anumitor noțiuni.

Romanii nu ne-au lăsat o definiție precisă a noțiunii de proprietate, poate din prea mica lor înclinare pentru teoretizare, poate din dificultatea de a concentra într-o singură definiție un concept atât de polimorf precum dreptul de proprietate. Cert este că exista un concept al proprietății la romani încă din cele mai vechi timpuri, în epoca arhaică acesta fiind caracterizat prin expresia „*meum esse*” care apare în procedura *legis actio sacramento in rem*<sup>2</sup>. Această expresie includea toate bunurile inclusiv cele care intrau în puterea *mancipium*. Pentru acea perioadă îndepărtată a dreptului roman, trebuie utilizat cu maximă aproximație conceptul de transfer al dreptului de proprietate.

În acest sens s-a vorbit despre un primitivism conceptual<sup>3</sup> al romanilor datorat în primul rând societății romane patriarhale, sclavagismului și economiei agrare prevalente în acea epocă. Nu am fi atât de categorici în a vorbi de primitivism conceptual. Dacă ne raportăm la alte societăți antice care inițial erau mult mai avansate precum era cea greacă, vom constata că nici acestea nu au dezvoltat un concept juridic clar și precis al noțiunii de proprietate<sup>4</sup>. Conceptul de proprietate care apare în procedura judiciară *legis actio sacramento in rem* nu avea un înțeles absolut. El avea mai degrabă un caracter relativ în sensul dovedirii faptului că o persoană este mai îndreptățită decât alta să stăpânească un anumit bun<sup>5</sup>.

Pe parcursul creșterii treptate a numărului de sclavi și a orientării economiei romane către o economie bazată pe comerț și pe marea producție latifundiară au fost create premisele necesare separării drepturilor patrimoniale de cele personale și a apariției noțiunii de proprietate. Pentru a putea fi conturată noțiunea juridică de proprietate, ea a trebuit să se debaraseze de tot ceea ce nu intra în conținutul său conceptual. Așa cum plastic s-a spus, noțiunea juridică de proprietate s-a desprins precum o statuie de marmură care este eliberată de dalta unui sculptor de blocul de marmură care o înconjoară<sup>6</sup>. Conceptul roman de proprietate din perioada dreptului roman clasic se distinge net de noțiunea de posesie, detenție sau de aceea de dezmembrământ al dreptului de proprietate.

Prima noțiune menită să desemneze conceptual dreptul de proprietate este aceea de *dominium*. Noțiunea de *dominus* apare în jurul secolelor al III-lea și al II-lea î.Hr. și avea inițial înțelesul de stăpân de sclavi. Noțiunea de *dominium* în sensul de proprietate este utilizată abia în a doua jumătate a secolului al II-lea î.Hr. iar în înțelesul tehnic al noțiunii abia în secolul I î.Hr.<sup>7</sup>.

Pe lângă noțiunea de *dominium* dreptul roman a mai utilizat un termen pentru a desemna dreptul de proprietate, acela de *proprietas*. Probabil că termenul de *dominium* este mai vechi datând din epoca republicii romane în vreme ce noțiunea de *proprietas* apare mai frecvent utilizată în epoca principatului<sup>8</sup>. Între cele două noțiuni poate fi făcută totuși o distincție, ele nefiind sinonime sub aspect tehnic.

În opinia noastră, ambele noțiuni au avut rolul de a evidenția, precum statuia zeului Ianus, cele două fațete ale aceleiași instituții.

3. *Dominium* desemna puterea pe care o persoană o are asupra unui bun. Se poate observa că în spatele noțiunii se regăsește vechea idee de *pater familias*, de stăpânire asupra a tot ceea ce intră în puterea stăpânului familial. Această putere se raportează la persoana la care se referă și nu la bunul în sine. În sens modern este o abordare subiectivă a dreptului de proprietate prin prisma calității de proprietar pe care o exercită o persoană asupra unui bun. Noțiunea de *dominium* desemna o putere care îngloba toate prerogativele pe care le putea avea un proprietar asupra unui bun. *Dominum* se definește prin libertatea absolută de care dispunea proprietarul în raport cu bunul său.

4. *Proprietas* se definește prin calitatea intrinsecă a bunului, aceea de a aparține cuiva, de a fi propriu, particular unei anumite persoane. De această dată relația nu este aceea a proprietarului în raport cu bunul său ci a bunului în raport cu proprietarul său, în sensul că bunul face obiectul unei exclusivități, a unei apropriațiuni. Noțiunea de *proprietas* nu se referea la calitatea subiectivă de proprietar ci avea menirea să stabilească un statut juridic precis al bunului în sens obiectiv<sup>9</sup>.

Această dualitate se menține până în perioada lui Iustinian când cei doi termeni se îngemănează sub formula *dominus proprietatis* menită să acopere ambele sensuri ale noțiunii de proprietate.

5. În perioada de transformare de la epoca veche spre perioada clasică se conturează tot mai mult ideea unui drept de proprietate absolut, *dominium ex iure quiritium*, aparținând cetățenilor romani și dreptului civil (*ius civile*). În opoziție cu acesta se conturează cea de-a doua formă de proprietate (cum apare ea în opera lui Gaius), ocrotită de către pretor, numită proprietatea bonitară (*in bonis habere*), aparținând lui *ius honorarium*. În ipoteza în care nu erau utilizate pentru transferul bunurilor *mancipi* modurile de transfer recunoscute de către dreptul civil, mancipațiunea sau *in iure cessio*, dobânditorul nu achiziționa proprietatea absolută, quiritară, ci se bucura doar de proprietatea bonitară. Era însă doar o fază scurtă de tranziție, deoarece prin intermediul uzucapiunii, care în vechiul drept roman era extrem de scurtă după standardele moderne<sup>10</sup>, achizitorul reușea să dobândească proprietatea quiritară. Deși înstrăinătorul rămânea teoretic proprietar quiritar, nu își mai putea revendica bunul de la proprietarul bonitar, care era apărat prin excepția *rei venditae et traditae* de către pretor astfel încât alienatorul nu mai rămânea decât cu un *nudum ius quiritium* lipsit de caracter absolut<sup>11</sup>. În cazul în care dobânditorul pierdea posesia bunului, acesta era apărat de pretor prin acțiunea publiciană, prin intermediul unei ficțiuni, în sensul că era considerat că ar fi îndeplinit deja termenul de uzucapiune și că ar fi devenit deja proprietar quiritar bazându-se pe faptul că este dobânditor de buna credință (*emptio bonae fidei*) și pe faptul că a dobândit bunul în temeiul unei *iusta causa traditionis*<sup>12</sup>. În vremea lui Iustinian, această distincție între proprietatea quiritară și cea bonitară este suprimată datorită unificării conceptelor.

6. În privința formării conceptului de mod de achiziție a proprietății, o oarecare sistematizare a materiei este perceptibilă în opera lui Gaius. Pentru prima dată este conceptualizată noțiunea de mod de dobândire a dreptului de proprietate, concept care este o descoperire a dreptului roman evoluat. Totuși, expresia de *modus acquisitionis* o întâlnim pentru prima dată abia la Iustinian iar formula *modus acquirendi* pare să fi fost străină dreptului roman<sup>13</sup>. Diferențierea între modurile originare de dobândire a dreptului de proprietate și modurile derivate de dobândire a acestuia, așa cum apare ea sistematizată în manualele moderne, se conturează mult mai târziu. Se mai poate constata și faptul că ideea de transfer al bunului în sine precede ideii transferului dreptului asupra bunului<sup>14</sup> astfel încât toate conceptele cu care operează dreptul modern trebuie folosite cu aproximație atunci când ne referim la dreptul roman sau la drepturile antice în general.

7. Juriștii romani din perioada clasică au făcut o distincție netă între proprietatea concepută ca drept și posesia concepută ca stare de fapt<sup>15</sup>. Posesia dreptului civil, așa numita *possessio civilis*, era o condiție necesară pentru dobândirea dreptului de proprietate prin intermediul uzucapiunii sau al tradițiunii. Posesia civilă presupune întrunirea elementului volițional *animus* și a elementului material *corpus* precum și a existenței unui mod de dobândire *iusta causa* (vânzarea-cumpărarea, donația etc.) care să facă posibilă achiziționarea proprietății. Cel care ajungea să stăpânească un bun fără a avea o *iusta causa* nu avea posesia civilă a acelui bun ci numai detenția lui sau așa numita *possessio naturalis*<sup>16</sup>.

### 1.2. Tradițiunea (*traditio*)

8. Tradițiunea (*traditio*) a fost cu siguranță cel mai important mijloc de transfer al dreptului de proprietate nu atât pentru dreptul roman în sine cât mai ales pentru legislațiile care i-au succedat. În vremea împăratului Iustinian *traditio* rămâne singurul mod de transfer al dreptului de proprietate deoarece macipațiunea și *in iure cessio* deveniseră niște instituții juridice vetuste. Din această cauză singurul model pe care l-au avut la dispoziție toți legiuitorii posteriori care s-au inspirat din Corpus Iuris Civilis a fost acela al *traditio*.

Societatea romană era, în forma sa cea mai veche, una profund agrară. Valoarea unor bunuri era cuantificată după importanța acestora pentru nucleul familial. Bunurile erau împărțite în *res Mancipi* și *res nec Mancipi*. *Res Mancipi* erau bunurile considerate de o valoare însemnată pentru familie precum: terenurile situate pe solul italic, servituțile rurale, sclavii și animalele de povară. Diferențierea cu care operează sistemele juridice moderne în privința formelor de publicitate necesare înstrăinării bunurilor mobile și a celor imobile amintește de diviziunea între *res Mancipi* și *res nec Mancipi* specifică dreptului roman<sup>17</sup>.

Bunurile considerate mai importante trebuiau să fie transferate prin intermediul unor acte impregnate de formalism precum *mancipatio* sau *in iure cessio*. Trebuie să recunoaștem că, în ciuda impotanței lor pentru societatea romană arhaică, ponderea bunurilor *mancipi* nu era chiar atât de mare. Majoritatea bunurilor frecvent întâlnite în circuitul cotidian erau bunuri *nec mancipi*. Cel mai simplu și ușor mod pentru ca aceste bunuri să poată fi transmise, scoțând din ecuație *in iure cessio* care devenise un procedeu impropriu utilizării cotidiene, era *traditio*.

Nu se știe cu precizie cum și când exact a apărut *traditio* însă probabil că simpla tradițiune, înmânare a bunului din mână în mână<sup>18</sup>, a existat dintotdeauna. Este evident după părerea noastră că acest mecanism simplu, fizic și natural trebuia să însoțească atât vechea vânzare cu plata prețului pe loc (*cash-sale*, *Barkauf*, *vente au comptant*) cât și actele formale *mancipatio* și *in iure cessio*. Într-adevăr, în acest înțeles primar, *traditio* nu pare să fie produsul vreunui sistem juridic avansat<sup>19</sup>. Dimpotrivă, așa cum sugestiv observa Max Kaser, *traditio* era un act de predare fizică, care din punct de vedere juridic era neutru, incolor<sup>20</sup>. Fiind vorba de bunuri care nu prezentau o importanță economică ridicată, care urmau să fie predate pe loc în schimbul banilor, nu era necesară înveșmântarea unei proces atât de natural în diverse acte impregnate de formalism.

9. Pe măsură ce economia și societatea romană au evoluat, schimburile de bunuri s-au intensificat, astel încât nevoile practice au impus ca acestui act lipsit de orice formalism să i se confere o anumită determinare pentru a putea oferi siguranță juridică părților implicate. Au fost doi factori determinanți care au condus la această metamorfoză a *traditio* în perioada preclasică: apariția contractelor consensuale și transformarea mancipațiunii în *mancipatio nummo uno*. Acești doi factori au scindat vechea vânzare de tip monolitic în două etape distincte și au oferit modelul conturării *traditio* ca act juridic independent<sup>21</sup>. La acești factori am adăuga și perfecționarea instituției juridice a proprietății.

Trebuie ținut cont și de faptul că spre deosebire de *mancipatio* și *in iure cessio*: acestea erau acte abstracte a căror valabilitate nu depindea în niciun fel de raportul obligațional (*causa*), transferul proprietății operând independent; elementul care punea în mișcare translația proprietății sau mai plastic spus ceea ce dădea culoare *traditio* era *causa*. În perioada preclasică și clasică *traditio* devine deja o instituție polimorfă care putea însemna fie simpla predare materială a bunului, un simplu fapt real, fie un act juridic distinct menit să transfere dreptul de proprietate<sup>22</sup>. Simpla predare era întotdeauna aceeași, însă, ea putea dobândi în funcție de intenția părților semnificații juridice diferite: vânzare-cumpărare, donație, gaj, împrumut, închiriere, constituire de dotă etc. Dacă ținem cont și de distincțiile mai sus făcute cu privire la delimitarea proprietății de posesie și a posesiei de detenție putem trage concluzia că *traditio* ca element material, ca predare corporală putea, fiind dublată de

*causa*, să aibă un triplu înțeles: transferul unei simple detenții asupra bunului, transferul unei posesii asupra bunului sau transferul dreptului de proprietate asupra bunului<sup>23</sup>. În perioada clasică a dreptului roman, termenul de *causa* s-a identificat cu actul juridic care precede și explică sensul predării materiale a bunului<sup>24</sup>.

**10.** *Traditio* devine astfel modul de transfer al dreptului de proprietate cel mai frecvent utilizat. Prin intermediul *traditio* cetățenii romani dobândeau proprietatea quiritară asupra bunurilor *nec Mancipi* și proprietatea bonitară asupra bunurilor *Mancipi*<sup>25</sup>. De asemenea *traditio* era și singurul mijloc de transfer al dreptului de proprietate în cadrul raporturilor cu peregrinii având în vedere că era un mijloc de dobândire al proprietății după *ius gentium*<sup>26</sup>. Totodată spre deosebire de mancipațiune care putea transfera o multitudine de drepturi din cele mai eclectice, chiar și un patrimoniu întreg (*mancipatio familiae*), *traditio* transfera numai drepturi reale cu titlu particular<sup>27</sup>.

*Traditio* era compusă din două elemente constitutive<sup>28</sup>, pe de o parte un element material (*traditio corporis*) și pe de altă parte un element intențional (*iusta causa traditionis*). Unul dintre textele cheie care susțin acest punct de vedere este cel al jurisconsultului Paul :

Digeste<sup>29</sup> 41,1,31 „ *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*”

Necesitatea existenței unei *iusta causa* pentru dobândirea dreptului de proprietate prin intermediul *traditio* a jucat un rol hotărâtor în evoluția ulterioară a sistemelor moderne de transfer al dreptului de proprietate și a dat naștere unor controverse interminabile începând cu epoca lui Iustinian și până în perioada contemporană.

### **1.3. *iusta causa traditionis***

**11.** Asupra vastei teme a *iusta causa traditionis* s-a scris mult mai ales de către autorii din spațiul dreptului german<sup>30</sup>. Predilecția pentru studierea acestui subiect este ușor explicabilă datorită faptului că atât soluția germană a contractului real-abstract promovată de către Savigny în secolul XIX și preluată mai apoi de către Codul civil german cât și preluarea teoriei *titulus* și *modus dominii acquirendi* de către Codul civil austriac la începutul secolului XIX se sprijină pe dreptul roman. Având în vedere că ambele sisteme juridice au urmat modelul roman al separației între actul obligațional și actul real de transfer al dreptului de proprietate, este normal ca cercetătorii din fiecare țară să încerce să își justifice soluția adoptată: cauzală în cazul dreptului austriac sau abstractă în cazul dreptului german făcând apel la sursele romane. În spațiul dreptului francez, această temă de cercetare nu a agitat deloc spiritele, fiind rareori obiect de studiu și aceasta numai pentru cercetătorii pasionați<sup>31</sup>. Această atitudine este ușor explicabilă datorită faptului că dreptul francez nu a urmat



modelul roman al separației, ci a adoptat modelul unității. Contractul de vânzare-cumpărare este atât generator de obligații cât și capabil să realizeze el însuși transferul dreptului de proprietate astfel încât nu se poate pune problema unei relații cauzale sau abstracte între actul obligațional și actul real de transfer al dreptului de proprietate.

**12.** Transferul dreptului de proprietate prin intermediul *traditio* în cazul unui contract de vânzare-cumpărare presupunea în primul rând ca vânzătorul să aibă calitatea de proprietar, mai apoi o predare materială a bunului (*corpus*) cu intenția cumpărătorului de a poseda bunul pentru sine (*animus rem sibi habendi*) și o *iusta causa traditionis*.

Din păcate romanii, fiind orientați mai degrabă spre rezolvarea unor cazuri practice, au fost ostili elaborării unor definiții precise a termenilor juridici utilizați. Acest lucru este valabil și pentru *iusta causa traditionis*, în sensul că aceasta nu a fost niciodată definită în mod precis de către romani<sup>32</sup>. Max Kaser aprecia că prin noțiunea de *causa* trebuie înțeles temeiul, motivul care însoțește predarea materială a bunului. Nu orice raport juridic produce transferul dreptului de proprietate ci numai anumite *causa traditionis* precum: *emptio-venditio*, *donatio*, *dotis datio*, *solutio*, *creditum* etc. Evident *causa* trebuie să fie în consonanță cu dreptul pozitiv, adică să fie *iusta*<sup>33</sup>.

**13.** Alți autori<sup>34</sup> apreciază că prin *iusta causa traditionis* se înțelege elementul cauzal, scopul în temeiul căruia se produce transferul dreptului de proprietate iar transferul are loc numai în cazul în care această cauză există. Romanii nu au înțeles *iusta causa traditionis* ca pe un act juridic precis, ci numai ca pe o noțiune generală adaptabilă la fiecare caz în parte. Cu toate acestea, transferul proprietății era valabil numai dacă părțile se puneau de acord că prin intermediul acestuia se executa o obligație precis determinată (cauzalitate internă). Transferul proprietății rămâne valabil chiar dacă obligația care trebuia executată se dovedea a fi nevalabilă sau nu se realiza (abstracțiune externă) urmând ca reîntoarcerea bunului transferat în patrimoniul înstrăinătorului să aibă loc prin intermediul acțiunii în îmbogățire fără justă cauză (*condictio indebiti*). Așadar transferul operează numai dacă părțile se pun de acord că urmează să se execute o anumită obligație precis determinată însă chiar dacă ea nu era valabilă transferul de proprietate se realizează. Autorul mai sus citat<sup>35</sup> pare să încerce a împăca prin această teorie formată dintr-o combinație de cauzalitate internă și abstracțiune externă atât principiul cauzalității cât și pe cel al abstracțiunii. Teoria nu este una nouă, ea a fost elaborată de către juriștii medievali și se bazează pe așa numitul titlu putativ.

**14.** Pentru alți romaniști<sup>36</sup> pare să fie cert faptul că *traditio* era un act concret al predării posesiei căruia numai *causa* care îi preceda îi conferea semnificația necesară transferului dreptului de proprietate. În ipoteza în care cauza transferului este lovită de nulitate, proprietatea asupra bunului nu poate trece la achizitor, chiar dacă acesta a dobândit posesia asupra bunului. Numai o cauză valabilă anterioară transferului permite dobândirea dreptului de proprietate<sup>37</sup>.

Problema centrală care se pune este aceea dacă efectul translativ al proprietății prin intermediul *traditio* este determinat de *causa* care îi precede sau de simpla voință a vânzătorului și a cumpărătorului de a transfera proprietatea independentă de orice *causa*. În ciuda afirmației categorice a jurisconsultului Paul în sensul că niciodată simpla tradițiune nu transferă proprietatea, ci numai atunci când ea este precedată de o *iusta causa*, în Digestele lui Iustinian apare un alt text atribuit lui Gaius care pare să sugereze cu totul altceva:

Digeste 41,9,3 „*Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntalem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi*”<sup>38</sup>.”

Textul pare să inducă ideea că simpla voință de a transfera dreptul de proprietate este suficientă pentru a realiza acest lucru dacă este urmată de *traditio*. În fragmentul atribuit lui Gaius nu se face vreo referire la *causa* tradițiunii, de unde se poate ajunge la concluzia că transferul dreptului de proprietate era unul independent de *causa*, respectiv abstract, singurul lucru esențial fiind voința părților de a transfera proprietatea asupra bunului urmată de tradițiune.

15. Într-una dintre monografiile din spațiul dreptului privat german dedicată contractului real<sup>39</sup> se apreciază că o asemenea manifestare de voință, independentă de orice act juridic era străină dreptului roman. Dimpotrivă în cazul *traditio* ceea ce era esențial era existența cauzei de a cărei subzistență depindea transferul proprietății. *Traditio* nu avea în sine o natură contractuală, nu era un act juridic de sine stătător ci era doar un act real de predare. Totodată se apreciază că atribuirea textului citat mai sus lui Gaius este discutabilă și că mai probabil textul aparține unui autor posterior lui Gaius care are darul de a prezenta concepția din dreptul lui Iustinian mai degrabă decât concepția din dreptul roman clasic<sup>40</sup>.

Sensul acestui text pe care Savigny l-a utilizat mai apoi în secolul XIX pentru construcția teoriei actului abstract rămâne discutabil. Un alt autor german contemporan<sup>41</sup> pune sub semnul întrebării corecta descifrare a textului latin de către Savigny apreciind că acesta a interpretat greșit fragmentul roman înțelegând din cuprinsul lui că simpla voință ar fi suficientă pentru a transfera dreptul de proprietate independentă de existența unui contract de vânzare-cumpărare sau a altui act obligațional. Același autor arată că teoria conform căreia dreptul roman utiliza o *traditio* abstractă este eronată<sup>42</sup> și că este de la sine înțeles faptul că Gaius a subînțeles că transferul proprietății are loc numai în prezența unui contract de vânzare-cumpărare valabil sau a existenței unei *iusta causa* chiar dacă nu a menționat expres acest lucru. Proprietatea nu era niciodată transferată dacă actul obligațional de vânzare-cumpărare nu era la rândul său valabil, sistemul roman fiind unul causal.

Din aceste explicații oferite de către autorii contemporani putem observa că nu există un punct comun în a defini *iusta causa traditionis* însă se poate trage concluzia

că cel puțin în dreptul roman clasic, *traditio* ca mod de dobândire al dreptului de proprietate, depindea de existența unei *iusta causa* valabile indiferent de forma pe care aceasta o îmbrăca<sup>43</sup>.

16. O altă particularitate a dreptului roman care a fost de natură să aducă argumente în favoarea susținătorilor caracterului abstract al *traditio* o reprezintă problema tradițiunii survenite *solvendi causa*. În acest caz este vorba de situațiile în care un bun este obiect al unei *traditio* în temeiul executării prin plată (*solutio*) a unei obligații născute dintr-o stipulație (*stipulatio*)<sup>44</sup>. În această situație dreptul roman a stabilit că dreptul de proprietate este transferat în mod valabil prin intermediul *traditio* chiar dacă obligația rezultată din stipulație nu era valabilă. Așadar transferul dreptului de proprietate prin *traditio* pare să fi fost independent de actul obligațional (*causa*), deoarece, așa cum arată și Max Kaser: „acolo unde nu există obligația, nu poate să existe nici stingerea ei prin plată”<sup>45</sup>.

La această concluzie se ajunge prin faptul că înstrăinătorul era în acest caz îndreptățit, potrivit dreptului roman, la o acțiune în temeiul îmbogățirii fără justă cauză (*condictio indebiti*)<sup>46</sup>. Spre diferență de dreptul modern, dreptul roman conferea o acțiune în temeiul îmbogățirii fără justă cauză (*condictio indebiti*) înstrăinătorului împotriva dobânditorului numai dacă acesta din urmă devenise proprietar. În cazul în care dreptul de proprietate nu ar fi fost transferat dobânditorului, înstrăinătorul ar fi avut la dispoziție acțiunea în revendicare în calitatea sa de proprietar. Din faptul că romanii utilizau în această situație acțiunea în temeiul îmbogățirii fără justă cauză (*condictio indebiti*) se poate trage concluzia că dobânditorul a devenit proprietar deși obligația în temeiul căreia s-a transferat bunul nu era valabilă. Așadar în acest caz *traditio* pare să fi avut un caracter abstract și nu unul causal.

Așa cum am observat, în dreptul roman, acțiunea în temeiul îmbogățirii fără justă cauză (*condictio indebiti*) era utilizată în ipoteza în care era transferată proprietatea asupra unui bun iar obligația în temeiul căreia era transferat bunul era lovită de nulitate. Mai tranșant spus, *condictio indebiti* era o acțiune în vederea recuperării proprietății, o acțiune având ca scop retransferarea dreptului de proprietate<sup>47</sup>. Este exact remediul pe care l-a consacrat codul civil german modern în cazul transferului dreptului de proprietate care are loc în dreptul german modern în mod abstract. Evident că în sistemele juridice care au ales principiul cauzalității *condictio indebiti* de sorginte romană nu își mai găsea rostul pentru că, în ipoteza în care actul juridic obligațional era ineficace, proprietatea nu era transferată și alienatorul avea la dispoziție acțiunea în revendicare pentru a-și recupera bunul (mai exact posesia bunului). S-a observat în mod pertinent că modelul roman al *condictio indebiti* nu se armonizează prea bine cu sistemele causale de transfer al dreptului de proprietate<sup>48</sup>.

Cercetarea modernă a oferit un răspuns și la această particularitate a dreptului roman. Așa cum a arătat Max Kaser bazându-se pe cercetările mai vechi ale

lui lui Ernst Rabel, în această situație transferul nu era unul lipsit de cauză pentru că romanii nu au privit în aceste ipoteze particulare obligația născută din stipulație drept *causa traditionis* ci plata în sine (*solutio*) drept *causa traditionis*. Așadar sistemul roman nu era unul abstract, nu era total acauzal, deoarece pentru romani, cauza tradițiunii o reprezenta plata însăși. Ceea ce se presta prin *traditio* în temeiul unei obligații născute dintr-o stipulație nu era *ex causa stipulationis* ci *ex causa solvendi*<sup>49</sup>. Din momentul în care înstrăinătorul dorea să facă plata (spre exemplu să transfere dreptul de proprietate asupra bunului la care s-a obligat printr-o stipulație) și dobânditorul accepta plata, ultimul dobânda dreptul de proprietate asupra bunului chiar dacă obligația asumată prin stipulație era lovită de nulitate. Explicația unui asemenea mod de a privi lucrurile a fost aceea că inițial *solutio* a fost privit de către romani ca un act juridic de stingere a obligațiilor de sine stătător. Era un act formal de eliberare care închidea în mod definitiv și absolut raporturile între părțile implicate, astfel încât odată făcută plata, bunul fiind transferat creditorului, acesta nu mai putea pretinde debitorului executarea obligației, însă nici debitorul nu își mai putea revendica bunul, chiar dacă mai târziu se descoperea că obligația asumată în temeiul căreia făcuse plata era lovită de nulitate<sup>50</sup>. *Solutio* avea inițial caracterul unei tranzacții prin care se stingeau pretențiile reciproce ale părților<sup>51</sup>. Abia mai târziu romanii au dezvoltat un remediu la această situație injustă în sensul că *solutio* nu a mai fost privit ca un act definitiv, final, care stingea orice pretenție din partea părților. În acest sens a apărut acțiunea în îmbogățire fără justă cauză (*condictio indebiti*) prin intermediul căreia romanii au deschis posibilitatea retransferării bunului pe nedrept înstrăinat înapoi în patrimoniul alienatorului<sup>52</sup>. Efectul *solutio* a rămas neschimbat în sensul că proprietatea era transferată, *solutio* fiind o *causa traditionis*. Cu toate acestea în ipoteza în care obligația în temeiul în care s-a făcut plata era nulă, alienatorul avea la dispoziție acțiunea în îmbogățire fără justă cauză pentru ca bunul să-i fie retransferat. Este modalitatea tipic romană de a adopta o soluție de mijloc, în sensul de a păstra forma tradițională a unei instituții pentru ca mai apoi pe căi ocolite să ofere rezolvarea unor soluții inechitabile rezultate din aplicarea rigidă a acelei instituții.

Aceste teze par să fie adoptate astăzi de către doctrina majoritară în sensul că ipoteza tradițiunii survenite *solvedni causa* trebuie privită ca o ipoteză particulară care nu era aplicabilă altor situații cum ar fi vânzarea-cumpărarea în cazul căreia lipsa actului obligațional antrena și ineficacitatea actului real. În acest sens majoritatea cercetătorilor moderni susțin că tradițiunea romană din perioada clasică avea un caracter cauzal<sup>53</sup>.

17. Uneori juriștii epocii clasice au făcut unele excepții de la necesitatea existenței unei *causa traditionis*. Spre exemplu transferul dreptului de proprietate încheiat printr-o vânzare-cumpărare de o persoană lipsită de capacitate juridică, a fost menținut în temeiul bunei credințe a cumpărătorului deși contractul era lovit de

nulitate<sup>54</sup>. Din acest exemplu izolat, în care un titlu putativ a fost considerat suficient pentru a opera transferul dreptului de proprietate nu se pot însă trage concluzii generale. O paralelă cu uzucapiunea romană, în care se admitea ca justă cauză un titlu putativ, nu poate fi făcută deoarece *traditio* nu presupunea existența unei *bona fides*. Pentru epoca juriștilor clasici recunoașterea unui simplu titlu putativ ca *iusta causa* este greu de admis<sup>55</sup>.

**18.** O altă posibilă excepție de la regula caracterului cauzal al *traditio* este oferită de celebra antinomie între jurisconsultul Ulpian și jurisconsultul Iulian<sup>56</sup>. În *Digesta* lui Iustinian apare un exemplu de speță comentat și soluționat în mod diferit de către cei doi juriști romani. Pe scurt datele speței sunt următoarele: A dorește să îi doneze un bun lui B iar B îl primește crezând că este vorba despre un împrumut. Problema care se pune este aceea dacă operează sau nu în mod valabil transferul dreptului de proprietate de la A la B. În concret, în textul juriștilor romani este vorba despre transferul unei o sume de bani.

Opinia lui Iulian este aceea că în ciuda disensiunii asupra *causa*, dreptul de proprietate este transferat în mod valabil lui B:

*Digeste 41,1,36 „ Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animaduerto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testament tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus<sup>57</sup>.”*

Opinia lui Ulpian este aceea că în cazul disensiunii asupra *causa*, dreptul de proprietate nu este transferat în mod valabil lui B:

*Digeste 12,1,18 „ Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederam, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti<sup>58</sup>.”*

Exprimându-ne în termeni moderni putem afirma că, în exemplul de speță redat mai sus este vorba despre un caz de eroare-obstacol asupra naturii contractului, deoarece există un dezacord între părți, fiecare crezând că a consimțit la încheierea unui alt contract. În terminologia Noului cod civil român, suntem în prezența unei erori esențiale asupra naturii contractului<sup>59</sup>. Există un dezacord asupra *causa traditionis*, în temeiul căreia urmează să fie transferat dreptul de proprietate. Pe de altă parte, este de observat însă că există un acord între părți asupra faptului că proprietatea urmează să fie transferată. Ambele părți urmăresc acest efect real, dezacordul privește doar latura obligațională a raportului lor juridic.

Conform celor arătate mai sus, atât donația (*donatio*) cât și împrumutul (*mutuum*) erau recunoscute de către dreptul roman și ambele presupuneau pe lângă o predare materială a bunului și o latură obligațională. Ambele fiind contracte, era necesar *animus donandi* al donatorului și acceptul donatarului iar la *mutuum*, care era un contract real, pe lângă acordul părților era necesară și remiterea materială a bunului. Problema care se pune este aceea dacă se poate vorbi despre o *iusta causa traditionis*, având în vedere că părțile se află într-o eroare esențială asupra naturii contractului. Conform regulii enunțate de către jurisconsultul Paul în lipsa unei *iusta causa* dreptul de proprietate asupra banilor nu urmează să fie transferat de la A la B astfel încât A în calitate de proprietar ar avea la dispoziție acțiunea în revendicare (*rei vindicatio*) contra lui B pentru a-și recupera bunul<sup>60</sup>.

Primul exemplu pe care îl enunță Iulian este acela în care există un dezacord asupra faptului dacă terenul este transferat în temeiul unei stipulații sau în temeiul unui legat. Având în vedere că ambele părți urmăresc transferul dreptului de proprietate și că nu se află în dezacord asupra bunului ce urmează a fi transferat, Iulian este de părere că nu există niciun impediment pentru ca dreptul de proprietate să nu fie transferat. Așa cum am observat în această primă ipoteză, nu se poate susține că transferul a intervenit fără o *iusta causa* deoarece atât în cazul *stipulatio* cât și în cel al legatului *traditio* era executată *solvendi causa*. În acest exemplu nevalabilitatea stipulației sau a legatului nu avea nicio înrâurire asupra transferului proprietății deoarece aceasta era executată *solvendi causa*, plata reprezentând chiar cauza tradițiunii. În acest caz nu se poate susține că transferul este efectuat *sine causa* ci tocmai *ex causa solvendi*. A are la dispoziție acțiunea în îmbogățire fără justă cauză (*condictio indebiti*) care, așa cum am văzut, se aplica ori de câte ori avea loc un transfer al dreptului de proprietate în temeiul plății unei obligații inexistente (*solutio indebiti*)<sup>61</sup>.

Al doilea exemplu este mai problematic. Iulian este de părere că dreptul de proprietate este valabil transferat cu toate că există o eroare asupra cauzei înmânării și a primirii sumei de bani. Opinia exprimată de Iulian pare să nu țină cont de necesitatea existenței unei *iusta causa traditionis* pentru a putea opera transferul dreptului de proprietate prin tradițiune. Ceea ce este important în opinia lui Iulian este existența unui acord asupra identității obiectului ce urmează a fi transferat. În această ipoteză, A nu poate utiliza acțiunea în revendicare pentru că nu mai este proprietar asupra bunului înmănat. Iulian nu precizează ce mijloc juridic ar avea la îndemână înstrăinătorul, însă este de presupus că ar trebui să fie vorba de o acțiune în îmbogățire fără justă cauză (*condictio indebiti*). Urmând soluția oferită de Iulian, se pare că transferul proprietății este abstract, independent de existența sau valabilitatea actului obligațional. Mai plastic spus, se pare că opinia lui Iulian este de natură să taie „cordonul ombilical” existent între actul obligațional și *traditio*<sup>62</sup>.

Ulpian, rediscutând cel de-al doilea exemplu oferit de către Iulian, adoptă o soluție mai conservatoare, în acord cu opinia majoritară enunțată de jurisconsultul Paul: în cazul în care lipsește *iusta causa traditionis*, nici transferul dreptului de proprietate prin intermediul *traditio* nu poate opera<sup>63</sup>.

Încercarea de a concilia această contradicție între cei doi jurisconșulți antici a constituit obiect de preocupare pentru toți comentatorii ulteriori ai dreptului roman, atât pentru cei din perioada evului mediu cât și pentru cei moderni. În cercetarea juridică modernă de la sfârșitul secolului XIX, în special cea dedicată dreptului roman, s-a impus ideea armonizării acestor pasaje aparent ireconciliabile prin intermediul presupuselor interpolații ale textelor antice de către compilatorii din vremea lui Iustinian<sup>64</sup>. Împăratul Iustinian hotărăște abolirea mancipațiunii și a *in iure cessio* din *Corpus Iuris Civilis*. Această schimbare s-a realizat la ordinul lui Iustinian prin interpolare, respectiv prin înlocuirea mecanică în text a a *mancipatio* cu *traditio*. Sensul original, neinterpolat al textului lui Iulian era în concordanță cu mancipațiunea, instituție care avea un caracter abstract. Înlocuirea mecanică a *mancipatio* cu *traditio* a fost de natură să deformeze caracterul acesteia din urmă și să lase impresia că *traditio* a devenit o modalitate abstractă de transfer al dreptului de proprietate. Confuzia a fost menținută de către compilatorii din vremea lui Iustinian, care nu au oferit o explicație precisă și clară dacă *traditio* avea un caracter abstract sau causal. Într-adevăr, dacă am înlocui tradițiunea cu mancipațiunea în fragmentul atribuit lui Iulian, nu ar exista nicio contradicție cu regulile generale, deoarece transferul proprietății prin *mancipatio* nu era legat în niciun fel de valabilitatea actului obligațional.

Dovada indubitabilă a existenței unei asemenea interpolații nu a fost și probabil că nici nu va putea fi făcută vreodată. Cercetarea romanistică din ultima jumătate a secolului XX a renunțat la metoda soluționării contradicției din textele antice prin intermediul interpolațiilor datorită dificultăților metodologice și a căutat alte mijloace de rezolvare a acestei probleme. Dacă vom compara cele două texte putem observa din fragmentul aparținând lui Ulpian care face trimitere la textul anterior al lui Iulian că acesta din urmă a negat în mod expres numai existența valabilă a unei donații punând doar sub semnul întrebării nașterea valabilă a unui împrumut: „*sed an mutua sit, videndum*”. Așadar, din fragmentul lui Ulpian se poate presupune că Iulian a considerat că un contract de împrumut ia naștere în mod valabil și că acesta reprezintă evident o *iusta causa traditionis*<sup>65</sup>. S-a susținut și ideea că din moment ce A este gata să îi doneze suma de bani lui B, cu atât mai mult ar fi fost gata să îi acorde sau să îi crediteze și un împrumut acestuia și că în acest sens voința de a dona o cuprinde implicit și pe aceea de a acorda un împrumut (argumentul *a maiori ad minus*)<sup>66</sup>. Potrivit acestei teorii, Iulian nu ar fi renunțat la condiția unei *iusta causa traditionis*, ci pur și simplu a redus *causa* la cel mai mic numitor comun.

Dincolo de toate aceste posibile soluții de conciliere a celor două texte antice oferite de către cercetarea modernă, fiecare explicație având un grad ridicat de artificialitate, suntem de părere că un răspuns mai tranșant ar fi acela că pur și simplu cei doi autori antici aveau păreri diferite în privința exemplului de speță pe care îl redau. Juriștii romani nu erau înclinați spre elaborarea unor construcții juridice unitare în privința transferului dreptului de proprietate, așa cum se regăsesc ele reglementate în codificările moderne. Este perfect posibil ca, așa cum se întâmplă și în dreptul contemporan, să fi existat doi autori care să fi avut opinii diferite în privința modului de rezolvare al aceleiași spețe.

19. Dacă punem lucrurile în balanță, vom constata că pe de o parte se află Paul și Ulpian care susțineau ideea unui transfer causal al dreptului de proprietate iar pe de cealaltă parte se află Gaius și Iulian care susțineau ideea unui transfer abstract al dreptului de proprietate. Am oferit acest din urmă exemplu al disputei<sup>67</sup> între Iulian și Ulpian datorită faptului că antinomia dintre Iulian și Ulpian a fost utilizată și în secolul XIX de către juriștii modeni pentru a găsi justificări în alegerea unei soluții cauzale a transferului dreptului de proprietate sau a unei soluții abstracte. Codul civil austriac a optat pentru modelul causal în vreme ce Codul civil german, urmându-l pe Savigny și școala istorică a dreptului a ales modelul abstract. Pentru a da un singur exemplu, în literatura de specialitate din țara noastră s-a susținut că: „ Este deci necesar ca un contract de vânzare să fundeze transferul ulterior al proprietății prin tradiție. Remarcăm însă că în dreptul clasic tradiția devine un mod abstract de transferare a proprietății, pentru aceasta fiind suficientă intenția părților de a trăda lucrul fără a se mai cere un contract de vânzare valabil”<sup>68</sup>. Autorul român preia opinia exprimată de autorul francez Paul Frédéric Girard: „ En droit classique, la justa causa réside dans l'intention d'aliéner et d'acquérir qui se manifesterait d'ordinaire dans ce fait concret, qui concorderait normalement avec lui, mais qui cependant produirait son effet sans lui, s'il fait défaut. Au moins dans l'opinion dominante, au cas de malentendu quand l'une des parties a fait la tradition dans l'intention de donner et que l'autre la reçoit dans l'intention d'emprunter; quoiqu'il n'y ait alors accord de volontés ni sur la donation ni sur le prêt et que par conséquent il n'y ait ni l'un ni l'autre de ces faits concrets, la propriété sera transférée en vertu de l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir, selon la doctrine dominante représentée par Julien et contestée à la vérité par Ulpian”<sup>69</sup>. Autorul francez preia la rândul său, Kzsustținând că aceasta ar fi teoria dominantă, opinia lansată de către germanul Friedrich Carl von Savigny la mijlocul secolului XIX, nimeni altul decât „părintele” contractului real-abstract din dreptul privat german<sup>70</sup>.

Savigny a exacerbat rolul *traditio* romane și a fost de părere că aceasta nu este numai un simplu act de predare materială, ci un veritabil contract real prin care ambele părți sunt de acord asupra de transferului și al primirii proprietății<sup>71</sup>.



Aceste diferențe majore de opinie asupra naturii abstracte sau cauzale a *traditio* din perioada dreptului roman clasic au fost de natură, așa cum s-a spus, să conducă la una din erorile cele mai fecunde din istoria dreptului privat și să continue să fie o eroare în reconstrucția dreptului roman<sup>72</sup>. Astăzi majoritatea autorilor moderni susțin teza conform căreia *traditio* din perioada dreptului roman clasic avea o natură cauzală și nu una abstractă<sup>73</sup>.

#### **1.4. De la o *traditio* materială spre o *traditio* spiritualizată**

**20.** Așa cum vom vedea, evoluția *iusta causa traditionis* a condus în cele din urmă la fundamentarea și la apariția principiului cauzalității și mai apoi a principiului abstracțiunii specific dreptului german. Dacă dreptul german a ajuns să exacerbeze rolul *traditio* transformând-o într-un adevărat contract real, al cărui unic scop este acela de a transfera dreptul de proprietate, vom constata cu surprindere că dreptul francez a evoluat exact în sens invers, derobând tradițiunea de orice efect translativ de proprietate. În mod cu totul surprinzător, romanii au oferit un model și pentru soluția aleasă de către dreptul francez.

Am observat că *traditio* era compusă din două elemente constitutive, un element intențional (*iusta causa traditionis*) și un element material (*traditio corporis*). Elementul intențional nu era suficient pentru a opera transferul proprietății. Elementul material al *traditio* impunea ca regulă o tradiție reală, o predare efectivă, fizică, a lucrului care să ateste intervenirea schimbării raporturilor de putere asupra bunului. Cu timpul, s-a observat că această regulă a predării materiale crea uneori inconveniente practice. Din acest motiv, juriștii romani cu admirabilul lor simț practic, au creat mijloacele juridice corespunzătoare necesare vieții cotidiene care să ocolească regula predării materiale.

**21.** Tradițiunea virtuală presupunea că bunul care trebuia să fie în mod fizic predat dobânditorului era înlocuit cu un altul mult mai ușor de transportat<sup>74</sup>. Rezultatul era același, ca și cum s-ar fi predat lucrul însuși. Nu era vorba despre o substituție materială a obiectului contractului ci doar de o înlocuire virtuală a acestuia. Spre exemplu: în cazul dobândirii unui teren era suficient ca achizitorul să calce cu piciorul pe acesta, în cazul achiziționării unei case era suficientă predarea cheilor dobânditorului (*traditio clavium*)<sup>75</sup>. De asemenea, echivalau cu tradițiunea lucrului aducerea și depunerea bunului cumpărat de către vânzător în casa cumpărătorului sau gestul punerii unor paznici lângă bunul dobândit. Aceste gesturi sunt menite să dea expresie faptului că dobânditorul exercita controlul asupra bunului prin mijlocirea unor reprezentanți. Inițial, juriștii romani apreciau că este necesară nu atât preluarea controlului asupra lucrului, ci luarea contactului cu lucrul, prin atingerea lui fizică. Această mentalitate își avea rădăcinile în concepția impregnată de magie a dreptului primitiv, conform căreia pentru a dobândi puterea asupra lucrului era necesară

atingerea lui<sup>76</sup>. Pe parcursul evoluției dreptului roman, nu mai era esențial ca achizitorul să preia el însuși în mod fizic bunul ci era suficient ca acesta să exercite controlul asupra bunului chiar prin intermediul unei alte persoane cum ar fi spre exemplu un păzitor al bunului<sup>77</sup>. Pentru dreptul roman, prezența dobânditorului bunului sau a unui reprezentant al acestuia rămâne o condiție necesară pentru realizarea predării materiale atât în cazul bunurilor mobile cât și în cazul bunurilor imobile<sup>78</sup>. Predarea cheilor nu avea atât de mult o funcție simbolică în această etapă a dreptului roman, ci reprezenta mijlocul de acces în încăperea unde se găseau bunurile; era practic un substitut al contactului fizic cu bunurile respective. Despre o tradiție simbolică nu se poate vorbi cu certitudine decât în epoca lui Iustinian, motiv pentru care am utilizat și noi la fel ca alți autori<sup>79</sup> noțiunea mai prudentă de tradiție virtuală.

**22. *Traditio longa manu*** opera strămutarea bunurilor într-o formă simplificată, prin indicarea materială a lucrului. În cazul în care era vorba despre un bun imobil, era suficient ca alienatorul să-i arate dobânditorului granițele proprietății de la distanță, fără a mai fi necesar ca dobânditorul să pună piciorul pe terenul respectiv<sup>80</sup>. În cazul bunurilor mobile, era suficient ca alienatorul să pună la dispoziția dobânditorului bunul mobil fie chiar în fața sa, fie în fața casei acestuia, în ambele cazuri nefiind necesară atingerea fizică a bunului de către dobânditor. Etimologic vorbind, denumirea *de longa manu*, care apare ulterior, acreditează ideea că dobânditorul are mâna atât de lungă încât poate prelua bunul de la distanță. Trecerea de la vechea concepție a predării fizice la această formă simplificată a reprezentat o evoluție mai degrabă decât o ruptură. În realitate, se poate susține că are loc o achiziție a bunului tot prin intermediul unei părți a corpului respectiv prin intermediul ochilor<sup>81</sup>.

**23. *Traditio brevi manu***<sup>82</sup> reprezintă reversul situației precedente. Dobânditorul se află deja în posesia sau în detenția materială a bunului, însă în virtutea unui alt titlu decât cel de proprietar. În cazul în care dobânditorul ar dori să cumpere bunul pe care îl deține, ar fi nevoit să îl remită proprietarului iar acesta să îl remită din nou dobânditorului pentru a-i putea transfera de această dată dreptul de proprietate asupra bunului. Ar fi fost necesară așadar o dublă tradiție în sens invers<sup>83</sup>. Pentru a evita aceste duble tradiții are loc o intervertire a titlului în baza căruia achizitorul deține bunul. *Corpusul* rămâne în mâna dobânditorului, însă se schimbă elementul *animus* pentru că dobânditorul stăpânește deja bunul cu titlul de proprietar. De exemplu, chiriașul care cumpără de la proprietar casa în care locuiește dobândește posesiunea casei din momentul cumpărării. Astfel, chiriașul nu mai este obligat să îi restituie proprietarului imobilul, pentru ca apoi acesta, la rândul său să i-l retransfere ci începe să posede din momentul convenției<sup>84</sup>. În exemplul de mai sus, oferit de către literatura de specialitate, am menționat că, în opinia noastră, în momentul convenției se intervertește detenția chiriașului în posesie sub nume de proprietar. În cazul particular al *traditio brevi manu*, nu are loc niciun fel de modificare fizică, schimbarea situației juridice are loc prin simpla manifestare de voință.

24. *Constitutum possessorium*<sup>85</sup> reprezenta un pact inserat într-un contract de vânzare-cumpărare prin care se transfera posesiunea juridică a lucrului fără o deplasare materială a acestuia. Ipoteza este inversă celei prezentate la *traditio brevi manu*. În astfel de situații, proprietarul nu părăsește casa pe care o vinde, ci continuă să rămână în ea în temeiul unei convenții de închiriere încheiată cu noul proprietar. Proprietarul clădirii rămâne în stăpânirea ei și după ce a înstrăinat-o. În această ipoteză înstrăinătorul rămâne detentor al bunului după ce transferă posesia și dreptul de proprietate dobânditorului<sup>86</sup>. Noul proprietar are atât intenția de a poseda (*animus possidendi*) cât și elementul material (*corpus*), pe care îl exercită prin intermediul vechiului proprietar<sup>87</sup>. Vechiul proprietar devenit un simplu chiriaș ajunge să fie doar un detentor al imobilului însă în același timp devine un împuternicit al noului proprietar, în sensul că prin intermediul său noul proprietar își exercită posesia sau mai exact elementul material (*corpus*) al acesteia. De aceea nu suntem de părere că noul chiriaș exercită detenția pentru noul proprietar<sup>88</sup>, ci dimpotrivă exercită detenția pentru sine, în temeiul contractului de locațiune. Ceea ce exercită chiriașul pentru noul proprietar este numai elementul material (*corpus*) al posesiei, în vreme ce noul proprietar are elementul intențional (*animus possidendi*). În loc să posede pentru el, înstrăinătorul devenea un posesor în contul noului proprietar care posedă imobilul prin intermediul altuia (*corpore alieno*). În acest caz nu există nici un semn exterior vizibil care să-i avertizeze pe potențialii terți de schimbarea juridică intervenită. Tradițiunea reală, fizică, dispare. Elementul material al schimbărilor patrimoniale intervenite este înlocuit printr-o simplă manifestare de voință. În cazul *traditio brevi manu* și al *constitutum possessorium* putem vorbi despre acte de transfer al dreptului de proprietate în care totul se petrece prin simpla manifestare de voință a părților. Încetul cu încetul necesitatea predării efective a început să se erodeze. Dreptul roman a evoluat spre forme tot mai simplificate de transfer al posesiei. Cu timpul, aceste tendințe spre simplificare ale tradițiunii începute încă din dreptul roman clasic vor conduce la ideea apariției tradițiunii simbolice și mai apoi la ceea ce juriștii medievali au denumit *traditio ficta*. Dreptul roman nu a recunoscut, cel puțin la nivel teoretic, transferul dreptului de proprietate prin intermediul *traditio ficta*<sup>89</sup>, însă rădăcinile acestei instituții le putem regăsi cu certitudine în formele simplificate de transfer ale posesiei descrise mai sus. Aceste forme simplificate au condus, prin propagarea și dezvoltarea lor de către juriștii medievali, la apariția unor instituții precum *traditio per cartam* sau *traditio ficta* în care tradițiunea a devenit pur simbolică. Aceste instituții medievale au jucat un rol fundamental mai apoi în apariția principiului consensual al transferului dreptului de proprietate specific dreptului francez.

### 1.5. Concluzii

25. Se poate constata că instituția *tradițiunii* romane (*traditio*) a pregătit un teren fertil în care s-au putut dezvolta germenii sistemelor moderne de transfer al dreptului de proprietate. Unele sisteme precum cel german au ales să mărească rolul tradițiunii transformând-o într-un contract cu valențe reale, altele precum sistemul francez au ales varianta minimalizării rolului tradițiunii ajungând în final la suprimarea ei ca element al transferului dreptului de proprietate. Dovada cea mai vie că tradițiunea nu și-a pierdut utilitatea este faptul că ea apare reglementată ca mod de transfer al proprietății mobiliare și în Proiectul Cadru Comun de Referință în vederea elaborării unui Cod civil european (Draft Common Frame of Reference)<sup>90</sup>. Bogăția și variația dreptului roman a fost de natură să confere legiuitorilor moderni modelele de urmat.

---

\* Avocat, Baroul Cluj, doctorand la Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; [serban.mircioiu@avocatbaras.ro](mailto:serban.mircioiu@avocatbaras.ro).

<sup>1</sup> Din extrem de vasta literatură juridică dedicată dreptului roman ne permitem să facem trimitere la următoarele lucrări cu caracter general: P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, huitième édition par F.Senn, Paris, Rousseau, 1929; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, 2. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 1971; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, 2. Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen*, 2. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 1975; H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb, *Römisches Recht Aufgrund des Werkes von Paul Jörs, Wolfgang Kunkel, Leopold Wenger*, Vierter Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 1987; P. Apathy, G. Klingenberg, H. Stiegler, *Einführung in das römische Recht*, 2. Auflage, Böhlau Verlag, Wien, 1998; D. Liebs, *Römisches Recht Ein Studienbuch*, 5. Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1999; P. Pichonnaz, *Les fondements romains du droit privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Schulthess, Zurich-Genève, 2008; M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht Ein Studienbuch*, 19. Auflage, C. H. Beck, München 2008. Pentru limba română a se vedea: V. Hanga, *Drept privat roman*, Tratat, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1977; V. Hanga, M. D. Bob, *Curs de drept privat roman*, Ediția a IV-a revizuită și adăugită, Universul juridic, București, 2011.

<sup>2</sup> A se vedea D. C. Alonso, *Transmisión y reserva de la propiedad en el contrato de compraventa (I)*, în Revista de derecho UNED, nr. 7/2010, p. 78.

<sup>3</sup> A se vedea G. Diódsi, *Ownership in ancient and preclassical roman law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970, p. 132.

<sup>4</sup> A se vedea J. Herrmann, *Zum Eigentumserwerb beim Mobiliarkauf nach Griechischem Recht* în „Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag”, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1976, p. 615.

<sup>5</sup> A se vedea P. Apathy, G. Klingenberg, H. Stiegler, *op. cit.*, p. 79.

<sup>6</sup> A se vedea G. Diódsi, *op. cit.*, p. 133.

<sup>7</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 135-136.

- <sup>8</sup> A se vedea D. C. Alonso, *op. cit.*, p. 77.
- <sup>9</sup> A se vedea, pentru distincțiile mai sus făcute, J. P. Chazal, S. Vicente, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil*, în „Revue trimestrielle de droit civil”, 3/2000, p. 487-488.
- <sup>10</sup> Un an în materie mobilă și doi ani în materie imobiliară.
- <sup>11</sup> A se vedea: P. Apathy, G. Klingenberg, H. Stiegler, *op. cit.*, p. 79; H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb, *op. cit.*, p. 147-148. Peregrinii nu dobândeau dreptul de proprietate decât în conformitate cu dreptul lor național, *ius gentium*.
- <sup>12</sup> A se vedea, pentru detalii privind acțiunea publiciană A. Burdese, *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana* în „Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del congresso internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990”, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1991, p. 119-131.
- <sup>13</sup> A se vedea V. Al. Georgesco, *La formation du concept de mode d' acquisition de la propriété en droit romain* în „Omagiul Profesorului Constantin Stoicescu pentru 30 ani de învățământ”, Ed. Bucovina I. E. Torouțiu, București, 1940, p. 625-686.
- <sup>14</sup> *Ibidem, op. cit.*, p. 683-684.
- <sup>15</sup> A se vedea M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt, op. cit.*, p. 384.
- <sup>16</sup> A se vedea P. Apathy, G. Klingenberg, H. Stiegler, *op. cit.*, p. 84-85. În acest sens se poate observa o deficiență a limbajului juridic actual român, unde se folosește în mod uzual pleonasmul „detenție precară”. Detenția este prin ea însăși precară în raport de posesie. Același limbaj pleonastic îl regăsim de altfel și în cuprinsul art. 918 alin. (1) din Noul cod civil român: „Nu constituie posesie stăpânirea unui bun de către un detentor precar...”
- <sup>17</sup> A se vedea H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb, *op. cit.*, p. 83.
- <sup>18</sup> Etimologic vorbind *trans-dare* asta și desemnează.
- <sup>19</sup> A se vedea G. Diódsi, *op. cit.*, p. 140.
- <sup>20</sup> A se vedea M. Kaser, *Zur „iusta causa traditionis”*, în *Bulletino dell' Istituto di Diritto Romano „Vittorio Scialoja”*, Vol. III, 1961, p. 62-63;
- <sup>21</sup> A se vedea G. Diódsi, *op. cit.*, p. 141.
- <sup>22</sup> A se vedea M. Kaser, *Zur „iusta causa traditionis”*, *op. cit.*, p. 62.
- <sup>23</sup> A se vedea: W. M. Gordon, *Studies in the transfer of property by traditio*, University Press Aberdeen, 1970, p. 4-10; J. P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 1<sup>re</sup> Édition, Dalloz, Paris, 2002, p. 563; P. F. Girard *op. cit.*, p. 317; P. Pichonnaz, *op. cit.*, p. 261; E. Molcuț, *Unele considerații cu privire la tradițiune*, în *Analele Universității din București Seria Drept*, IV, 2006, p. 1-6. Bunăoară în ipoteza în care *traditio* are loc în temeiul unui comodat era transferată detenția lucrului, dacă *traditio* survine în temeiul unui gaj era transferată posesia asupra lucrului iar dacă *traditio* are loc în temeiul unei vânzări-cumpărări este transferată proprietatea, quiritară sau după caz bonitară, asupra lucrului.
- <sup>24</sup> Unii autori susțin că această definiție modernă nu ar fi în conformitate cu practica juridică romană oferind în acest sens exemplul de *mutuum* în care remiterea bunului ar fi atât o condiție necesară pentru formarea contractului cât și o condiție necesară pentru formarea tradițiunii or, în acest caz remiterea lucrului s-ar plasa și în sfera conceptului de justă cauză și în afara sa. Dimpotivă în legislația lui

Iustinian, prin *iusta causa* se înțelege intenția lui *tradens* de a transmite lucrul și intenția lui *accipiens* de a-l dobândi chiar dacă nu există un act juridic. A se vedea, pentru această concepție E. Molcuț, *op. cit.*, p. 1-6. Aparenta contradicție se poate explica prin aceea că în cazul unui *mutuum*, executarea acordului este simultană cu nașterea acorului însuși, așa cum observa W. M. Gordon *op. cit.*, p. 5. Majoritatea romaniștilor înțeleg prin *iusta causa* un act juridic pe care dreptul obiectiv îl recunoaște ca fundament pentru transferarea proprietății mai exact în înțelesul de titlu de dobândire a proprietății precum: vânzarea-cumpărarea, împrumutul de consumație, constituirea de dotă etc. Pentru literatura română a se vedea spre exemplu V. Hanga, *op. cit.*, p. 273. Este adevărat însă că noțiunea de titlu de dobândire (*titulus*) apare mai târziu abia în vremea lui Dioclețian, a se vedea M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt, op. cit.*, p. 417, însă asta nu înseamnă că în perioada clasică, chiar în lipsa unei terminologii proprii, *causa* nu avea înțelesul de titlu de dobândire. A se vedea în acest ultim sens U. Manthe, *Geschichte des Römischen Rechts, 3 Auflage, C. H. Beck, München, 2007, p. 24-25.*

<sup>25</sup> În sens invers se poate pune problema dacă se putea transfera proprietatea unui bun *nec Mancipi* prin intermediul mancipațiunii. Răspunsul trebuie, în opinia noastră, să fie negativ în ceea ce privește mancipațiunea originară, etimologic vorbind bunurile *nec Mancipi* erau bunuri ne-mancipabile. Pentru opinia că prin intermediul *mancipatio nummo uno* datorită caracterului abstract al acesteia era posibilă înstrăinarea atât a bunurilor *mancipi* cât și a celor *nec Mancipi* a se vedea D. Liebs, *Abstraktion im neueren gemeinen Recht*, în „*Orbis Iuris Romani: Journal of ancient law studies*”, nr. 7 /2002, p. 65.

<sup>26</sup> A se vedea: M. Kaser, R. Knütel, *op. cit.*, p. 131; J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 568. Toți peregrinii dobândeau prin intermediul *traditio* doar proprietatea peregrină.

<sup>27</sup> A se vedea J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 568.

<sup>28</sup> A se vedea M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt, op. cit.*, p. 417.

<sup>29</sup> „Niciodată nuda tradițiune nu transferă proprietatea, ci numai atunci când ea este precedată de o vânzare sau de o altă cauză justă, în temeiul căreia s-a efectuat tradițiunea.” Pentru textul latin din *Digesta* am utilizat P. Krüger, T. Mommsen, R. Schoell, W. Kroll *Corpus juris civilis*, vol. I, *Digesta*, Ed. quinta, Weidmann, Berlin, 1888.

<sup>30</sup> Din vasta literatură juridică dedicată acestui subiect facem trimitere la următoarele lucrări: M. Kaser, *Zur „iusta causa traditionis”*, *op. cit.*, p. 61-97; G. Jahr, *Romanistische Beiträge zur modernen Zivilrechtswissenschaft*, în „*Archiv für die civilistische Praxis*”, 168. Band, 1968, p. 9-26; H. H. Jakobs, *Gibt es den dinglichen Vertrag? Ein Epitheton zu „Wissenschaft und Gesetzgebung (1983)”*, în „*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*”, 119. Band, Romanistische Abteilung, 2002, p. 269-325; L. P.W. van Vliet, *Iusta Causa Traditionis and its History in European Private Law*, în *European Review of Private Law*, 3/2003, p. 342-378; E. Kunze, *Iusta causa traditionis oder das Abstraktionsprinzip im römischen Recht*, Grin Verlag, Norderstedt, 2006; F. S. Meissel, *Julian und die Entdeckung des dinglichen Vertrages*, în „*Fälle aus der Rechtsgeschichte*”, C. H. Beck Verlag, München, 2007, p. 62-76.

<sup>31</sup> A se vedea Y. Thomas, *Une invention de la romanistique allemande: l'acte de transfert abstrait*, în „*Droits revue française de théorie juridique*”, nr. 7/1988.

<sup>32</sup> A se vedea M. Kaser, *Zur „iusta causa traditionis”*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>33</sup> *Ibidem, op. cit.*, p. 95.

<sup>34</sup> A se vedea G. Jahr, *op. cit.*, p. 17-19.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> A se vedea H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb, *op. cit.*, p. 157.

<sup>37</sup> A se vedea P. Pichonnaz, *op. cit.*, p. 262.

<sup>38</sup> „Dacă anumite bunuri ne sunt predate prin tradițiune nimic nu ar corespunde mai bine echității naturale decât să recunoaștem voința proprietarului de a transfera proprietatea asupra bunului său altuia drept valabilă.”

<sup>39</sup> A se vedea D. Haag Molkeneller, *Die These vom dinglichen Vertrag: zur formalen Struktur der Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 BGB*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1991, p. 66.

<sup>40</sup> Ibidem, *op. cit.*, p. 70.

<sup>41</sup> A se vedea U. Wesel, *Geschichte des Rechts Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001, p. 450-451.

<sup>42</sup> Ibidem, *op. cit.*, p. 451.

<sup>43</sup> În literatura din țara noastră s-au făcut următoarele afirmații: „Concepția conform căreia justa cauză a tradițiunii este actul care precede și explică sensul remiterii materiale a lucrului nu este în conformitate cu practica juridică romană” și „pentru ca termenul juridic de tradițiune să fie utilizat cu un sens unitar, este necesar ca *iusta causa* să fie definită în conformitate cu legislația lui Iustinian” a se vedea E. Molcuț, *op. cit.*, p. 5. Aceste susțineri trebuie privite cu circumspecție. În opinia noastră situația este exact inversă, tocmai aceasta era tendința dreptului roman clasic de a consacra un sistem causal în vreme ce dreptul roman din vremea lui Iustinian sau mai degrabă am spune, dreptul bizantin, manifesta tendințe spre un sistem de transfer abstract.

<sup>44</sup> Ipoteza este aplicabilă și în cazul legatului.

<sup>45</sup> A se vedea M. Kaser, *Zur „iusta causa traditionis”*, *op. cit.*, p. 69. „Ohne Bindung keine Lösung.”

<sup>46</sup> A se vedea, pentru detalii privind îmbogățirea fără justă cauză în dreptul roman și în sistemele juridice moderne, B. Kupisch, *Causalità e astrattezza in „Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del congresso internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990”*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1991, p. 433-454.

<sup>47</sup> Ibidem, *op. cit.*, p. 440.

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> A se vedea M. Kaser, *Zur „iusta causa traditionis”*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>50</sup> Ibidem, *op. cit.*, p. 74-75.

<sup>51</sup> Ibidem, *op. cit.*, p. 74.

<sup>52</sup> A se vedea B. Kupisch, *op. cit.*, p. 448-449.

<sup>53</sup> A se vedea: H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb, *op. cit.*, p. 158; P. Pichonnaz, *op. cit.*, p. 262; M. Kaser, R. Knütel, *op. cit.*, p. 131. Pentru opinia contrară a se vedea H. H. Jakobs *op. cit.*, p. 304-317. Autorul ajunge la concluzia că *traditio* avea cu certitudine un caracter abstract în cazul în care era executată *solvedni causa* și probabil avea un caracter la fel de abstract și în cazul în care era executată în temeiul unui contract de vânzare-cumpărare.

<sup>54</sup> A se vedea H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb, *op. cit.*, p. 158.

- <sup>55</sup> Ibidem, *op. cit.*, p. 159.
- <sup>56</sup> Pentru tematica disputei celor doi juriști romani a se vedea în special: F. S. Meissel, *op. cit.*, p. 62-76; L. P.W. van Vliet, *op. cit.*, p. 343-345; E. Kunze, *op. cit.*, p. 1-19. Iulian a fost privit drept unul dintre cei mai mari jurisconșulți ai perioadei romane clasice bucurându-se de o apreciere unanimă atât în timpul vieții cât și după moartea sa. Ulpian s-a bucurat de o faimă la fel de mare fiind juristul citat cel mai des în Digesta. Cei doi jurisconșulți nu au fost însă contemporani.
- <sup>57</sup> „Dacă suntem de acord asupra obiectului transferului dar nu suntem de acord asupra cauzei transferului atunci nu văd de ce transferul dreptului de proprietate nu ar fi valabil: de exemplu eu cred că sunt obligat față de tine să îți transfer dreptul de proprietate asupra unui teren în temeiul unui testament și tu crezi că terenul ți se cuvine în temeiul unei stipulații. Și dacă îți dau o sumă de bani numărată cu intenția de a ți-o dona și tu o primești crezând că este vorba despre un împrumut, nu constituie o piedică pentru ca tu să dobândești dreptul de proprietate asupra banilor faptul că nu am fost de acord asupra temeiului înstrăinării și al dobândirii.”
- <sup>58</sup> „Dacă îți dau bani cu intenția de a-ți face o donație, și tu primești acești bani crezând că este vorba despre un împrumut, atunci, așa cum scrie Iulian nu se naște o donație valabilă. Dacă se naște un împrumut trebuie verificat. Și sunt de părere, că nu se naște un contract de împrumut și că proprietatea asupra banilor nu s-a transferat deoarece dobânditorul i-a primit crezând că îi primește cu un alt titlu decât a crezut înstrăinătorul. În cazul în care dobânditorul a consumat banii, răspunde în temeiul îmbogățirii fără justă cauză, însă se poate apăra ridicând excepția dolului pentru că banii au fost consumați datorită voinței înstrăinătorului.”
- <sup>59</sup> Potrivit art. 1207 ain. (2) din Noul cod civil român eroarea este esențială când poartă asupra naturii sau obiectului contractului.
- <sup>60</sup> A se vedea F. S. Meissel, *op. cit.*, p. 63- 65. Evident speța redată este în mod fragmentar prezentată în Digesta fără a putea fi stabilit cu certitudine dacă avea la bază o realitate faptică sau dacă este pur și simplu un exemplu inventat în scopuri didactice.
- <sup>61</sup> A se vedea E. Kunze, *op. cit.*, p. 8.
- <sup>62</sup> A se vedea D. Haag Molkeneller, *op. cit.*, p. 67.
- <sup>63</sup> La o analiză mai aprofundată soluția oferită de către Ulpian ar fi explicabilă în felul următor. În mod cert Ulpian a fost de părere că un contract de împrumut nu are cum să ia naștere în mod valabil. Ulpian s-a exprimat în sensul că B ar putea deveni proprietar însă nu prin intermediul *traditio* ci printr-un mod original respectiv prin pierderea identității banilor lui A prin amestecul cu banii proprii (*consumptio nummorum*). Astfel se explică și de ce în exemplul dat de către Ulpian, A nu își poate revendica banii prin intermediul acțiunii în revendicare. A are la dispoziție acțiunea în temeiul îmbogățirii fără justă cauză (*condictio indebiti*), însă și această acțiune poate fi paralizată în opinia lui Ulpian prin ridicarea excepției dolului de către B. Această excepție poate fi ridicată cu succes deoarece banii au fost consumați tocmai datorită voinței înstrăinătorului A, or acesta ar comite un dol dacă i-ar cere înapoi de la B. A se vedea pentru această explicație F. S. Meissel, *op. cit.*, p. 62-76.
- <sup>64</sup> A se vedea: L. P.W. van Vliet, *op. cit.*, p. 344-346; F. S. Meissel, *op. cit.*, p. 62-76.
- <sup>65</sup> A se vedea D. Haag Molkeneller, *op. cit.*, p. 68.
- <sup>66</sup> A se vedea F. S. Meissel, *op. cit.*, p. 75- 77.



- <sup>67</sup> O dispută postumă, cel puțin pentru unul dintre protagoniști pentru că în momentul în care Ulpian comentează pasajul lui Iulian, acesta din urmă nu se mai afla în ființă.
- <sup>68</sup> A se vedea R.Voiculescu, *Promisiunea unilaterală de vânzare imobiliară în dreptul comparat*, Editura Curierul judiciar, București, 1943, p. 174-175. În același sens a se vedea și I. C. Cătuneanu, *Curs elementar de drept roman*, ediția a 2-a, Cartea Românească, București, 1924, p. 228: „Când însă tradiția a avut loc și părțile au fost de acord asupra trecerii proprietății, dreptul se transmite chiar dacă nu erau de acord asupra motivului juridic care a determinat pe fiecare să participe la actul translativ de proprietate. Spre exemplu, dobândesc proprietatea asupra obiectului predat spre achitarea unei datorii, ce nu există. În acest caz dreptul roman nu acordă tradentului *rei vindicatio* spre a cere restituirea lucrului, pentru că nu-l mai consideră ca proprietar; îi pune însă la dispoziție o *condictio indebiti* spre a reclama restituirea lucrului nedatort. Alt exemplu: am primit o sumă de bani crezând că mi se dă cu împrumut, pe când tradentul mi-a predat-o ca donațiune. În acest caz proprietatea trece, pentru că în momentul tradițiunii ambele părți au fost de acord asupra faptului de transferare și primire a proprietății, independent de motivul juridic, ce călăuzea pe fiecare din părți. Asupra acestei chestiuni a fost o controversă în dreptul clasic. Părerea lui Iulian, în sensul mai sus exprimat, s-a admis.”
- <sup>69</sup> A se vedea P. F. Girard *op. cit.*, p. 317-318.
- <sup>70</sup> A se vedea F. C. von Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, 2 Band, bei Veit und Comp, Berlin, 1853, p. 257.
- <sup>71</sup> Ibidem.
- <sup>72</sup> A se vedea P. Pichonnaz, *op. cit.*, p. 262. Expresia aparține lui Carlo Augusto Cannata și este preluată de către autorul citat de noi sub nota de subsol nr. 784. În lipsa textului original presupunem doar că atunci când Carlo Augusto Cannata vorbește de una din erorile cele mai fecunde ale dreptului privat se referă la caracterul abstract al *traditio*.
- <sup>73</sup> A se vedea: M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt, op. cit.*, p. 416; V. Hanga, *op. cit.*, p. 273; H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb, *op. cit.*, p. 157; P. Apathy, G. Klingenberg, H. Stiegler, *op. cit.*, p. 87; D. Haag Molkensteller, *op. cit.*, p. 69; E. Kunze, *op. cit.*, p. 13; U. Manthe, *op. cit.*, p. 97; U. Wesel, *op. cit.*, p. 191; P. Pichonnaz, *op. cit.*, p. 262-263; M. Kaser, R. Knütel, *op. cit.*, p. 131.
- <sup>74</sup> A se vedea J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 564.
- <sup>75</sup> Predarea cheii depozitului semnifică, în cazul cumpărării unor bunuri dintr-un depozit, predarea bunurilor din depozitul respectiv.
- <sup>76</sup> A se vedea W. M. Gordon, *op. cit.*, p. 44-46.
- <sup>77</sup> Ibidem., *op. cit.*, p. 80.
- <sup>78</sup> M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt, op. cit.*, p. 392.
- <sup>79</sup> A se vedea J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 564.
- <sup>80</sup> Ibidem.
- <sup>81</sup> A se vedea W. M. Gordon, *op. cit.*, p. 49.
- <sup>82</sup> Ibidem, *op. cit.*, p. 36-43.
- <sup>83</sup> A se vedea J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 564.
- <sup>84</sup> A se vedea V. Hanga, *op. cit.*, p. 272.

<sup>85</sup> A se vedea W. M. Gordon, *op. cit.*, p. 13-35.

<sup>86</sup> A se vedea J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 564.

<sup>87</sup> A se vedea V. Hanga, *op. cit.*, p. 272.

<sup>88</sup> A se vedea în acest sens J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 565.

<sup>89</sup> M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, 2. Abschnitt, op. cit.*, p. 275.

<sup>90</sup> Draft Common Frame of Reference, Book VIII, Chapter 2, Section 1 Requirements for the transfer of ownership in general, (1) (e): there is an agreement as to the time ownership is to pass and the conditions of this agreement are met, or, in the absence of such agreement, delivery or an equivalent to delivery.

## **ARTICOLE**

# **CONTRACT LAW- A DÉLUGE OF NORMS IN SEARCH OF PRINCIPLES: THE COMMON EUROPEAN SALES LAW AND THE SOUTH AFRICAN CONSUMER PROTECTION ACT**

Luanda HAWTHORNE\*

**Abstract:** *It is trite law that legislation which protects the consumer causes a surge of new norms. This article proposes that from these new norms found in the mandatory rules of consumer legislation it is possible to extract principles. The European Commission's proposal for a regulation on a Common European Sales Law (CESL) and the South African Consumer Protection Act (CPA) are analysed in an attempt to establish and ascertain principles which are aimed at controlling adjudication in a fair and just manner as opposed to a regime where free discretionary adjudication reigns. From the new norms contained in the mandatory rules of the CESL and the South African CPA it is possible to extract an information principle and a principle of fair dealing. The Draft Common Frame of Reference has identified freedom of contract, justice security and efficiency as the underlying principles of contract law. It is suggested that the obligation of information and fair dealing are recognised as independent principles which may facilitate bridging the divide between classical and consumer contract law.*

**Keywords:** principles; information principle; principle of fairness and fair dealing; consumer law; Common European Sales Law; South African Consumer Protection Act

## **1. Introduction**

Recognition of human rights and the concomitant social rights has led to development of pragmatic, politically correct solutions to socio-economic inequalities in the form of specific legislation. This has brought about a dichotomy between this promulgated legislation and the existing legal structures. An example of such a situation can be found in the current tension between the legislation introduced to protect consumers and the traditional theory of contract law.<sup>1</sup> This tension between protective interventionist legislation and traditional *laissez-faire* contract law has been the subject of debate since the inception of statutory protection of weaker contracting parties. Traditionally the fast developing body of special statutory contract law has been considered an exception to the general body of private law<sup>2</sup>

and it is argued that the basic principles of the law of contract remain unaffected by consumer legislation. However, the implicit awareness that the underlying principles of consumer law are not in harmony with the fundamental structure of classical contract law<sup>3</sup> has led Ian Ramsay to question whether consumer law is a 'progressive' form of law or merely a subaltern in the onward march of neo-liberalism.<sup>4</sup> This observation may be based on two factors: first, the high incidence of mandatory provisions, which at first glance infringe on freedom of contract, and secondly on the fact that consumer law's specific range of remedies moves away from the orthodox paradigm of private contract law.<sup>5</sup> This process is now described by the terms "materialisation" and "differentiation"<sup>6</sup> and as this body of exceptional law expands, the more problematic assimilation will become within the traditional system of law.<sup>7</sup> Moreover, this begs the question whether the validity of the basic tenets of the "rump" contract law, namely freedom and sanctity of contract are still exclusive today.<sup>8</sup> In order to answer this question and possible subsequent questions it is apposite to give a brief overview of the causes of consumer protection.

## **2. Reasons for consumer protection**

The reasons for consumer protection are manifold and vary from the abstract to the concrete, from economics to ethics and from socio-economic policies to legal development. Thus market failure has been identified as a source for legislative intervention, while the occasions of market failure may be lack of competition, barriers preventing prospective consumers from entering the market, problems consequent to differentiation in quality of available products, possible liability to third parties and dissimilitude's of information between consumers and businesses.<sup>9</sup> The ethical ideal of social justice is a strong motivation for consumer protection, while poverty alleviation and the social advancement of the marginalised groups in society have played a prominent role within social and economic policies. This has led to the development of the concept "social market" and the desire for standards in the market place and equal access to the market.

### **2 1. Inequality**

The repercussions of the above in the law of contract have been Trebilcock's Doctrine Of Inequality Of Bargaining Power,<sup>10</sup> Which Laid The Foundation For The Principle of equality in contract law. Today it is trite that inequality of bargaining power between the supplier of goods and services and the consumer who avails herself of them is one of the reasons for consumer protection legislation.<sup>11</sup> Closely linked to this inequality is the dissimilitude of knowledge<sup>12</sup> regarding the consumer's

rights on the one hand and the characteristics and technical components of the goods or services on the other hand. Another inequality is that of resources between the two parties, which affects the consumer's ability to obtain access to justice as well as the supplier's ability to absorb the cost of a defective product.<sup>13</sup>

## **2.2. Standard contracts**

A final and major cause for legislative intervention has been the standard contract,<sup>14</sup> which has become the norm within the contracting arena. A logical result of the mass production of goods and services and the quest for efficiency, the standard contract reduces transaction costs and streamlines the contractual obligations of providers of services and goods to mass markets.<sup>15</sup>

Drafted by specialist teams of lawyers the dominant position of their client is used to tailor contractual terms to the advantage of the supplier and existing default rules are superseded with terms limiting liability, shifting risk or reducing a period of prescription. Such contracts are also referred to as contracts of adhesion, which clearly indicates that the terms are non-negotiable. Standard contracts rule modern commerce<sup>16</sup> and their use has been compared to the exercise of monopoly power.<sup>17</sup> In spite of the last fact, contracts of adhesion are treated as any other contract, that is enforceable according to the terms of the contract unless other elements contained within recognised doctrines such as duress, misrepresentation, mistake, rescission, legality and interpretation<sup>18</sup> are present to render the contract unenforceable. Standard contracts are in reality cast in stone as well as inherently one-sided. Attempts to balance contracting parties' interests and obligations has resulted in piecemeal protective legislation cabined within the newly developing paradigm of consumer protection.

Finally it should be mentioned that consumer protection has been an impetus to private law to reconsider values and norms such as honesty, fair dealing and risk-sharing and to further develop rules and principles in these areas.<sup>19</sup>

## **3. Consumer Protection Legislation**

### **3.1. Introduction**

This article analyses the South African Consumer Protection Act<sup>20</sup> (hereafter referred to as CPA) and the latest European Union initiative in this field, the proposal on a Common European Sales Law<sup>21</sup> (hereafter referred to as CESL), in search of principles. The hypothesis is that one of the characteristics of the legislative protection of consumers has been a casuistic approach aimed at eliminating the worst excesses of exploitative behaviour within the consumer market. These recent instruments

represent a new dawn in which the *laissez faire* principles of classical contract are no longer socially justifiable. In consequence, this legislation has introduced a considerable number of new mandatory rules, new consumer rights and new principles. These new rules effect great changes within contracting and can cause confusion in the law.<sup>22</sup> This paper undertakes to classify and analyse this *déluge* of norms with the intention to extract new principles of contract law from both documents. The attempt to distill from the multitude of rules a number of principles is inspired by the desire to retain coherence within the over-all law of contract. Application of recognised principles in consumer law will achieve predictable solutions and open the possibility of assimilation of these principles in general contract law and counter differentiation, materialisation and guarantee legal unity.

### **3.2. South African consumer protection initiatives**

An important step in South African consumer protection legislation has been the promulgation of the National Credit Act<sup>23</sup>. This Act aims to address the issues of market failure, the ethical goal of social justice, consumer entitlements, and community values.<sup>24</sup> The chosen route is one of mandatory rules and information obligations. In 2009 the Consumer Protection Act<sup>25</sup> was promulgated, which continued on this road introducing mandatory rules promoting transparency and fairness into contract law.<sup>26</sup> In this article attention will only be given to the CPA in view of the fact that the CESL excludes application to contracts involving credit.<sup>27</sup>

### **3.3. The Common European Sales Law**

In 2011<sup>28</sup> The European Parliament and the Council of the European Union proposed a regulation on a Common European Sales Law.<sup>29</sup> This proposal constitutes the most recent legislation dealing with the contract of sale and is a result of the Draft Common Frame of Reference.<sup>30</sup> The objective of the proposal is to facilitate cross-border trade in the European Union for traders and consumers. Differences in the contract law between the member states have been identified as an obstacle for such trade, not only for business-to-consumer, but also for business-to-business transactions. This proposal recognises the fact that in spite of the European efforts at harmonisation, particularly in the field of consumer protection law differences in mandatory consumer protection rules remain.<sup>31</sup> Moreover, article 6 of Regulation no 593/2008 of the European Parliament<sup>32</sup> deters enterprises from cross-border trading. The same applies to e-commerce<sup>33</sup> where the requirement that the business' website must be adapted to the legal requirements of each member state where business activities are directed, has resulted in refusals to sell to consumers of other member states.

Although no restrictions regarding applicable law in respect of traders and their cross-border transactions are current, the multiplicity of national contract laws poses problems. Thus, small and medium-sized enterprises (SME's) dealing with larger companies are generally forced to agree to the law of the big business partner.<sup>34</sup> Furthermore, for SME's to find the content of foreign law and the negotiations on the point of applicable law constitutes considerable additional transaction costs, and the smaller the company, the greater the proportion of the transaction costs. The Vienna Convention on International Sale of Goods regulates only certain aspects, but does not address important matters such as unfair contract terms.<sup>35</sup> Moreover, these rules only apply by default and several European Union members have not signed the convention.

In consequence, the CESL provides an optional uniform set of contract rules,<sup>36</sup> intended as a second contract regime within each national law for cross-border<sup>37</sup> business-to-business and business-to-consumer<sup>38</sup> contracts for the sale of goods, supply of digital content and related services.<sup>39</sup> However, the proposed regulation offers member states the option to make the CESL available for domestic trade and to include contracts between traders, both not qualifying as SME.<sup>40</sup> As the CESL does not cover every aspect of contracting, the existing national rules regulating matters outside the scope of the CESL will continue to apply.<sup>41</sup>

The CESL should also be available to facilitate trade between member states and third countries, which gives consumers from third countries the option to agree to use the CESL.<sup>42</sup> Consent by a consumer to use the CESL must be an informed choice; the trader must draw attention to the intended use and provide information on the nature and salient features;<sup>43</sup> the agreement to apply the CESL is indispensable and subject to strict requirements; an explicit separate statement is required and inclusion of a term to this effect in the contract itself is not possible. The trader must provide confirmation of this agreement in durable medium;<sup>44</sup> the regulation provides a standard information notice. Where it was impossible or omitted to provide such notice, the agreement is not binding until both notice and confirmation have been delivered and agreed to by the consumer. Agreement to apply the CESL covers the entire regime and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods is by implication excluded.<sup>45</sup>

The CESL and the CPA both provide protection to consumers by means of mandatory rules.<sup>46</sup> Mandatory rules are the essence of consumer law, because the latter constitutes statutory-based protection which impacts on traditional contract law.<sup>47</sup> Both instruments address the whole contracting dynamic, extending their application to both pre- and post-contractual relations. The CESL's proposal includes the possible application in trade between European Union member states and third countries, which will give consumers from third countries the option to agree to use the CESL.

## 4. Information obligations

### 4.1. Asymmetry of information

In classical contract law incentives for suppliers and traders to supply information are non-existent. Consumer legislation is making provision for mandatory information which is a response to the asymmetries of information between suppliers/traders and consumers.<sup>48</sup> Thus, one important facet of consumer protection has been the introduction of obligatory information, on the basis of the argument that consumers in possession of the necessary information will be in a position to protect their own interests, information being a condition for rational decision-making. When a consumer's expectations and reliance are based on reliable information, the supplier will benefit as well, since the consumer is more likely to fulfil her obligations. Information obligations<sup>49</sup> rely heavily on financial literacy<sup>50</sup> and play an important role in consumer protection,<sup>51</sup> since they promote transparency and competition in the market.<sup>52</sup> Correct information places the consumer in a position to participate in comparative shopping<sup>53</sup> and should stimulate competition in the market.

### 4.2. The South African Consumer Protection Act

The information obligations developed by the CPA have a distinct South African flavour and are representative of an *ad hoc* reaction against exploitative malpractices in the consumer market.

The CPA applies to<sup>54</sup> all transactions involving the supply of any goods or services in the ordinary course of business for fair value.<sup>55</sup> Provision is made for information obligations in the following instances: the Act requires suppliers to clearly inform a consumer with whom they contract,<sup>56</sup> what exactly is supplied<sup>57</sup> and at what price,<sup>58</sup> and any special information relating to direct marketing,<sup>59</sup> promotional offers,<sup>60</sup> loyalty programmes,<sup>61</sup> promotional competitions,<sup>62</sup> work, business or activity from home<sup>63</sup> or investment of money,<sup>64</sup> sales by auction.<sup>65</sup>

Limitation of risk and liability involves robust information obligations. The CPA provides that any notice to consumers or any term of a consumer contract limiting the risk or liability of the supplier<sup>66</sup> or constituting an assumption of risk or liability by the consumer,<sup>67</sup> or obliging the consumer to indemnify the supplier<sup>68</sup> or acknowledging any fact by the consumer,<sup>69</sup> must be clearly,<sup>70</sup> timely<sup>71</sup> and fairly drawn to the attention of the consumer.<sup>72</sup> This applies also to notices and contractual terms relating to activities and facilities subject to risk of an unusual character, which a reasonable consumer could notice and that could result in serious injury or death.<sup>73</sup> It is prescribed that notices, documents and visual representations must be in a specified form or in plain language.<sup>74</sup>



In South Africa all terms and notices which limit the supplier's risk or liability<sup>75</sup> or place the risk or liability on the consumer<sup>76</sup> or indemnify the supplier<sup>77</sup> or constitute an acknowledgement of any fact by the consumer<sup>78</sup> must be drawn to the consumer's attention.<sup>79</sup> This must be done in plain written language,<sup>80</sup> in a conspicuous manner<sup>81</sup> prior to the consumer entering into the agreement, and commencing to engage in the activity by entering or gaining access to the facility<sup>82</sup> or is required to begin payment.<sup>83</sup>

These mandatory rules bolster the role of information obligations and can clearly be applied to common law agreements as well as consumer contracts for which they were created. In this manner mandatory rules can be transposed onto classical contract law and so create an information principle which transcends boundaries.

### **4.3. The Common European Sales Law**

The CESL applies to cross-border<sup>84</sup> business-to-business and business-to-consumer<sup>85</sup> contracts for the sale of goods, supply of digital content and related services.<sup>86</sup> However, contracts involving the supply of foodstuffs, beverages or other consumables for household use frequently supplied by a trader on regular rounds to the consumer's home or workplace,<sup>87</sup> and contracts concluded by means of vending machines or automated commercial premises,<sup>88</sup> multiple contracts concluded with a total price not exceeding fifty Euro<sup>89</sup> are excluded.

Stringent information obligations are proposed by the CESL<sup>90</sup> for consumer contracts where the agreement is concluded at a distance or off-premises,<sup>91</sup> and face to face.<sup>92</sup> In all these instances a trader must provide in a clear and understandable manner all information regarding the main characteristics of goods or services,<sup>93</sup> the total price as well as any additional charges,<sup>94</sup> the identity of the trader, her name, the geographical address as well as the telephone number;<sup>95</sup> and the contract terms.<sup>96</sup> This information forms an integral part of the contract and may only be altered on the express agreement by the parties.<sup>97</sup> Provision is also made for rights of withdrawal.<sup>98</sup>

Pre-contractual information obligations are dealt with in chapter 2. The chapter is divided into four sections thus making provision for trader-consumer contracts, at distance or off-premises or face-to-face<sup>99</sup> and trader-trader relations<sup>100</sup>, while section four deals with the duty to ensure that the information is correct. This choice makes for repetition. In addition to the above the CESL specifies that for a distance contract information must be provided in a way that is appropriate to the means of distance communication,<sup>101</sup> in plain understandable language<sup>102</sup> and in a durable medium and be legible.<sup>103</sup> It also specifies that for an off-premises contract the information must be given on paper,<sup>104</sup> be legible and in plain language,<sup>105</sup> and that the trader is obliged to give the consumer a copy of the signed agreement.<sup>106</sup> Such an agreement will only be valid once the consumer has signed the offer and the trader has provided the consumer with confirmation of the agreement in a durable

medium.<sup>107</sup> In regard to face to face contracts the duration of the contract, the minimum duration of the consumer's obligations or in the event where the contract is indeterminate or is to be extended automatically the conditions for terminating the contract must be provided.<sup>108</sup>

Regarding the information to be provided, the CESL sets out the factors to be taken into account in order to determine whether good faith and fair dealing require a contracting party to disclose particular information or not.<sup>109</sup> Regard should be given to all the circumstances including whether the party had expertise;<sup>110</sup> the cost to the party of acquiring the information;<sup>111</sup> the ease with which the other party could have acquired the information;<sup>112</sup> the nature of the information;<sup>113</sup> and the apparent importance of the information to the other party.<sup>114</sup> Although the CESL does not require notification of exclusion of a suppliers liability, it considers these terms to qualify as not individually negotiated and consequently automatically unfair, void and unenforceable.<sup>115</sup>

## **5. Good faith and fair-dealing and the right to fair and honest dealing**

Recognition of the principle of good faith and fair dealing as well as the right to fair and honest dealing is indicative of Wilhelmsson's<sup>116</sup> person-oriented approach to contracts. Such an approach is concerned with how the physical, property, social and economic interests of consumers will be affected by the terms of their agreements<sup>117</sup> and takes cognisance of a consumer's ability to protect her interests, which demands contextualisation.<sup>118</sup> Designed to promote social justice and the economic welfare of consumers<sup>119</sup> and described as a welfarist approach to contracts,<sup>120</sup> this approach represents consumer law and the quest for substantive fairness is reflected in the fair distribution of substantive rights and obligations in terms of the contract, often also referred to as the 'fairness' or 'unfairness' of the terms.<sup>121</sup>

### **5.1. The South African Consumer Protection Act: a right to fairness and fair dealing**

The CPA does not explicitly mention a principle of good faith and fair dealing as such but introduces several rights deriving from such principle, namely the right to fair and responsible marketing,<sup>122</sup> the right to fair and honest dealing,<sup>123</sup> the right to fair, just and reasonable terms and conditions,<sup>124</sup> and the right to fair value.<sup>125</sup>

#### **5.1.1 The right to fair and honest dealing**

The Consumer Protection Act recognises inequality between contracting parties and proscribes a supplier's conduct of knowingly taking advantage of a consumer's inability to protect her own interest on account of illiteracy, ignorance,

inability to understand the language of the agreement or mental or physical disability.<sup>126</sup> This is not a *numerus clausus*<sup>127</sup> and other factors, which may be taken into account<sup>128</sup> are: income, remote, isolated or low density communities, minors, seniors or other vulnerable consumers or persons with low literacy, vision impairment, or limited language ability; as well as that a court must consider the nature of the parties, their relationship, their relative capacity, education, experience, sophistication and most importantly their bargaining position.<sup>129</sup>

Furthermore the CPA combines the common law remedies with new statutory provisions. Thus, the act penalises<sup>130</sup> the use of physical force, coercion, undue influence, pressure, harassment, unfair tactics or any other similar conduct<sup>131</sup> as well as false, misleading and deceptive representations,<sup>132</sup> exaggerations, innuendos or ambiguities as to a material fact,<sup>133</sup> non-disclosure of<sup>134</sup> and failure to correct a misapprehension regarding a material fact,<sup>135</sup> with voidness. These provisions mirror the common law and do not constitute a superfluous repetition, but emphasise the fact that they form part of both the common law and the consumer protection regime.<sup>136</sup> If a consumer relied upon a false, misleading or deceptive representation, or a statement of opinion provided by or on behalf of the supplier to the detriment of the consumer<sup>137</sup> and the term was unfair, unreasonable, unjust or unconscionable,<sup>138</sup> or was not correctly drawn to the consumer's attention<sup>139</sup> it may be struck down as void.<sup>140</sup>

The CPA introduces an important new rule namely that any unconscionable act<sup>141</sup> directed at successfully concluding a contract will be void.<sup>142</sup> Unconscionable conduct is defined widely, namely the use of physical force, coercion, undue influence, pressure, duress or harassment, unfair tactics or any similar conduct.<sup>143</sup>

### **5.1.2 The right to fair, just and reasonable terms and conditions**

The CPA provides<sup>144</sup> that terms may be void on the basis of being unfair, unreasonable, unjust or unconscionable;<sup>145</sup> a price or term<sup>146</sup> that is unfair, unreasonable or unjust is considered to be void;<sup>147</sup> any unfair, unjust, or unreasonable exclusion of consumers rights, or exemption of suppliers' liability will also be struck down as being void.<sup>148</sup> The following indicators of unfairness are provided: ie terms which are excessively one-sided in favour of someone other than the consumer<sup>149</sup> or if the terms of the agreement are so adverse that they are considered to be inequitable to the consumer<sup>150</sup> or where there is detriment to the consumer<sup>151</sup> may be struck down as void.<sup>152</sup> The fact that a doctrine of a just price is introduced is indicative of the failure of the development of this doctrine by Canon law lawyers during the Middle Ages and its subsequent disappearance.<sup>153</sup> This disappearance can be ascribed to the decline of the authority of the church and the rise of secularisation and capitalism and the concomitant expansion of individualism.<sup>154</sup>

### **5.1.3 Prohibited terms**

Section 51 creates a blacklist of prohibited terms. The generic proscription is to void terms purporting to supersede the purposes and provisions of the CPA,<sup>155</sup> deceive defraud a consumer<sup>156</sup> or divest the consumer of a right in terms of the Act, or impose risk or liability on the consumer, or to ignore a supplier's duty in terms of this Act.<sup>157</sup>

The Act becomes more specific when it blacklists<sup>158</sup> limitations or exemptions of a supplier from liability for loss resulting from gross negligence;<sup>159</sup> assumption of risk or liability by the consumer arising from the above limitation or exemption;<sup>160</sup> imposition of an obligation to pay for damage to, or other assumption of risk of handling any goods displayed by the supplier<sup>161</sup> unless the loss or damage is caused by gross negligence, recklessness, malicious behaviour or criminal conduct on the part of the consumer.<sup>162</sup> Agreements culminating from negative option marketing;<sup>163</sup> agreements requiring a consumer to enter into supplementary agreements;<sup>164</sup> agreements ceding to another, charging, setting off against a debt, or alienating in any manner a consumer's right to claim against the Guardian's fund are also prohibited.<sup>165</sup> Clauses in which a consumer acknowledges that before contracting no representations or warranties were made<sup>166</sup> or that the consumer has received goods or services or documentation required in terms of this Act<sup>167</sup> as well as clauses in terms of which a consumer is to forfeit money to the supplier if she would exercise any of her rights in terms of the Act,<sup>168</sup> are also outlawed. The same applies to terms authorising entry into her premises to repossess,<sup>169</sup> terms undertaking to sign in advance any documentation relating to enforcement of the contract<sup>170</sup> or terms consenting to a predetermined value of costs relating to enforcement of the contract,<sup>171</sup> and terms obliging a consumer to deposit an identity document, credit or debit card, bank account or automatic teller machine access card or any similar identity document or device<sup>172</sup> or provide a personal identification code or number to be used to access an account.<sup>173</sup>

Consumer contracts in contravention of section 51 will be void,<sup>174</sup> either entirely or the court may sever the term in question and declare this void or alter it.<sup>175</sup>

Section 44 of the CPA regulations<sup>176</sup> provides a list<sup>177</sup> of contract terms presumed to be unfair and unreasonable, the so-called grey list.<sup>178</sup> This list is non exhaustive<sup>179</sup> and establishes a presumption which means that the terms listed may be fair in view of the particular circumstances of the case.<sup>180</sup> However, the onus of proof has been shifted and the supplier will have to rebut the presumption. Section 44(3) lists 28 terms derived from standard contracts, which to an extent mirror the grey list of the CESL and run the gamut from limitation of the liability of the supplier, exclusion of remedies of the consumer, prescription, access to court, changing the applicable law and the distribution of risk, allowing unilateral amendment of the terms of the agreement, permitting extravagant damages or remuneration or costs and similar "standard" practices current in contracts of adhesion.

## **6. The Common European Sales Law; good faith and fair dealing**

### **6.1. General principles**

The CESL provides that each party has a duty of good faith and fair dealing, which may not be excluded, derogated from or varied.<sup>181</sup> Good faith and fair dealing are defined as a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question.<sup>182</sup>

Good faith and fair dealing appear in chapter 5 of the CESL dealing with defects in consent,<sup>183</sup> purporting to harmonise the law on mistake,<sup>184</sup> fraud,<sup>185</sup> and unfair exploitation.<sup>186</sup> The requirements for voiding a contract concluded as the result of a mistake are that the other party caused the mistake, failed to comply with any of the pre-contractual information obligations, and omitted to point out the relevant information contrary to good faith and fair dealing.<sup>187</sup> Furthermore a party may void a contract if the contract was induced by fraudulent misrepresentation<sup>188</sup> whether by words, deeds or fraudulent non-disclosure<sup>189</sup> of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual duty required that party to disclose.<sup>190</sup>

The specific information which the requirement of good faith and fair dealing oblige a party to disclose, depends on all the circumstances, including whether the party had special expertise, the cost to the party of acquiring the relevant information, the ease with which the other party could have acquired the information by other means, the nature of the information, the apparent importance of the information to the other party and in contracts between traders good commercial practice.<sup>191</sup> Unfair exploitation of another's dependency or distress resulting in excessive benefit or unfair advantage constitutes another ground for voiding a contract on account of a defect in consent.<sup>192</sup>

Good faith and fair dealing may be contemplated in interpretation of a contract,<sup>193</sup> give cause to an implied term,<sup>194</sup> or make a contract term concerning the rate of interest for late payment unfair.<sup>195</sup>

### **6.2. Unfair contract terms**

However, the most consequential import of good faith and fair dealing is in respect of standard terms, which the CESL qualifies as those contract terms not individually negotiated.<sup>196</sup> Chapter 8 of the CESL is devoted to unfair contract terms. Article 83 lays down the principle approach of the CESL in respect of standard terms and conditions in consumer contracts<sup>197</sup> by providing that a contract term supplied by a trader and not individually negotiated is unfair if it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations, to the detriment of the consumer, contrary to good faith and fair dealing.<sup>198</sup> The trader is obliged to make sure that these terms are

drafted and communicated in plain and intelligible language,<sup>199</sup> which will be one of the factors considered, the others being the circumstances during conclusion and the contract itself, in the decision on the unfairness of a standard term.<sup>200</sup>

To concretise the ambiguity of “unfair term” the CESL provides in article 84 a black list of terms which are always unfair, thus outlawing a standard variety of exclusions,<sup>201</sup> limitations<sup>202</sup> and assymetric rights and duties.<sup>203</sup> A grey list of contract terms presumed to be unfair is found in article 85<sup>204</sup> where the object or effect of a term is taken into consideration. Thus terms purporting to or resulting in restricting the consumer in respect of evidence,<sup>205</sup> legal remedies,<sup>206</sup> set-off,<sup>207</sup> obtaining supplies or repairs from third parties,<sup>208</sup> termination<sup>209</sup> or terms requiring the consumer to pay excessive damages,<sup>210</sup> advances or provide excessive guarantees,<sup>211</sup> or terms allowing the trader: to shift the burden of proof,<sup>212</sup> to keep money paid for related services not yet supplied on termination,<sup>213</sup> to terminate without reasonable notice,<sup>214</sup> alter contract terms unilaterally,<sup>215</sup> to alter characteristics of the goods, digital content or related services unilaterally,<sup>216</sup> to determine the price at the time of delivery, or increase the price,<sup>217</sup> to unilaterally transfer its rights and obligations under the contract,<sup>218</sup> to supply an equivalent,<sup>219</sup> to reserve an unreasonable period of acceptance or performance,<sup>220</sup> to require unreasonable formalities,<sup>221</sup> and to bundle the contract without justification.<sup>222</sup> Finally, asymmetry of rights and duties creates a presumption of unfairness; thus terms permitting the trader to keep money paid in the event of non-conclusion or non-performance, without providing compensation for the consumer in the reverse situation;<sup>223</sup> allowing the trader discretionary termination without giving the same right to the consumer,<sup>224</sup> oblige the consumer to perform fully where the trader fails to perform.<sup>225</sup>

The above black and grey list are derived from and aimed against the standard contract, and their inclusion in the CESL raises a question as to the tempering effect of good faith in the European jurisdictions and casts a shadow on the much praised freedom of contract. The rules of chapter 8 are mandatory so parties may not exclude application or derogate therefrom.<sup>226</sup> The effect of unfair terms is that they are not binding on the other party, but where the contract can be maintained without it, the remainder remains binding.<sup>227</sup>

## **7. An academic in search of principles**

In his 1950 rectorial address Walter Wilburg drew attention to the tension between the traditional system of private law and new legislation introduced to address societal changes.<sup>228</sup> Wilburg held that disregarding the inherent contradictions between the two systems<sup>229</sup> was a cause of confusion, which observation remains of

particular importance for contract law, which recognises several parallel systems alongside classical common law of contract in the form of the new statutory consumer law, labour law, rental housing law etc. As stated above, this paper addresses the first two of these systems and attempts to propose principles in order to effect coordination and harmonisation.

The fact that an asymmetry of information and an inequality of bargaining power are only dealt with in certain circumstances emphasises that equality in contract is not regarded as important. This raises the question whether equality is relevant only in cases between a “business and consumer” and why not also between “consumers and businesses” and “business to business” situations. Furthermore, consumer protection emphasises the failure of formal freedom of contract. Walter Wilburg offered as a solution to this dichotomy the “flexible system approach” to private law. According to this approach two fundamental issues are identified,<sup>230</sup> namely that in specific areas of the law new values and consequent purposes have been introduced,<sup>231</sup> and secondly that this had led to free decision making<sup>232</sup> by which he understood adjudication disregarding principles leading to a casuistic jurisprudence.<sup>233</sup> The flexible system recognises a plurality of principles, and applies these principles not individually but concomitantly. Each principle is weighted and graded when applied in a particular case.<sup>234</sup> Thus the legal outcomes are determined by an interplay of each principle.<sup>235</sup> It is submitted that this model may be applied to either consumer protection legislation or classical contract law.<sup>236</sup>

In 1999 Franz Bydlinski<sup>237</sup> published his analysis of the flexible system approach to contract law and suggested the development of an information principle as a possible solution to the challenge of applying two parallel systems of contract law. Bydlinski argued that priority should be given to such principle which he defined as reflected in the rule that the party who is better informed or more easily capable of obtaining information is obligated, as far as is reasonable, ... to provide information to the other party concerning circumstances relevant to the latter.<sup>238</sup> Bydlinski proposed the use of mandatory rules as a method of enforcing the rights resorting within the information principle. From both the mandatory rules contained in the CPA and the CESL it is clearly possible to derive an information principle and a principle of fair dealing.

### **7.1. An information principle**

Both the CESLA and the CPA emphasise the importance of information obligations which are rudimentary in classical contract law.

It has been argued on an earlier occasion that the objection that the imposition of information obligations would be a threat to party autonomy, can be countered with the argument that information obligations in reality promote party

autonomy by placing the recipient of the information in a position to make an informed choice, which will benefit her own interests.<sup>239</sup> However, the question to be addressed is whether developments in consumer law validate the conclusion that the time is ripe for recognition of an information principle in consumer law. If the answer to this should be affirmative the subsequent question is whether such principle would be suited for application in contract law in general. In respect of the first question it is submitted that information obligations rather promote free and informed consent as the foundation of contract thus enhancing freedom of contract.<sup>240</sup> Moreover, information duties level the playing field, thus promoting equality.

The CESL states clearly in the preamble to the proposal for a regulation<sup>241</sup> and in article 1<sup>242</sup> that freedom of contract is a fundamental guiding principle and that party autonomy should only be limited if indispensable for consumer protection. However, the provisions regarding information obligations in the CESL and CPA are many and mandatory, which clearly indicates that these duties represent more than a transitory phase. The fact that the CESL has extended the ambit of the information obligations outside consumer protection is a first step in recognising that information is a fundamental principle, derived from and supported by true party autonomy, which encompasses informed consent and equality. South African consumer law does not contain an explicit provision upholding freedom of contract, but both case law and legal theory concur in the original and fundamental position of this principle, and the recognition and reinforcement thereof by the constitution.<sup>243</sup> INSERT FN

## 7.2. A principle of fair dealing

The CPA has introduced the right to fair dealing. In a narrow sense this may be viewed as a reversal of the stunted development of good faith during the 20<sup>th</sup> century in South African law of contract. The CESL explicitly mentions the principle of good faith and fair dealing. Although this may *prima facie* appear a pleonasm, the reality that good faith has a different content in different European jurisdictions may explain the tautology. However, the elevation of fair dealing to an underlying principle of contract is not a *novum* introduced by consumer law, but can be found in the dawn of common law.

Another argument in favour of recognition of such a principle may be found in the fact that both the CESL and the CPA contain a number of provisions regarding defects of agreement such as the prohibition of false, misleading or deceptive representations,<sup>244</sup> exaggeration, innuendo or ambiguity as to a material fact,<sup>245</sup> or failure to disclose<sup>246</sup> such fact, or the failure to correct an apparent misapprehension by the consumer regarding a material fact,<sup>247</sup> which mirror the various European codifications and the South African common law on these topics. This repetition may



partly be explained by the desire for harmonisation and the wish to clarify that these essential elements of the general law of contract form part of both contractual system, namely the consumer protection regime<sup>248</sup> as well as the non-consumer law of contract. On the other hand, these parallels emphasise that the prohibiting fraud and the refusal to validate transactions concluded as the result of a mistake or threats, represents the principle of fair dealing and also originate in the foundations of the respective legal traditions. Although it may be argued that recognition of fair dealing as a independent principle of the law of contract is an unnecessary complication, since fair dealing has been an underlying value, a component of an open norm such as good faith, fairness and reasonableness, or public policy, or even an indispensable component of the over-riding principle of justice, the fact that today it has been necessary to legislate the CPA, and propose the CESL undermines this argument. The stunted development of the most important of the mentioned principles, namely justice in real practical law, is collaborated by the present demand for social justice, which indicates that this aspect has been neglected. The arrested development of the other norms, values or principles is corroborated by the black and grey lists, which provide ample examples of the failure of the existing legal structures to prevent exploitation. It is, therefore, submitted that the principle of fair dealing be added to the law of contract in *toto*, as a logical consequence of our legal tradition, introduction of consumer legislation introducing new stimulus and last but not least the argument that to deny recognition of a principle of fair dealing is reverting to the law of the jungle.

## **8. Conclusion**

From the surge of new rules it is possible to extract and identify an information principle and a principle of fair-dealing. These new principles are derived from the fundamental principles of freedom of contract and justice. Their identification as aspects of these fundamental principles also aid contextualisation of freedom of contract and justice. Recognition of these principles will not only aid adjudication in consumer law, but in the law of contract as such.

The Draft Common Frame of Reference (DCFR)<sup>249</sup> which is at present the most comprehensive guide on private law have identified the overriding principles of private law as protection of human rights, the promotion of solidarity and social responsibility, the preservation of cultural and linguistic diversity, the protection and promotion of welfare and finally promotion of the internal market.<sup>250</sup> In regard to the law of contract the DCFR has reduced them to four underlying principles viz: freedom, security, justice and efficiency.<sup>251</sup> In this article it has been shown that from the

mandatory rules promulgated in the South African CPA and the proposed regulation of the CESL it is possible to identify an information principle and a principle of fair dealing, respectively aspects of freedom of contract and justice in the DCFR.

Although the principles of information and fair dealing both stem from legislation it is argued that they can be transposed onto classical common law contracts and will achieve the same result within the sphere of private contract law as in consumer contracts. The way to this event is being paved in the CESL, which provides an option for application to cross-border business-to-business contracts for the sale of goods, supply of digital content and related services. Moreover, the proposed regulation offers member states the option to make the CESL available for domestic trade and to include contracts between traders, both not SME.

Another important extension is that both instruments apply to all stages of the contracting-dynamic,<sup>252</sup> thus effectively eliminating the boundaries between contractual, pre-contractual and post-contractual,<sup>253</sup> important in the classical model.<sup>254</sup> The consequence is that the new principles rule the whole gamut of the contracting dynamic.

Introduction of these new rules and principles was necessitated by the fact that under the existing contractual regimes it had been proven impossible to prevent exploitation of the weaker party. The traditional model is and remains based on equality of the contracting parties and ignores the excesses committed during contracting, for example the more subtle forms of duress and fraud. The reason for the lacklustre development of safety mechanisms such as good faith equity *etc.* has been the dominant position of the principle of legal certainty, which in tandem with party autonomy has ruled supreme. It is a sad reflection on the human condition that it has taken the holocaust to force decisive steps in the effective development of human rights. The resulting awareness of the plight of the under-privileged, the uneducated and powerless, who have been marginalised by the legal systems since the dawn of mankind has given new impetus and stimulus in both public and private law and it is to be hoped that these attempts to humanise the legal systems will be met with more success than earlier efforts by the church.

Both CPA and CESL represent two faces of the same coin. On the one side there is a logical development of ageless roots in the form of transparency and fairness within the doctrines of the law of contract. On the other side a clear break with legal doctrine and tradition is also present in the form of the sacrifice made by existing legal theory and the business-friendly priority of legal certainty to a realistic acknowledgement of the short-comings of the law. The well-known excesses of the privileged, legalised by the standard contract are addressed, by an ad hoc approach, which legal theory has not succeeded in accommodating within the system. This

paper has attempted to show that our legal arsenal does contain the possibilities of integrating these tentative steps towards social justice and it is submitted that it is the task of academia to aid and abet this process.

---

\* Professor of Private Law, University of South Africa, Pretoria. [hawthl@unisa.ac.za](mailto:hawthl@unisa.ac.za).

<sup>1</sup> Traditional contract law refers to the so-called classical contract law. Built upon freedom of contract, classical contract law departs from the premise that both contracting parties are equal and the legal system impartially enforces the sanctions of the law of contract, irrespective of the circumstances of the parties. The equality adhered to is equality before the law and in this paradigm the law is not concerned with social and economic equality and/or any resulting inequality. For further reference see J N Adams and R Brownsword *Understanding Contract Law* 4th ed (2004) 41f; P S Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979) 226ff and 341ff; H Collins *The Law of Contract* 4<sup>th</sup> ed (2003) 5 and 35f; L Hawthorne "The principle of equality in the law of contract" (1995) *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 157 164ff; D Bhana and M Pieterse "Towards a reconciliation of contract law and constitutional values: Brisley and Afrox revisited" (2005) *South African Law Journal* 865 and 883ff; L Hawthorne "Distribution of wealth, the dependency theory and the law of contract" 2006 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse-Reg* 48 at 53ff; P Aronstam *Consumer protection, freedom of contract and the law* (1979) 14; J Wightman *Contract: A critical commentary* (1996) 85ff; J N Adams and R Brownsword *Key issues in contract* (1995) 59; W Friedmann *Law in a changing society* (1959) 131; G Lubbe and C Murray *Farlam and Hathaway Contract cases, materials and commentary* (1988) 18–26; *Barkhuizen v Napier* 2007 5 SA 323 (CC) 341C–D.

<sup>2</sup> L Antonioli "Consumer Protection, fair dealing in marketing contracts and European contract law – a uniform law?" in H Collins (ed) *The forthcoming EC directive on unfair commercial practices – contract consumer and competition law implications* (2004) 288ff.

<sup>3</sup> I Ramsay "'Productive disintegration' and the law of contract" (2004) *Wisconsin Law Review* 495ff; L Antonioli (*supra* n3) 286.

<sup>4</sup> *Consumer law and policy* (2007) 1.

<sup>5</sup> L Antonioli (*supra* n3) 286.

<sup>6</sup> Both terms were introduced by I Ramsay (*supra* n 3) at 495 where he defines materialisation as the breakdown of the formal system of classical contract law; differentiation of contract norms is used for describing the process which identifies contract law as different spheres of commercial, consumer and labour law with different norms ruling each sphere. See also K Riesenhuber *Europäisches Vertragsrecht* (2003) par 889; C-W Canaris "Wandlungen des Schuldvertragsrecht – Tendenzen zu seiner 'Materialisierung'" *AcP* 200 (2000) 273, 276-292; A Schwartz and R Scott "Contract theory and the limits of contract law" 2003 *Yale Law Journal* 541.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Study group on social justice in European private law "Social justice in European contract law: a manifesto" (2004) *European Law Journal* 654; M Furmston *The law of contract* (2003) 37.

<sup>9</sup> I Ramsay *Rationales for intervention in the consumer market place* (1984) 16. The collapse of the American subprime market followed by the banking and housing sectors of the global economy is a textbook example of market failure.

<sup>10</sup> "The doctrine of inequality of bargaining power: Post Benthamite economics in the House of Lords 26 (1976) *University of Toronto Law Journal* 359ff.

- <sup>11</sup> G Howells and S Weatherill *Consumer Protection Law* (2005) 6; G Howells “The Potential and limits of consumer empowerment by information” (2005) 32 *Journal of law and Society* 349 at 351f; G Hadfield, R Howse and M Trebilcock :Information based principles for re-thinking consumer protection policy” (1998) *Journal of consumer policy* 138ff.
- <sup>12</sup> G Howells and S Weatherill *Consumer protection law* (2005) 6; G Hadfield, R Howse and M Trebilcock (1998) *Journal of consumer policy* 141ff.
- <sup>13</sup> G Howells and S Weatherill *Consumer protection law* (2005) 6; G Hadfield R Howse and M Trebilcock (1998) *Journal of consumer policy* 131 and 138ff; I Ramsay *Consumer law and policy Text and Materials* (2007) 33f.
- <sup>14</sup> A distinction must be made between standard contracts also referred to as contracts of adhesion and standard form contracts as found in Butterworth’s Forms and precedents. The first type of contract controls both the legal consequences of the particular contract without allowing true negotiation about the terms as well as the consequences of all or most contracts of that type entered into by the contractant who prescribes the standard form. The standard forms found in Forms and precedents are open for negotiation. This article refers to standard contracts or contracts of adhesion which fall into the first category.
- <sup>15</sup> H Collins *Contract* (2003) 3, 245.
- <sup>16</sup> S Van der Merwe L F Van Huyssteen *Contract general principles* (2007) 310; T D Rakoff (1983) “Contracts of adhesion: an essay in reconstruction” *Harvard LR* 1174, 1176
- <sup>17</sup> Rakof 1983 *Harvard LR* 1177 1178; Kessler “Contracts of adhesion – some thoughts about freedom of contract 1943 *Columbia LR* 629 632.
- <sup>18</sup> S Van der Merwe *et al* 298 311; T D Rakof 1983 *Harvard LR* 1191. The following characteristics have been identified: a standard form is printed in large quantities; the terms ave been drafted by the supplier and are clearly in the drafting party’s favour;<sup>18</sup> the particular commercial community to which the supplier belongs uses this contract or a similar contract; the contract is presented to the co-contractant, usually a consumer, who is left no option to negotiate the terms of the contract; the contract is signed by the adhering party who seldom concludes the particular type of contract whose main obligation is the payment of money.
- <sup>19</sup> I Ramsay *Text and materials* 54 acknowledges consumer protection as the origin of the norms of trust, confidence, and solidarity.
- <sup>20</sup> 68 of 2008
- <sup>21</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (CESL) published during 2011.
- <sup>22</sup> F Bydlinski “A “Flexible System” approach to contract law” in H Hausmaninger, H Kozioli, A Rabello and I Gilead (eds) *Developments in Austrian and Israeli Private Law* (1999) 9.
- <sup>23</sup> Act 34 of 2005.
- <sup>24</sup> Preamble.
- <sup>25</sup> 68 of 2008.
- <sup>26</sup> C Willet *Fairness* 12. L Hawthorne “Public governance: Unpacking the Consumer Protection Act 68 of 2008” (2012) *Tydskrif vir Heedendagse Romeins Hollandsereg* 1.
- <sup>27</sup> Art 6(2).
- <sup>28</sup> On 11 October 2011.
- <sup>29</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF> (last consulted 1 November 2012).

<sup>30</sup> The Draft Common Frame of Reference is the culmination of the research undertaken by two study groups viz the Study Group on a European Civil Code and the Research group on existing European Community private law, known as the “Acquis Group” all as part of the project to create the “Common Frame of Reference”.

<sup>31</sup> CESL page 2.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> E-commerce Directive 2000/31/

<sup>34</sup> CESL page 3.

<sup>35</sup> CESL page 5.

<sup>36</sup> Art 3.

<sup>37</sup> Art 4.

<sup>38</sup> Art 7.

<sup>39</sup> Art 5 and Preamble 19.

<sup>40</sup> Art 13,

<sup>41</sup> These include legal personality, invalidity due to lack of capacity, immorality, language, non-discrimination, representation, plurality of debtors and creditors, change of parties, assignment, sett-off, merger, transfer of ownership, intellectual property, torts, concurrence of contractual and non-contractual liability.

<sup>42</sup> Preamble 14.

<sup>43</sup> Preamble 23.

<sup>44</sup> Preamble 22.

<sup>45</sup> CESL page 5.

<sup>46</sup> CESL page 6f ; and CPA Introduction and Preamble. The CESL has an overriding rule that a contract between a trader and a consumer will only be valid if the consumer consented to the application of the CESL explicitly in a separate statement to that in which the consumer agrees to the substantive contract (Art 8(2)). The trader must also provide the consumer with confirmation of agreement to application of the CESL on a durable medium.

<sup>47</sup> G Howells and S Weatherill *Consumer Protection Law* (2005) 31f, 34f.

<sup>48</sup> G Howells “The potential and limits of consumer empowerment by information” 2005 *Journal of Law and Society* 354; J Wightman *Contract a critical commentary* (1996) 31 lists asymmetric information as one of the most recognized forms of market failure.

<sup>49</sup> This approach to consumer protection was introduced by the National Credit Act 34 of 2005.

<sup>50</sup> Cf Consumer Financial Literacy Education; European Coalition for Responsible Credit – Principles for responsible credit.

<sup>51</sup> This constitutes recognition of the fact that there is an underlying substantive information asymmetry in consumer contracts. Thus consumer protection entails the development of an information strategy.

<sup>52</sup> G Howells and S Weatherill *Consumer protection law* (2005) 63ff; S Weatherill “The role of the informed consumer in European community law and policy” (1994) *Consumer LJ* 49; G Hadfield, R Howse and M Trebilcock “Information based principles for rethinking consumer protection policy (1998) *Journal of consumer Policy* 132; I Ramsay “From truth in lending to responsible lending” (hereafter referred to as “Truth in lending”) in G Howells, A Janssen and R Schulze (eds) *Information rights and obligations: A challenge for party autonomy and transactional fairness* (2005) 46; C Willet *Fairness* 4ff; 33.

<sup>53</sup> J Wightman “Beyond custom: contract, contexts, and the recognition of implicit understandings” in *Implicit dimensions* (2003) 144; I Ramsay “Truth in Lending” 48.

<sup>54</sup> Sections 40(1)(c), 52(3)(b)(i) and (ii)

<sup>55</sup> Sec 5(1) read together with section 5(6).

<sup>56</sup> S 26(2) and (3). Suppliers of goods and services must provide the consumer with a written record of the transaction, which clearly identifies them, their address, the goods or services, price, taxes. S 27 (1) and (3) provides that the minister may prescribe that intermediaries may have to disclose information. Excepted are executors and liquidators, s 27(2). S 28 provides that marketers, deliverers and installers at the premises of a consumer must display or provide identification. S 33(2) and (3) provide that where a contract is concluded *inter absentes* the supplier must provide the consumer with identity, address, the goods or services, price, taxes, currency, delivery arrangements, return, refund and complaints policy and any other prescribed information. For exceptions see s 33(1). S 37((2)(b)(i) and (ii) provide that advertisements of work, business or activity from home or investment of money must the identity and address of the promoter.

<sup>57</sup> S 25(1) and (2). Reconditioned and gray market goods bearing trademarks must be indicated as such. Gray goods are goods with a trademark, imported without approval or license of the trademark holder. It is not clear what the conspicuous notice to those goods is supposed to state.

<sup>58</sup> S 23(3) requires to display the price of goods offered for sale. Adequate display is defined in s 23(5). Exceptions in ss 23(1) and (4). S 23(11) for reduced prices. S 23(6) provides that a higher price than that displayed cannot be charged. Exceptions in ss 23(7)-(10).

<sup>59</sup> S 32(1). The consumer must be informed at the conclusion of the contract of her right of rescission.

<sup>60</sup> S 34(4)(a) provides that the nature of the prize, reward, gift, free good or service, price reduction or concession, enhancement of quantity or quality of goods or services, or other discounted or free thing being offered, must be clearly stated. The same applies to the related goods or services, the steps required by the consumer and the person, place, date and time, from, on or at which the consumer may receive the prize. S 34(4).

<sup>61</sup> S 35(3)(a). The nature of the programme, credit or award being offered. The related goods or services, the steps required by the consumer and the person, place, date and time, from, on or at which the consumer may gain access to the programme must also be clearly stated. S 35(3).

<sup>62</sup> S 36(5). The competition, the steps required by the consumer, closing date, basis of determination of results, how results will be made public and the person, place, date and time, from, on or at which the consumer may obtain a copy of the rules and/or receive a prize must clearly be stated.

<sup>63</sup> S 37(1)(a) and (b); S 37(2)(a)(i) and (ii); S 37((2)(b)(i) and (ii). A cautionary statement disclosing the uncertainty of the activity and the income and the nature of the work, business, activity or investment must be included in the advertisement.

<sup>64</sup> S 37(1)(c) invites, solicits or requires other persons to perform any work, business or activity, invest money, or perform any work, business or activity in association with the investment of money. S 37(2)(a)(i) and (ii); S 37((2)(b)(i) and (ii). Again a cautionary statement disclosing the uncertainty of the activity and the income as well as the nature of the work, business, activity or investment must be included in the advertisement.

<sup>65</sup> S 45(4). If such sale is subject to a reserve price or a right to bid by or on behalf of the owner or auctioneer, notice thereof must be given in advance

<sup>66</sup> S 49(1)(a).

<sup>67</sup> S 49(1)(b).

<sup>68</sup> S 49(1)(c).

<sup>69</sup> S 49(1)(d).

<sup>70</sup> S 49(3) requires such notices to be drawn to the attention of the consumer in 'plain language', as described in section 22. S 49(4)(a) requires provisions or notices to be drawn to the consumer's

attention in a conspicuous manner and form that is likely to attract the attention of an ordinarily alert consumer, having regard to the circumstances.

<sup>71</sup> S 49(4)(b) before the earlier of the time at which the consumer- (i) enters into the transaction or agreement, begins to engage in the activity, or enters or gains access to the facility; or (ii) is required or expected to offer consideration for the transaction or agreement.

<sup>72</sup> S 49(5) The consumer must be given an adequate opportunity in the circumstances to receive and comprehend the provision or notice ... .

<sup>73</sup> S 49(2).

<sup>74</sup> S 22. (1). S 22(2) defines plain language: if it is reasonable to conclude that an ordinary consumer of the class of persons for whom the notice, document or visual representation is intended, with average literacy skills and minimal experience as a consumer of the relevant goods or services, could be expected to understand the content, significance and import of the notice, document or visual representation without undue effort, having regard to-(a) the context, comprehensiveness and consistency of the notice, document or visual representation; (b) the organisation, form and style of the notice, document or visual representation; (c) the vocabulary, usage and sentence structure of the notice, document or visual representation; and (d) the use of any illustrations, examples, headings or other aids to reading and understanding.

<sup>75</sup> S 49(1)(a).

<sup>76</sup> S 49(1)(b).

<sup>77</sup> S 49(1)(c).

<sup>78</sup> S 49(1)(d).

<sup>79</sup> S 49(1).

<sup>80</sup> S 49(3) as described in s 22.

<sup>81</sup> S 49(4)(a).

<sup>82</sup> S 49(4)(b)(i).

<sup>83</sup> S 49(4)(b)(ii).

<sup>84</sup> Art 4.

<sup>85</sup> Art 7.

<sup>86</sup> Art 5 and Preamble 19.

<sup>87</sup> Art 13(5)(a).

<sup>88</sup> Art 13(5)(b).

<sup>89</sup> Art 13(5)(c).

<sup>90</sup> Part II Ch 2 Section 1 deals specifically with pre-contractual information to be given by a trader to a consumer.

<sup>91</sup> Art 13.

<sup>92</sup> Art 20(1)(a).

<sup>93</sup> Art 13(1)(a); Art 20(1)(a).

<sup>94</sup> Art 13(1)(b); Art 20(1)(b). Art 14(1)(a) includes taxes or if the price cannot be calculated in advance the manner in which the price is to be calculated; Art 14(1)(b) also includes any additional freight, delivery or postal charges as well as any other costs and where they cannot be calculated in advance the fact that such additional charges and costs may be payable.

<sup>95</sup> Art 13(1)(c). Art 15 elaborates on the information to be provided about the trader's identity and addresses eg the trading name (art 15(a)); the trader's geographical address (art 15(b)); the telephone and fax number, and email address (at15(c)); as well as the identity and geographical address of any other trader trading on the first trader's behalf (art 15(d) and (e)); Art 20(1)(c).

<sup>96</sup> Art 20(d); Art 13(1)(d); Art 16(a) provides that information to be provided in terms of art 13(1)(d) must include: arrangements for payment, delivery and supply of goods and the time when delivery or performance of the service will take place; the duration of the contract, the minimum duration of the consumer's obligations or in the event where the contract is indeterminate or is to be extended automatically the conditions for terminating the contract (art 16(b)); where applicable the information concerning deposits or other financial guarantees to be paid by the consumer (art 16(c)); if relevant codes of conduct and how copies of them may be obtained (art16(d)).

<sup>97</sup> Art 13(2).

<sup>98</sup> Art 17 (1) and (2) specify the time limits, procedures as well as the model withdrawal form as set out in Appendix 2. Provision is also made for informing the consumer of costs involved in returning goods in the event of withdrawal and technical information relating to the Model instructions as well as the position where a consumer does not have a right of withdrawal (art 17 (4) and (5) respectively. Art 13(f) provides for information regarding after sales customer assistance, services, commercial guarantees and complaints handling policy; Art 13(g) provides for the possibility of recourse to Alternative Dispute Resolution mechanisms; Art 13(h) provides for information regarding the functionality and technical protection of digital content; Art 13(i) provides for information regarding the possibility of any inoperability of digital content with hard and software which the trader is aware of or can be expected to have been aware of.

<sup>99</sup> Part II Ch 2 Sections 1 and 2.

<sup>100</sup> Part II Ch 2 Section 3.

<sup>101</sup> Art 13(3)(a).

<sup>102</sup> Art 13(3)(b).

<sup>103</sup> Art 13(3)(c).

<sup>104</sup> Art 13(4)(a).

<sup>105</sup> Art 13(4)(b).

<sup>106</sup> Art 18(1). If the consumer asks for related services to commence during the withdrawal period provided for in Art 42(2) the consumer must express the request in a durable medium. Art 19(1) provides that if a trader makes a telephone call to a consumer to conclude a distance contract the trader is obliged to divulge its identity and where applicable the identity of the person on whose behalf the call is made as well as the commercial purpose of the call.

<sup>107</sup> Art 19(2).

<sup>108</sup> Art 16(b). Art 20(1)(e) furthermore states that there is also an obligation to provide the consumer with information regarding the existence and conditions of the trader's after-sale services, commercial guarantees and complaints policy while Art 20(1)(f) provides for provision of information regarding the functionality of technical protection measures; and Art 20(1)(g) provides for information regarding any inoperability of digital content of which the trader is aware or could be expected to be aware.

<sup>109</sup> Ch 5 art 49(3).

<sup>110</sup> Ch 5 art 49(3)(a).

<sup>111</sup> Ch 5 art 49(3)(b).

<sup>112</sup> Ch 5 art 49(3)(c).

<sup>113</sup> Ch 5 art 49(3)(d).

<sup>114</sup> Ch 5 art 49(3)(e).

<sup>115</sup> Ch 1 section 2 art 7(1). The CESL in art 7(2) also regards a term as not having been individually negotiated if one party supplies a selection of terms to the other party and the former must choose from the selection provided. Art 7(3) furthermore places the burden on the party who claims that a



term has subsequent to being supplied been individually negotiated to prove that it has been. The CESL does however regard the exclusion or limitation of the trader's liability for death or personal injury caused to a consumer by the trader or someone acting on his behalf as an unfair term and consequently void and unenforceable see Ch 8 section 2 art 84(a).

<sup>116</sup> *Social contract law and European integration* (1995) 29ff; T Wilhelmsson "The philosophy of welfarism and its emergence in the modern Scandinavian contract law" in R Brownsword, G Howells and T Wilhelmsson *Welfarism in contract law* (1994) 63ff.

<sup>117</sup> C Willet *Fairness* 33.

<sup>118</sup> C Willet *Fairness* 34.

<sup>119</sup> This is the case in South Africa as well as the rest of the civilized world. Cf Consumer Protection Act 68 of 2008, S 3 "Purpose and Policy" of the Act. The concept "welfarist" is used in the sense of protecting the interests of the weaker party and is in keeping with the values of the welfare state. In this regard see R Brownsword, G Howells and T Wilhelmsson *Welfarism in Contract law* (1994); H Collins *Contract* (2004) at 9; J Adams and R Brownsword *Understanding Contract law* (2004) Ch 8; C Willet *Fairness* 33.

<sup>120</sup> T Wilhelmsson *Social contract law and European integration* (1995) 29ff; C Willet *Fairness* 33.

<sup>121</sup> On substantive fairness in general see R Brownsword, G Howells and T Wilhelmsson *Welfarism in contract law* 1994; A Smith *Atiyah's introduction to the law of contract* (2006) ch 12; J Beatson and D Friedman "From classical to modern contract law" in J Beatson and D Friedman (1995); J Wightman *Contract: A critical commentary* (1996); H Collins *Contract* (2004); C Willet *Aspects* (1996); R Brownsword, NJ Hird and G Howells (eds) *Good faith in contract: concept and context* (1999); ADM Forte (ed) *Good faith in contract and property* 1999; RPJL Tjittes "Unfair clauses" in H Beale and D Tallon (eds) *Principles of European contract law* (2002).

<sup>122</sup> S 29-40.

<sup>123</sup> S 40 – 47.

<sup>124</sup> S 48-52.

<sup>125</sup> S 53-61.

<sup>126</sup> S 40(2).

<sup>127</sup> S 40(2).

<sup>128</sup> S 3(1)(b)(i)-(iv).

<sup>129</sup> S 52(2)(b) exhorts a court to consider the nature of the parties to that transaction or agreement, their relationship to each other and their relative capacity, education, experience, sophistication and bargaining position in any proceedings concerning a transaction where the consumer alleges that the supplier contravened Ss 40, 41 and 48. (S 52(1) and (a)).

<sup>130</sup> S 41(5) and 51(3).

<sup>131</sup> S 40(1).

<sup>132</sup> S 41(1)(a).

<sup>133</sup> S 41(1)(a), (b) and (c).

<sup>134</sup> S 41(1)(b).

<sup>135</sup> S 41(1)(c).

<sup>136</sup> T Naudé "The use of black and grey lists in unfair contract terms legislation in comparative perspective" (2007) *South African Law Journal* 144 where she is of the opinion that to include all common law rules in legislature might hinder the development of such rules.

<sup>137</sup> As contemplated in s 41.

<sup>138</sup> S 48(2)(c)(i).

<sup>139</sup> S 48(2)(c)(ii) read together with s 49.

<sup>140</sup> S 48(2)(d)(ii) read together with s 51(3).

<sup>141</sup> S 40(1)(a)-(e) provides that any unconscionable act relating to marketing, supply of goods and services, negotiation, conclusion, execution or enforcement of an agreement to supply goods and services, including the demand for or collection of payment for goods or services or any recovery of goods from a consumer qualify as such action.

<sup>142</sup> S 40(3) read together with s 51(3).

<sup>143</sup> S 40(1).

<sup>144</sup> S 48.

<sup>145</sup> S 48(2)(d).

<sup>146</sup> S 48(1)(a)(i) and (ii).

<sup>147</sup> In terms of s 51(1)(a) if the general purpose or effect of any term or condition is to defeat the purpose or policy of this Act it is void in terms of s 51(3). Furthermore in terms of s 115(1) where an agreement, provision of an agreement has been declared by a provision of this Act to be void, that agreement or provision must be regarded as having been of no force or effect at any time.

<sup>148</sup> S 48(1) read together with s 51(3).

<sup>149</sup> S 48(2)(a).

<sup>150</sup> S 48(2)(b).

<sup>151</sup> S 48 (2)(c) states that “The consumer relied upon any false, misleading or deceptive representation regarding a material fact or a statement of opinion to the detriment of the consumer”. See also S 41(1)(a). This also applies to any exaggeration, innuendo or ambiguity regarding a material fact or any failure to disclose a material fact which could qualify as a deception (S 41(1)(b). It will also be considered to be unfair if a supplier fails to correct an apparent misconception on the part of the consumer, which amounts to a false, misleading or deceptive representation (S 41(1)(c)).

<sup>152</sup> S 48 read together with s 51(3).

<sup>153</sup> C Becker Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik (1990) 27-40; R Zimmermann The law of obligations (1990) 255-270.

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> S 51(1) A supplier must not make a transaction or agreement subject to any term or condition if—  
(a) its general purpose or effect is to—

(i) defeat the purposes and policy of this Act; .. (b) it directly or indirectly purports to—

(iii) set aside or override the effect of any provision of this Act.

<sup>156</sup> S 51(1)(a)(ii) and (iii) “ ... mislead or deceive consumers or subject a consumer to fraudulent conduct.”

<sup>157</sup> S 51(1)(b)(ii) and (iv) “ ... to do anything unlawful in terms of the Act, or fail to do anything that is required in terms of this Act”.

<sup>158</sup> These are referred to as a black list of terms which are prohibited. Cf T Naudé (2007) *South African Law Journal* 128ff for an excellent explanation of the role of black and grey lists; see also RD Sharrock’s contribution to the role of blacklists (2010) “Judicial control of unfair contract terms: the implications of Consumer Protection Act’ *South African Mercantile Law Journal* 295 at 316ff.

<sup>159</sup> S 51(1)(c)(i).

<sup>160</sup> S 51(1)(c)(ii).

<sup>161</sup> S 51(1)(c)(iii).

<sup>162</sup> S 18(1).

<sup>163</sup> S 51(1)(d) read together with S 31.

<sup>164</sup> S 51(1)(e); S 51(2)(a).

<sup>165</sup> S 51(1)(f).

- <sup>166</sup> S 51(1)(g)(i). The Act refers to “*falsely expresses*”. RD Sharrock (2010) “Judicial control of unfair contract terms: the implications of Consumer Protection Act’ *South African Mercantile Law Journal* at 319 points out that the adjective *falsely* is out of place and what the section aims to prohibit is any acknowledgement by the consumer that no warranties were made prior to conclusion of the contract.
- <sup>167</sup> S 51(1)(g)(ii).
- <sup>168</sup> S 51(1)(h)(i) and (ii). Sharrock 2010 “Judicial control of unfair contract terms: the implications of Consumer Protection Act’ *South African Mercantile Law Journal* at 319 points out that if the forfeiture is allowed in terms of the Conventional Penalties Act 15 of 1962 the prohibition will obviously not apply.
- <sup>169</sup> S 51(1)(i)(i).
- <sup>170</sup> S 51(1)(i)(ii).
- <sup>171</sup> S 51 (1)(i)(iii). This prohibition would appear to impact on attorney-client cost clauses.
- <sup>172</sup> S 51(1)(j)(i); 51(2)(b)(i).
- <sup>173</sup> S 51(1)(j)(ii); 51(2)(b)(ii). *De Beer v Keyser De Beer v Keyser* 2002 1 SA 827 (SCA); L Hawthorne “Public policy and micro lending: has the unruly horse died” (2003) *Tydskrif vir Hedendagse Romeins Hollandse Reg* 116; RD Sharrock (2010) “Judicial control of unfair contract terms: the implications of Consumer Protection Act’ *South African Mercantile Law Journal* 320.
- <sup>174</sup> S 51(3).
- <sup>175</sup> S 52(4)(a)(i)(aa) and (bb).
- <sup>176</sup> Regulation No 293 GG No 34180 of 1 April 2011. Section 120(1)(e) of the CPA entitles the minister to make regulations relating to unfair, unreasonable, or unjust contract terms.
- <sup>177</sup> S 44(3) provides a non-exhaustive list so that other terms may also be unfair for purposes of S 48 of the Act. S 44(3) provides A term of a consumer agreement subject to the provisions of sub-regulation (1) is presumed to be unfair if it has the purpose or effect of-
- (a) excluding or limiting the liability of the supplier for death or personal injury caused to the consumer through an act or omission of that supplier subject to section 61 (1) of the Act;
  - (b) excluding or restricting the legal rights or remedies of the consumer against the supplier or another party in the event of total or partial breach by the supplier of any of the obligations provided for in the agreement, including the right of the consumer to set off a debt owed to the supplier against any claim which the consumer may have against the supplier;
  - (c) limiting the supplier's obligation to respect commitments undertaken by his or her agents or making his or her commitments subject to compliance with a particular condition which depends exclusively on the supplier;
  - (d) limiting, or having the effect of limiting, the supplier's vicarious liability for its agents;
  - (e) forcing the consumer to indemnify the supplier against liability incurred by it to third parties;
  - (f) excluding or restricting the consumer's right to rely on the statutory defence of prescription;
  - (g) modifying the normal rules regarding the distribution of risk to the detriment of the consumer;
  - (h) allowing the supplier to increase the price agreed with the consumer when the agreement was concluded without giving the consumer the right to terminate the agreement;
  - (i) enabling the supplier to unilaterally alter the terms of the agreement including the characteristics of the product or service;
  - (j) giving the supplier the right to determine whether the goods or services supplied are in conformity with the agreement or giving the supplier the exclusive right to interpret any term of the agreement;
  - (k) allowing the supplier to terminate the agreement at will where the same right is not granted to the consumer.

- (l) enabling the supplier to terminate an open-ended agreement without reasonable notice except where the consumer has committed a material breach of contract;
- (m) obliging the consumer to fulfil all his or her obligations where the supplier has failed to fulfil all his or her obligations;
- (n) permitting the supplier, but not the consumer, to avoid or limit performance of the agreement;
- (o) permitting the supplier, but not the consumer, to renew or not renew the agreement;
- (p) allowing the supplier an unreasonably long time to perform;
- (q) allowing the supplier to retain a payment by the consumer where the latter fails to conclude or perform the agreement, without giving the consumer the right to be compensated in the same amount if the supplier fails to conclude or perform the agreement (without depriving the consumer of the right to claim damages as an alternative);
- (r) requiring any consumer who fails to fulfil his or her obligation to pay damages which significantly exceed the harm suffered by the supplier;
- (s) permitting the supplier, upon termination of the agreement by either party, to demand unreasonably high remuneration for the use of a thing or right, or for performance made, or to demand unreasonably high reimbursement of expenditure;
- (t) giving the supplier the possibility of transferring his or her obligations under the agreement to the detriment of the consumer, without the consumer's agreement;
- (u) restricting the consumer's right to re-sell the goods by limiting the transferability of any commercial guarantee provided by the supplier;
- (v) providing that the consumer must be deemed to have made or not made a statement or acknowledgment to his or her detriment, unless -
  - (i) a suitable period of time is granted to him or her for the making of an express declaration in respect thereof; and
  - (ii) at the commencement of the period the supplier draws the attention of the consumer to the meaning that will be attached to his or her conduct;
- (w) providing that a statement made by the supplier which is of particular interest to the consumer is deemed to have reached the consumer, unless such statement has been sent by prepaid registered post to the chosen address of the consumer;
- (x) excluding or hindering the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy, including by requiring the consumer to take disputes exclusively to arbitration not covered by the Act or other legislation;
- (y) restricting the evidence available to the consumer or imposing on him or her a burden of proof which, according to the applicable law, should lie with the supplier;
- (z) imposing a limitation period that is shorter than otherwise applicable under the common law or legislation for legal steps to be taken by the consumer (including for the making of a written demand and the institution of legal proceedings);
- (aa) entitling the supplier to claim legal or other costs on a higher scale than usual, where there is not also a term entitling the consumer to claim such costs on the same scale;
- (bb) providing that a law other than that of the Republic applies to a consumer agreement concluded and implemented in the Republic, where the consumer was residing in the Republic at the time when the agreement was concluded.

<sup>178</sup> S 44(2)(a). See in general Naudé 2006 *Stell LR* 361.

<sup>179</sup> S 44(2)(b).

<sup>180</sup> S 43(2)(a).

<sup>181</sup> CESL Article 2 Good faith and fair dealing:

1. Each party has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing.
2. Breach of this duty may preclude the party in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that party would otherwise have, or may make the party liable for any loss thereby caused to the other party.
3. The parties may not exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

<sup>182</sup> Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a common European Sales Law Article 2 Definitions (b).

<sup>183</sup> The CESL in art 52(1) makes specific provision for effecting avoidance by notice to the other party. Art 52(2) states that a notice of avoidance must be given within the following period after the avoiding party becomes aware of the relevant circumstances or becomes capable of acting freely: 6 months in a case of mistake (art 52(2)(a)) and 1 year in case of fraud, threats and unfair exploitation (art 52(2)(b)). The effects of avoidance are dealt with in art 54 and ch 17.

<sup>184</sup> Ch 5 art 48.

<sup>185</sup> Ch 5 art 49.

<sup>186</sup> Ch 5 art 51.

<sup>187</sup> Ch 5 Defects in consent Article 48 Mistake

1. A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:
  - (a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different contract terms and the other party knew or could be expected to have known this; and
  - (b) the other party:
    - (i) caused the mistake;
    - (ii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with any pre-contractual information duty under Chapter 2, Sections 1 to 4;
    - (iii) knew or could be expected to have known of the mistake and caused the contract to be concluded in mistake by not pointing out the relevant information, provided that good faith and fair dealing would have required a party aware of the mistake to point it out; or (iv) made the same mistake.

<sup>188</sup> In terms of Ch 5 art 49(2) misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the misrepresentation is false, or recklessly made as to whether it is true or false and is intended to induce the recipient to make a mistake.

<sup>187</sup> In terms of Ch 5 art 49(2) non disclosure is fraudulent if it is intended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake.

<sup>190</sup> Ch 5 art 49(1).

<sup>191</sup> Art 49 (3) In determining whether good faith and fair dealing require a party to disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:

- (a) whether the party had special expertise;
- (b) the cost to the party of acquiring the relevant information;
- (c) the ease with which the other party could have acquired the information by other means;
- (d) the nature of the information;
- (e) the apparent importance of the information to the other party; and
- (f) in contracts between traders good commercial practice in the situation concerned

<sup>192</sup> Article 51

Unfair exploitation

A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

- (a) that party was dependent on, or had a relationship of trust with, the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, or inexperienced; and
- (b) the other party knew or could be expected to have known this and, in the light of the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or unfair advantage.

<sup>193</sup> Article 59

Relevant matters In interpreting a contract, regard may be had, in particular, to:

- (a) the circumstances in which it was concluded, including the preliminary negotiations;
- (b) the conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract;
- (c) the interpretation which has already been given by the parties to expressions which are identical to or similar to those used in the contract;
- (d) usages which would be considered generally applicable by parties in the same situation;
- (e) practices which the parties have established between themselves;
- (f) the meaning commonly given to expressions in the branch of activity concerned;
- (g) the nature and purpose of the contract; and
- (h) good faith and fair dealing.

<sup>194</sup> Article 68

Contract terms which may be implied

1. Where it is necessary to provide for a matter which is not explicitly regulated by the agreement of the parties, any usage or practice or any rule of the Common European Sales Law, an additional contract term may be implied, having regard in particular to:
  - (a) the nature and purpose of the contract;
  - (b) the circumstances in which the contract was concluded; and
  - (c) good faith and fair dealing.

<sup>195</sup> Article 170

Unfair contract terms relating to interest for late payment

1. A contract term relating to the date or the period for payment, the rate of interest for late payment or the compensation for recovery costs is not binding to the extent that the term is unfair. A term is unfair if it grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing, taking into account all circumstances of the case, including the nature of the goods, digital content or related service.

<sup>196</sup> Article 7

Not individually negotiated contract terms

1. A contract term is not individually negotiated if it has been supplied by one party and the other party has not been able to influence its content.
2. Where one party supplies a selection of contract terms to the other party, a term will not be regarded as individually negotiated merely because the other party chooses that term from that selection.
3. A party who claims that a contract term supplied as part of standard contract terms has since been individually negotiated bears the burden of proving that it has been.
4. In a contract between a trader and a consumer, the trader bears the burden of proving that a contract term supplied by the trader has been individually negotiated.
5. In a contract between a trader and a consumer, contract terms drafted by a third party are considered to have been supplied by the trader, unless the consumer introduced them to the contract.

<sup>197</sup> For the standard terms and conditions in contracts between traders of which one is a SME Article 86  
Meaning of “unfair” in contracts between traders

1. In a contract between traders, a contract term is unfair for the purposes of this Section only if:
  - (a) it forms part of not individually negotiated terms within the meaning of Article 7; and
  - (b) it is of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing.
2. When assessing the unfairness of a contract term for the purposes of this Section, regard is to be had to:
  - (a) the nature of what is to be provided under the contract;
  - (b) the circumstances prevailing during the conclusion of the contract;
  - (c) the other contract terms; and
  - (d) the terms of any other contract on which the contract depends.

<sup>198</sup> Ch 8 Section 2 Art 83.

<sup>199</sup> Article 82

Duty of transparency in contract terms not individually negotiated Where a trader supplies contract terms which have not been individually negotiated with the consumer within the meaning of Article 7, it has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language.

- <sup>200</sup> Art 83 2. When assessing the unfairness of a contract term for the purposes of this section, regard is to be had to: (a) whether the trader complied with the duty of transparency set out in Article 82;
- (b) the nature of what is to be provided under the contract;
  - (c) the circumstances prevailing during the conclusion of the contract;
  - (d) to the other contract terms; and
  - (e) to the terms of any other contract on which the contract depends.

<sup>201</sup> Art 84 (a) exclude ... the liability of the trader for death or personal injury caused to the consumer through an act or omission of the trader or of someone acting on behalf of the trader; (b) exclude .... the liability of the trader for any loss or damage to the consumer caused deliberately or as a result of gross negligence;

(d) exclude .... the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy, particularly by requiring the consumer to take disputes exclusively to an arbitration system not foreseen generally in legal provisions that apply to contracts between a trader and a consumer.

<sup>202</sup> Art 84 (a) (l)imit the liability of the trader for death or personal injury caused to the consumer through an act or omission of the trader or of someone acting on behalf of the trader; (b) (l)imit the liability of the trader for any loss or damage to the consumer caused deliberately or as a result of gross negligence; (c) limit the trader's obligation to be bound by commitments undertaken by its authorised agents

<sup>203</sup> Art 84 (c) (m)ake its commitments subject to compliance with a particular condition the fulfilment of which depends exclusively on the trader;

(d) hinder the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy, particularly by requiring the consumer to take disputes exclusively to an arbitration system not foreseen generally in legal provisions that apply to contracts between a trader and a consumer;

(e) confer exclusive jurisdiction for all disputes arising under the contract to a court for the place where the trader is domiciled unless the chosen court is also the court for the place where the consumer is domiciled;

(f) give the trader the exclusive right to determine whether the goods, digital content or related services supplied are in conformity with the contract or gives the trader the exclusive right to interpret any contract term;

(g) provide that the consumer is bound by the contract when the trader is not;

- (h) require the consumer to use a more formal method for terminating the contract within the meaning of article 8 than was used for conclusion of the contract;
- (i) grant the trader a shorter notice period to terminate the contract than the one required of the consumer;
- (j) oblige the consumer to pay for goods, digital content or related services not actually delivered, supplied or rendered;
- (k) determine that non-individually negotiated contract terms within the meaning of article 7 prevail or have preference over contract terms which have been individually negotiated.

<sup>204</sup> Article 85

Contract terms which are presumed to be unfair

A contract term is presumed to be unfair for the purposes of this Section if its object or effect is to:

- (a) - (w).
- <sup>205</sup> Art 85 A contract term is presumed to be unfair for the purposes of this Section if its object or effect is to: (a) restrict the evidence available to the consumer "
- <sup>206</sup> Art 85 A contract term is presumed to be unfair for the purposes of this Section if its object or effect is to: (b) inappropriately exclude or limit the remedies available to the consumer against the trader or a third party for non-performance by the trader of obligations under the contract;
- <sup>207</sup> Art 85 (c) inappropriately exclude or limit the right to set-off claims that the consumer may have against the trader against what the consumer may owe to the trader;
- <sup>208</sup> Art 85 (t) unjustifiably prevent the consumer from obtaining supplies or repairs from third party sources;
- <sup>209</sup> Art 85 (v) impose an excessive burden on the consumer in order to terminate a contract of indeterminate duration;
- <sup>210</sup> Art 85(e) require a consumer who fails to perform obligations under the contract to pay a disproportionately high amount by way of damages or a stipulated payment for nonperformance;
- <sup>211</sup> Art 85 (s) require from the consumer excessive advance payments or excessive guarantees of performance of obligations;
- <sup>212</sup> Art 85 (a) or impose on the consumer a burden of proof which should legally lie with the trader;
- <sup>213</sup> Art 85 (f) or entitle a trader to keep money paid for related services not yet supplied in the case where the trader withdraws from or terminates the contract;
- <sup>214</sup> Art 85 (g) enable a trader to terminate a contract of indeterminate duration without reasonable notice, except where there are serious grounds for doing so;
- <sup>215</sup> Art 85 (i) enable a trader to alter contract terms unilaterally without a valid reason which is specified in the contract; this does not affect contract terms under which a trader reserves the right to alter unilaterally the terms of a contract of indeterminate duration, provided that the trader is required to inform the consumer with reasonable notice, and that the consumer is free to terminate the contract at no cost to the consumer;
- <sup>216</sup> Art 85 (j) enable a trader to alter unilaterally without a valid reason any characteristics of the goods, digital content or related services to be provided or any other features of performance;
- <sup>217</sup> Art 85 (k) provide that the price of goods, digital content or related services is to be determined at the time of delivery or supply, or allow a trader to increase the price without giving the consumer the right to withdraw if the increased price is too high in relation to the price agreed at the conclusion of the contract; this does not affect price indexation clauses, where lawful, provided that the method by which prices vary is explicitly described;



- <sup>218</sup> Art 85(m) allow a trader to transfer its rights and obligations under the contract without the consumer's consent, unless it is to a subsidiary controlled by the trader, or as a result of a merger or a similar lawful company transaction, and such transfer is not likely to negatively affect any right of the consumer;
- <sup>219</sup> Art 85 (n) allow a trader, where what has been ordered is unavailable, to supply an equivalent without having expressly informed the consumer of this possibility and of the fact that the trader must bear the cost of returning what the consumer has received under the contract if the consumer exercises a right to reject performance;
- <sup>220</sup> Art 85(o) allow a trader to reserve an unreasonably long or inadequately specified period to accept or refuse an offer; Art 85(p) allow a trader to reserve an unreasonably long or inadequately specified period to perform the obligations under the contract;
- <sup>221</sup> Art 85(r) subject performance of obligations under the contract by the trader, or subject other beneficial effects of the contract for the consumer, to particular formalities that are not legally required and are unreasonable;
- <sup>222</sup> Art 85(u) unjustifiably bundle the contract with another one with the trader, a subsidiary of the trader, or a third party, in a way that cannot be expected by the consumer;
- <sup>223</sup> Art 85(d) permit a trader to keep money paid by the consumer if the latter decides not to conclude the contract, or perform obligations under it, without providing for the consumer to receive compensation of an equivalent amount from the trader in the reverse situation;
- <sup>224</sup> Art 85(f) entitle a trader to withdraw from or terminate the contract within the meaning of Article 8 on a discretionary basis without giving the same right to the consumer, or entitle a trader to keep money paid for related services not yet supplied in the case where the trader withdraws from or terminates the contract;
- <sup>225</sup> Art 85(l) oblige a consumer to perform all their obligations under the contract where the trader fails to perform its own.
- <sup>226</sup> Ch 8 Section 1 Art 81.
- <sup>227</sup> Article 79 Effects of unfair contract terms
1. A contract term which is supplied by one party and which is unfair under Sections 2 and 3 of this Chapter is not binding on the other party.
  2. Where the contract can be maintained without the unfair contract term, the other contract terms remain binding.
- <sup>228</sup> W Wilburg *Entwicklung eines beweglichen systems im Bürgerlichen Recht* (1950) 3; F Bydlinski 9.
- <sup>229</sup> W Wilburg 4.
- <sup>230</sup> W Wilburg 4; F Bydlinski 10.
- <sup>231</sup> W Wilburg 5 and 17; F Bydlinski 10.
- <sup>232</sup> W Wilburg 4.
- <sup>233</sup> W Wilburg 3f; F Bydlinski 10.
- <sup>234</sup> W Wilburg (*supra* n9)12; F Bydlinski (*supra* n2) 11.
- <sup>235</sup> W Wilburg (*supra* n9) 17.
- <sup>236</sup> L Hawthorne (*supra* n10) forthcoming.
- <sup>237</sup> F Bydlinski (*supra* n2) 18. Franz Bydlinski was a scholar of Walter Wilburg.
- <sup>238</sup> F Bydlinski (*supra* n2) 18.
- <sup>239</sup> Furmston 37; Willet "Autonomy and fairness: The case of public statements" in Howells, Janssen and Schulze (eds) *Information rights and obligations-A challenge for party autonomy and transactional fairness* (2004) 1ff. Cf Howells who is of the opinion that their are limitations to information as a consumer protection strategy, in Howells "The potential and limits of consumer empowerment by

- information” 2005 *Journal of Law and Society* 356ff; Weatherill “The role of the informed consumer in European community law and policy” 1994 *Consum LJ* 49.
- <sup>240</sup> L Hawthorne ‘Materialisation and differentiation in contract law: may solidarity maintain the thread of principle which links the classical ideal of freedom of contract with modern corrective intervention’ (2008) *Tydskrif vir Hedendagse Romeins Hollandse Reg* 451.
- <sup>241</sup> CESL Preamble paragraph (30) Freedom of contract should be the guiding principle underlying the Common European Sales Law. Party autonomy should be restricted only where and to the extent that this is indispensable, in particular for reasons of consumer protection. Where such a necessity exists, the mandatory nature of the rules in question should be clearly indicated.
- <sup>242</sup> Art 1. Parties are free to conclude a contract and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules. Art 2. Parties may exclude the application of any of the provisions of the Common European Sales Law, or derogate from or vary their effects, unless otherwise stated in those provisions.
- <sup>243</sup> S 1(a) Constitution of the Republic of South Africa 108 of 1996; PS Atiyah *The rise and fall of freedom of contract* (1979) 25, 29ff; R Zimmerman *The law of obligations* (1990) 256.
- <sup>244</sup> S 41(1)(a) of the CPA; ch 5 art 48 of CESL.
- <sup>245</sup> S 41(1)(a), (b) and (c).
- <sup>246</sup> S 41(1)(b); ch 5 art 49(2) of the CESL.
- <sup>247</sup> S 41(1)(c); Ch 5 art 49(1) of the CESL.
- <sup>248</sup> T Naudé “The use of black and grey lists in unfair contract terms legislation in comparative perspective” (2007) *South African Law Journal* 144 where she is of the opinion that to include all common law rules in legislature might hinder the development of such rules.
- <sup>249</sup> The Draft Common Frame of Reference is the culmination of the research undertaken by two study groups viz the Study Group on a European Civil Code and the Research group on existing European Community private law, known as the “Acquis Group” all as part of the project to create the “Common Frame of Reference”.
- <sup>250</sup> C Von Bar, E Clive, H Schulte-Nolke, H Beale, J Herre, J Huet, M Storme, S Swann, P Varul, A Veneziano and F Zoll (eds) *Draft Common Frame of Reference Principles, definitions and model rules of European private law* (hereafter referred to as DCFR) (2009) 14ff.
- <sup>251</sup> DCFR 60ff.
- <sup>252</sup> R Sefton-Green “General Introduction” in *Mistake, fraud and duties to inform in European contract law* (ed) R Sefton-Green (2005) 29; C Willet *Fairness* 2ff.
- <sup>253</sup> Cf the seminal work by N Cohen “Pre-contractual duties: two freedoms and the contract to negotiate” in J Beatson and D Friedman (1995) at 25; J Carter and M Furmston “Good faith and fairness in the negotiation of contracts (1995) *Journal of contract law* 1-15; H McQueen “Good faith in the Scots law of contract” in ADM Forte (ed) *Good faith in contract and property law* (1999) at 20ff; D Hutchison “Agreements to agree: Can there ever be an enforceable duty to negotiate in good faith?” (2011) *South African Law Journal* 273ff.
- <sup>254</sup> The exact point of contract formation is of crucial importance as this marks the boundary between the pre-contractual regime of no liability (or possible liability based on delict) and the second stage (after a contract has come into being) in which the parties are subject to contractual liability. N Cohen “Pre-contractual duties: two freedoms and the contract to negotiate” in J Beatson and D Friedman (1995) 25ff; Van der Merwe *et al* 55 n5 also 93ff and 316ff.

**CRITICA TEORIEI ACTELOR INDISPENSABILE ÎN MATERIA  
PARTICIPAȚIEI PENALE**

**Ionuț BORLAN\***

**Summary:** *Critical regard on the indispensable acts theory in the field of criminal participation. By means of this current study, the author wishes to bring to the attention of all readers some critical aspects regarding the criteria used for the purpose of delimitation between co-authorship and material complicity in the Romanian criminal law literature and judicial practice, which can also be known as the indispensable acts theory.*

*It is well known that over the years the judicial practice had some uninspired moments regarding the qualification of accomplices as co-author, when there was no legal basis. To point out the differentiated characteristics of each of the forms of criminal participation mentioned above and leave no room for confusion, two theories regarding the execution acts of co-authors are considered to be the starting point. In what follows, the author presents a combination of the two theories, embraced by the Romanian judicial practice and most of the criminal law authors.*

*After explaining the three theories, the author makes some critics about them, especially with reference to the third theory that is used in our criminal law practice.*

*In terms of criminal treatment for aiding, abetting or otherwise assisting to a criminal offence, under the current legislation, such accomplices will be subject to the same penalty provided by the law for the perpetrator of the offence in case of conviction. Because of this, there is no reason for concern if the person who immobilizes the victim is held liable as an accomplice to the offence of murder, rather than an author. The court still possesses the faculty to apply the same penalty to both.*

*In the last section of this article, the author points out the best theory to serve the purpose of a fair trial, which was developed by the foreign criminal law literature.*

**Cuvinte cheie:** coautorat, complicitate, elementul material, teoria obiectivă, teoria subiectivă, teoria actelor indispensabile, teoria actelor intermediare.

**Keywords:** co-authorship, complicity, objective theory, subjective theory, theory of indispensable acts, theory of intermediary acts.

## **1. Aspecte preliminare**

Examinarea participației penale a suscitat de-a lungul timpului numeroase controverse atât în practica judiciară prin pronunțarea unor hotărâri contradictorii,

cât și în doctrina penală, în care numeroși autori de seamă au exprimat opinii diferite. O importanță deosebită în rândul aspectelor controversate trebuie acordată delimitării actelor de coautorat față de actele de complicitate materială, fiind o problemă a cărei soluție, după părerea noastră, a fost acceptată mult prea ușor de majoritatea autorilor contemporani. Un astfel de demers a mai fost realizat în literatura noastră de specialitate în trecut, însă autorul a adoptat și explicat o soluție diferită față de aceea pe care urmează să o abordăm<sup>1</sup>.

Pentru început este important să arătăm prin ce se identifică coautoratul, ca formă de participație nereglementată de Codul penal actual. Acesta presupune întrunirea a două elemente: unul material (obiectiv) și unul intelectual (subiectiv)<sup>2</sup>. Elementul material (obiectiv) presupune *contribuția comună la executarea faptei*, iar cel intelectual (subiectiv) este determinat de existența unei *legături subiective sau coeziuni psihice* între participanți la săvârșirea aceleiași fapte. Lipsa unui element ori a ambelor duce la consecințe diferite pentru făptuitori, dar în orice caz se înlătură posibilitatea reținerii coautoratului față de aceștia.

În schimb, elementul material al complicității este dat de contribuția pe care complicele o oferă autorului sau coautorilor, prin participarea cu acte de înlesnire, de ajutor sau prin promisiunea de tănuire sau favorizare. Elementul intelectual este același, însă așa cum vom vedea, se diferențiază din punct de vedere cantitativ.

În cadrul studiului nostru ne vom opri la delimitarea coautoratului față de complicitate doar din perspectiva elementului material, deoarece numai în cadrul acestuia intervine teoria care face obiectul criticii noastre.

## 2. Delimitarea coautoratului față de complicitatea materială

Cu privire la primul element din componența coautoratului, trebuie să arătăm ce se înțelege prin *cooperare materială și conjugată la executarea faptei*. În practica noastră judiciară<sup>3</sup> s-a spus că există coautorat în măsura în care participanții au acționat împreună, prin desfășurarea unor activități materiale concordante, au contribuit în mod nemijlocit la săvârșirea faptei, iar acțiunile lor s-au aflat într-o unitate indivizibilă.

Punctul de pornire în realizarea unei analize privind elementul material al coautoratului care să ducă într-un final la diferențierea față de complicitatea materială, îl constituie două teorii principale conturate în literatura de specialitate străină<sup>4</sup>. Pe scurt, urmează deci să analizăm cele două înțelesuri pe care le suportă actele de executare specifice coautoratului<sup>5</sup>.

Potrivit *teoriei obiective a actelor de executare specifice coautoratului*, prin executarea faptei trebuie să se înțeleagă săvârșirea actelor specifice infracțiunii imputate, iar toate aceste acte trebuie să fie tipice, adică să întrunescă elementele constitutive prevăzute în textul de incriminare. În consecință, făptuitorul care

săvârșește acte de înlesnire alături de actele de executare ale celui alt coaculat, chiar dacă acestea din urmă nu au fost posibile fără contribuția primului inculpat, va fi tras la răspundere în calitate de complice, iar nu coautor. Conform teoriei obiective, întrunesc calitatea de coautori la infracțiunea de omor inculpații care au ucis victima prin lovituri aplicate cu pumnul în cap<sup>6</sup> sau în alte zone vitale<sup>7</sup> ori prin lovirea concomitentă cu cuțite<sup>8</sup>. Se poate observa deci că actele acestora constituie acte de executare specifice tentativei la infracțiunea de omor.

Teoria obiectivă nu a fost ocolită de doctrina penală și legislația noastră mai veche, astfel că aceasta era acceptată atât pe fondul Codului penal de la 1864, cât și pe fondul celui din 1936. Numeroși doctrinari ai acelor vremuri au afirmat că în temeiul acestei teorii, autorul este persoana care participă cu acte materiale care întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii, iar că ceilalți participanți, *în afară de coautori* (s.n.), sunt de fapt participanți secundari<sup>9</sup>. Tot astfel, s-a spus că regulile care se aplică unui singur autor sunt valabile și pentru coautori<sup>10</sup>.

Potrivit *teoriei subiective a actelor de executare specifice coautoratului*<sup>11</sup>, executarea nu trebuie înțeleasă într-un sens strict, tehnic. Aceasta presupune de fapt orice activitate realizată în baza planului criminal comun pentru săvârșirea infracțiunii, astfel încât este suficient să se comită pur și simplu acte de înlesnire (care de fapt sunt specifice complicității – n.n.) sau chiar de pregătire, alături de actele de executare ale celui alt participant. Important este ca autorul să acționeze cu *animus auctoris*, dorind ca numai el să fie cel care săvârșește infracțiunea sau în cazul coautorilor numai ei, iar complicele cu *animus socii* dorind să își ofere contribuția prin ajutarea autorului sau a coautorilor la săvârșirea faptei. În orice caz, este indiferentă modalitatea în care participanții și-au adus contribuția, deci fie cu acte de executare, fie cu acte de înlesnire.

În doctrina noastră a fost exprimată opinia în favoarea unui sistem conjugat pentru delimitarea coautoratului față de complicitate, astfel că soluția la care s-a ajuns, acceptată de majoritatea autorilor contemporani, îmbină atât elemente din teoria subiectivă, cât și din cea obiectivă. Sub aspect obiectiv, actele de autorat și coautorat au natura juridică a unor acte de executare în sens tehnic, specifice laturii obiective a infracțiunii în cauză, pe când cele de complicitate sunt caracterizate ca fiind acte de înlesnire, de ajutare, deoarece complicele contribuie indirect și mediat la executarea faptei<sup>12</sup>. Sub aspect subiectiv s-a extins sfera de incidență a actelor de executare în sensul obiectiv prezentat mai sus, asupra contribuției participantului care a exercitat în realitate acte de înlesnire (specifice complicității), *cu mențiunea că acestea erau indispensabile înfăptuirii infracțiunii*, astfel încât fără contribuția acestuia, actele tipice<sup>13</sup> exercitate de coaculat nu au fost posibile. Mergând pe această linie de idei, persoana care imobilizează victima pentru ca o alta să îi aplice lovitura mortală, este considerată coautor alături de aceasta din urmă<sup>14</sup>.

Acest sistem conjugat (pe care o să-l denumim în continuare drept teoria actelor indispensabile) a fost deja îmbrățișat de practica noastră judiciară, existând cazuri în care unii inculpați au fost trași la răspundere în calitate de coautori, chiar dacă nu toți au exercitat acte tipice, ci numai unul dintre ei<sup>15</sup>. Astfel, au fost considerați coautori atât cel care lovește mortal victima, cât și acela care o dezarmează<sup>16</sup> ori îi face imposibilă rezistența de a se apăra<sup>17</sup> sau dacă lovește cu pumnii victima împiedicându-o să blocheze lovitură de topor pe care se pregătea să i-o aplice celălalt inculpat<sup>18</sup>. Tot astfel, s-a reținut forma coautoratului în cazul participantului care a lovit victima cu un cuțit, pentru considerentul că *fapta era de natură a slăbi puterea de rezistență a acesteia*<sup>19</sup>. În acest din urmă caz suntem de părere că se poate pune în discuție existența unui act de executare specific coautoratului, dar nu pentru că acesta era de natură să slăbească rezistența victimei de a se apăra, ci pentru că lovirea victimei cu un cuțit este susceptibilă de a constitui un act de executare specific infracțiunii de omor. Instanța trebuia să se raporteze și să cerceteze mai mult acest aspect, prin luarea în considerare a criteriilor care relevă intenția de a ucide.

În literatura de specialitate franceză s-au adus critici relative la practica judiciară tradițională din Franța (la care s-a renunțat odată cu intrarea în vigoare a noului Cod penal), care aprecia că persoana care îl ajută pe autor să săvârșească infracțiunea, a cooperat în mod necesar la săvârșirea ei, astfel încât ar urma să răspundă în calitate de coautor<sup>20</sup>.

### 3. Deficiențele teoriei actelor indispensabile

După părerea noastră, teoria actelor indispensabile prezintă o multitudine de deficiențe. În cele ce urmează vom încerca să arătăm argumentele pentru care o apreciem ca fiind în contradicție cu sistemul nostru de drept penal.

*a) coautoratul diferă față de autorat exclusiv prin existența unei legături subiective*

Singura diferență dintre doi coautori și doi autori la săvârșirea aceleiași infracțiuni este că în cazul primilor există o legătură subiectivă, adică există elementul intelectual, fără nicio consecință asupra elementului material, adică actele de executare tipice. De aici rezultă că poate fi un criteriu de delimitare a coautoratului față de complicitate următorul: înlăturăm legătura subiectivă, iar dacă în urma acestei operațiuni, analiza activității individuale a fiecăruia dintre inculpați relevă calitatea lor de autori, aceștia sunt într-adevăr coautori la infracțiunea săvârșită.

În doctrină s-a mai afirmat că atunci când acțiunea tipică a fost realizată de mai multe persoane, fiecare dintre acestea are calitatea de autor, iar toți împreună au calitatea de coautori<sup>21</sup>. Cu toate acestea, mai departe s-a considerat că totuși persoana

care sare asupra victimei și îi imobilizează brațele pentru ca celălalt inculpat să o strângă de gât până intervine decesul, este coautor la infracțiunea de omor, deoarece activitatea ambilor inculpați intră în conținutul acțiunii tipice<sup>22</sup>. Nu putem să fim de acord cu aceasta, deoarece, alături de alți autori<sup>23</sup>, considerăm că este greu de susținut că imobilizarea brațelor victimei face parte din acțiunea tipică a infracțiunii de omor. Pentru a fi acte de executare, acțiunile inculpaților trebuie să constituie cel puțin tentative la infracțiunea de omor. În caz contrar, *ajutorul dat în orice mod la săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală* [art. 26 C. pen.] este în realitate un act specific complicității.

În mod normal pentru tragerea la răspundere penală a complicilor nu este nevoie de pedepsirea în același timp a autorului, dar este imperativ necesar ca acesta din urmă să fi săvârșit cel puțin o faptă penală<sup>24</sup>. În lipsa acesteia, ajutorul dat unei persoane rămâne fără relevanță penală din perspectiva participației la acea faptă.

În cazul formei de participație a coautoratului, situația se schimbă, una dintre persoanele care au participat la coautorat va răspunde indiferent de contribuția celeilalte. Ipotetic vorbind, dacă înlăturăm din cadru persoana care a înjunghiat victima, cealaltă persoană care a imobilizat aceeași victimă în exemplul de mai sus trebuie în continuare să poată fi trasă la răspundere ca autor la infracțiunea de omor, în formă consumată sau tentată. Însă așa cum se poate observa, imobilizarea victimei în individualitatea sa nu întrunește elementele constitutive ale omorului, nefiind un act de executare tipic. Pentru acest motiv, în doctrina străină s-a spus că adevăratul coautor este acela care întrunește calitatea de autor dacă, ipotetic vorbind, îi înlăturăm din cadru pe ceilalți participanți<sup>25</sup>. Despre situațiile particulare în care un act de imobilizare este susceptibil de a constitui act de executare specific infracțiunii de omor și teoria aplicabilă, urmează să vorbim într-o secțiune următoare.

Forma de participație a coautoratului pleacă de la premisa existenței în prealabil a calităților de autori a făptuitorilor. Aceste calități presupun ca inculpații să fi efectuat acte de executare specifice infracțiunii imputate, adică acte tipice, nefiind suficient să existe doar acte de înlesnire alături de acelea de executare. În măsura în care într-o primă fază pot fi considerați autori, pentru angajarea răspunderii în calitate de coautori, se trece la verificarea următoarei condiții, adică a legăturii subiective.

O speță apărută în practica noastră judiciară poate fi relevantă sub aspectul determinării cazului în care infractorii aveau sau nu calitatea de autori. Astfel, instanța a reținut că fapta participantului la săvârșirea infracțiunii de omor, de a folosi împotriva victimei un spray paralizant, urmată de lovirea repetată a acesteia de către cel de al doilea participant cu un corp dur asupra zonei capului, cauzându-i leziuni care au dus la deces, constituie coautorat la omor, iar nu complicitate<sup>26</sup>. Potrivit instanței, soluția este necesară ținând cont că „cei doi inculpați au acționat împreună, conjugat și simultan, fiecare desfășurând activități materiale *îndreptate direct împotriva vieții victimei* (s.n. – I.B.)”, astfel că amândoi inculpații au fost tratați drept coautori la infracțiunea de omor.

Pentru a fi de acord cu soluția instanței trebuie să ajungem la concluzia că fapta de a folosi un spray paralizant asupra victimei constituie un act specific unui coautor, iar nu unui complice material. Este de necontestat că folosirea unui spray paralizant asupra unei persoane trebuie calificată drept un act de violență, iar un act de violență *in concreto* este susceptibil de a duce la consumarea unei infracțiuni de omor în condiții de repetabilitate, intensitate etc. Argumentul adus de instanță potrivit căruia inculpații au exercitat activități materiale *îndreptate direct împotriva vieții victimei* este susceptibil de a califica activitatea acestora drept acte de executare specifice unor coautori. Cu toate acestea, considerăm că instanța a forțat nota prin faptul că i-a calificat drept coautori, deoarece nu credem că argumentul este aplicabil în cazul de față. Cu greu se poate susține că folosirea unui spray se îndreaptă direct împotriva vieții victimei.

În realitate, participantul care și-a adus contribuția prin folosirea sprayului asupra victimei a efectuat un act de complicitate, deoarece, așa cum a reținut și C.A. Timișoara care a determinat în mod corect calitățile celor doi inculpați prin decizia penală nr. 50/1996, decizie casată de fostul Tribunal Suprem, “folosirea sprayului împotriva victimei *a ajutat* pe autor la săvârșirea omorului”. Este greu de susținut că folosirea unui spray asupra persoanei vătămate poate fi calificată drept un act de executare al infracțiunii de omor.

#### *b) problema infracțiunilor cu subiect activ special*

Pe fondul Codului penal Carol al II-lea, în doctrină<sup>27</sup> s-a argumentat că există totuși o excepție de la considerarea ca acte de executare a unor acte de înlesnire indispensabile în temeiul teoriei pe care o criticăm, atunci când potrivit textului de incriminare se pretinde o calitate specială, iar coînculpatul în cauză nu o deține. În acest caz, ar urma să răspundă nu în calitate de coautor, ci complice. După părerea noastră se scapă însă din vedere că etichetarea unor acte ca fiind de executare ori de înlesnire trebuie făcută exclusiv prin raportare la activitatea desfășurată de infractori, fără să luăm în considerare dacă textul de incriminare pretinde un subiect activ special sau nu, iar dacă participanții întrunesc această calitate sau nu. La urma urmei activitatea desfășurată o analizăm în cadrul laturii obiective a faptei penale, iar dacă am accepta această opinie ar însemna să includem în cadrul laturii obiective elemente specifice subiectului activ.

Așa cum se poate observa, teoria actelor indispensabile ar putea fi caracterizată drept selectivă, în sensul că nu pretinde ca actele săvârșite de unii “coautori” să întrunească latura obiectivă prevăzută de lege, dar ar fi necesar să întrunească condițiile privind subiectul activ (special) al infracțiunii. În mod normal, latura obiectivă este intim legată de calitatea specială cerută de lege, astfel că pentru a nu fi considerată drept selectivă, coînculpatul care nu deține calitatea cerută de lege și exercită acte de



înlesnire indispensabile ar trebui tras la răspundere ca și un coautor. Soluția, însă, nu poate fi acceptată. În literatura de specialitate spaniolă s-a spus că toți coautorii trebuie să îndeplinească toate condițiile necesare pentru a întruni, într-o primă fază, calitatea de autori la infracțiunile cu subiect activ special<sup>28</sup>.

*c) teoria actelor indispensabile nu oferă garanții suficiente împotriva arbitrariului din moment ce depinde de percepția subiectivă a fiecăruia*

Majoritatea autorilor din doctrina noastră penală<sup>29</sup> îmbrățișează teoria actelor indispensabile, considerând că vom fi în prezența coautoratului și în ipoteza în care infractorul a participat la săvârșirea infracțiunii cu acte de înlesnire chiar dacă acestea nu întrunesc elementele de tipicitate, *dar fără de care celălalt participant, prin actele sale de executare (tipice), nu ar fi putut comite fapta*<sup>30</sup>. Astfel, s-a spus că în cadrul actelor de executare intră și actele care sub aspect formal constituie acte de complicitate, fiind extrinseci acțiunii incriminate de legiuitor, dar care sunt indispensabile înfăptuirii infracțiunii<sup>31</sup>. Soluția o apreciem ca fiind extrem de criticabilă pentru considerentele enumerate mai sus, precum și pentru faptul că în astfel de cazuri linia de demarcație dintre coautor și complice este foarte subțire.

Într-o speță<sup>32</sup>, inculpata a fost condamnată pentru săvârșirea infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată în formă continuată și complicitate la infracțiunea de înșelăciune. Instanța a reținut astfel că inculpata a întocmit mai multe adevărinite false de vechime în muncă pentru mai multe persoane, folosite la întocmirea dosarelor de pensionare, iar că una din aceste persoane a încasat în acest fel o pensie mai mare, săvârșind infracțiunea de înșelăciune în calitate de autor. Având în vedere contribuția inculpatei la săvârșirea de către altă persoană a infracțiunii de înșelăciune, mergând pe teoria actelor indispensabile se putea la fel de bine argumenta că întrunește condițiile pentru a fi considerată coautor, deoarece fără ajutorul acesteia, autoarea infracțiunii nu ar fi putut încasa o pensie mai mare. Însă nu a fost cazul, iar inculpatei i s-a reținut în mod corect calitatea de complice.

Caracterul indispensabil al actelor de înlesnire ar urma să fie evaluat prin raportare la întregul context în care s-a desfășurat infracțiunea, fără să se poată stabili *ex ante*, cu titlu de principiu, când un anumit infractor întrunește calitatea de coautor și când pe aceea de complice. În unele cazuri, părerile ar putea fi chiar împărțite în funcție de simpla apreciere și percepție subiectivă a fiecăruia, iar un simplu act de asistare la săvârșirea infracțiunii pentru supravegherea zonei în eventualitatea apropiierii unor trecători ar putea fi calificat în mod abuziv drept un act specific unui coautor, iar nu complice, aceasta dacă se consideră că fără paza coinalpului nu s-ar fi putut desfășura infracțiunea. În alte cazuri s-ar putea pune chiar probleme de calificare a activității persoanei care înfrânge capacitatea victimei de a depune rezistență – act de complicitate sau coautorat? –, astfel încât al doilea infractor să o ucidă prin folosirea unei arme de foc. Era indispensabil acest act având în vedere că s-a utilizat o armă de

foc? Răspunsul la această întrebare poate fi dat doar prin crearea unor scenarii ipotetice de reacție eventuală a victimei în fața atacului persoanei înarmate și în lipsa ajutorului oferit de celălalt infractor.

Nu credem că instanței de judecată trebuie să i se ofere posibilități de apreciere potrivit propriei convingeri în ceea ce privește calitățile pe care le-au avut infractorii la săvârșirea faptei prin luarea în considerare a caracterului indispensabil al actelor săvârșite de unii dintre ei. Instanța este ținută să constate calitățile avute la săvârșirea faptei în urma administrării probelor potrivit legii.

*d) teoria actelor indispensabile nu face nicio distincție între actele de înlesnire specifice complicității materiale și cele specifice complicității morale*

Pentru a se înțelege mai bine problema privind teoria pe care o analizăm și complicitatea morală, ne vom referi la ea prin prisma unei spețe apărute în practica noastră judiciară.

Astfel, din starea de fapt a speței s-a reținut că după o prealabilă înțelegere pentru comiterea agresiunii, inculpatul a însoțit pe autorul omorului, amândoi înarmați cu câte un par și au pătruns în curtea casei victimei. Odată ajunși în casă, primul inculpat a atacat pe fratele victimei, în timp ce al doilea inculpat a aplicat victimei omorului lovituri cu parul peste cap, cauzându-i moartea. Instanța a reținut calitatea de complice a primului inculpat la săvârșirea infracțiunii de omor<sup>33</sup>. Având în vedere calitatea care i-a fost reținută (complice), nu putem să nu ne întrebăm în mod retoric de ce nu s-a pus problema condamnării lui în calitate de coautor prin aplicarea teoriei actelor indispensabile? Mai ales că, așa cum a reținut instanța, „în lipsa acestui ajutor, autorul nu ar fi îndrăznit să facă (să comită omorul – n.n.) în împrejurările date”. La urma urmei, contribuția acestuia era atât de semnificativă încât în lipsa ei, autorul nu ar mai fi comis fapta de ucidere, fiind deci un act de înlesnire indispensabil așa cum a apreciat instanța, iar în temeiul teoriei actelor indispensabile are natura juridică de act de executare (specific unui coautor).

Concluzia speței de mai sus este că trebuie făcută o distincție între complicitatea materială și cea morală. Persoana care acordă doar un ajutor moral pentru săvârșirea infracțiunii nu va putea răspunde niciodată în calitate de coautor, decât dacă exercită și acte de executare (tipice). În practica judiciară s-a mai spus că simpla prezență fizică a unei persoane, alături de inculpat la locul și momentul săvârșirii unui omor, nu constituie act de coautorat<sup>34</sup>. Sub acest aspect, teoria actelor indispensabile își dovedește în continuare limitele, deoarece susține că poate fi considerat coautor chiar și individul care participă cu acte de înlesnire indispensabile, fără a se face o delimitare după cum înlesnirea este de factură morală sau materială. Se știe că acordarea unui sprijin moral constituie într-adevăr un act de înlesnire, dar cu toate acestea cel care îl exercită nu va putea fi tratat în calitate de coautor, ci complice.

Considerăm necesar să menționăm că aspectele noastre critice de la acest punct nu cad asupra faptului că teoria actelor indispensabile nu delimitează actele de înlesnire indispensabile materiale de cele morale, ci asupra faptului că luând în considerare chiar modul în care este definită teoria, nu avem practică judiciară care să tragă la răspundere penală o persoană care exercită activități morale de înlesnire, indispensabile săvârșirii faptei. Este evident că actele de complicitate morală, chiar indispensabile, nu trebuie considerată mai departe ca act de executare, dar având în vedere că aceasta este teoria îmbrățișată de practica noastră judiciară, trebuia să i se dea o aplicare corespunzătoare.

*e) între formele de participație există o diferență calitativă*

Ținem în mod necesar să facem următoarele precizări: autoratul presupune participarea cu acte de executare. Coautoratul este o formă de participație caracterizată de săvârșirea acelorași acte de executare din partea tuturor agenților. Desigur, pentru a considera mai departe că într-adevăr avem de-a face cu acte de coautorat, mai avem nevoie să constatăm că între coînculpați există o legătură subiectivă. Trebuie făcută deci o distincție clară între actele de înlesnire și actele de executare, deoarece numai acestea din urmă sunt susceptibile de a atribui titularului lor calitatea de autor sau coautor, după caz.

În acest sens, în literatura de specialitate, cu ocazia delimitării actelor de pregătire față de actele de executare<sup>35</sup>, s-a spus că *vom considera ca fiind acte de executare nu doar actele ce se înscriu în sfera acțiunii prevăzute de norma de incriminare în sens strict, dar și acele acte aflate în imediata vecinătate a acesteia și care sunt îndreptate nemijlocit spre consumarea infracțiunii, așa cum a fost concepută de autor*<sup>36</sup>. Ultima parte nu trebuie totuși să ne înducă în eroare, astfel încât să considerăm că se referă la actele de înlesnire indispensabile, care au, potrivit teoriei actelor indispensabile, natura unor acte de executare. Ultima parte se referă la cazul în care infracțiunea nu s-a consumat, ci a rămas în faza de tentativă, astfel că tentativa este un act de executare și nu privește un act indispensabil consumării infracțiunii, ci unul care este în măsură să ducă **în mod nemijlocit** la aceasta. Împiedicarea victimei de a opune rezistență nu constituie un act de tentativă la infracțiunea de omor și nu poate duce *ut singuli* la consumarea acesteia. Pe această linie de idei, persoanele care agresează în același timp victima, iar aceasta decedează, vor răspunde în calitate de coautori chiar dacă rezultatul a fost cauzat doar de acțiunea unui singur participant, atunci când se poate deduce intenția de a ucide în baza criteriilor stabilite în doctrină<sup>37</sup>, astfel că ar urma ca actele întrebuițate să fie de executare la infracțiunea de omor.

De asemenea, distincția care se face între acte de pregătire și acte de executare nu este valabilă în cadrul complicității, deoarece, așa cum același autor a menționat, actele de complicitate anterioare nu sunt acte de pregătire propriu-zise, *căci persoana*

care le efectuează nu acționează pentru punerea în executare a unei hotărâri proprii<sup>38</sup>. Cel care înfrânge capacitatea victimei de a opune rezistență în scopul ca altă persoană să oucidă efectiv, acționează pentru punerea în executare a hotărârii acestuia din urmă, astfel că urmează să răspundă în calitate de complice. În cazul acesteia, vom fi în prezența unor acte de complicitate în măsura în care pe lângă legătura subiectivă cel puțin unilaterală din partea complicelui către autor/coautori, acesta contribuie cu acte de înlesnire, de ajutor sau prin promisiunea de tănuire ori favorizare<sup>39</sup>. În sprijinul delimitării actelor de executare față de cele de înlesnire, chiar dacă sunt indispensabile înlăptuirii infracțiunii, vine art. 26 C. pen. potrivit căruia complicele este persoana care, *inter alia*, **ajută în orice mod** la săvârșirea unei fapte penale. Mențiunea *în orice mod* are o conotație cantitativă, deci indiferent că actele de complicitate erau suplimentare sau imperative comiterii infracțiunii, nu li se poate schimba natura juridică. Înfrângerea rezistenței victimei de a se apăra, chiar în aceeași împrejurare, ne apare ca un act de înlesnire anterior actelor de executare ale celui alt infractor.

Se poate spune așadar că între formele de participație, mai ales între complicitate și coautorat există o diferență calitativă<sup>40</sup>. Dacă acceptăm teoria actelor indispensabile, atunci între coautorat și complicitate nu mai există decât o diferență cantitativă, delimitarea făcându-se în baza *criteriului contribuției*. Singura diferență calitativă ar fi atunci când actele de complicitate constau exclusiv în promisiunea de a tănui sau favoriza pe făptuitor. Însă nu putem accepta această teorie.

Întrucât există o diferență calitativă între formele de participație, în cazul infracțiunilor cu subiect activ special, teza acceptată menționată anterior potrivit căreia coaculpatul care nu deține calitatea cerută de lege este un complice, apare ca netemeinică.

#### *f) problema infracțiunilor complexe*

În cazul infracțiunilor complexe, coautori sunt persoanele care exercită actele tipice, prevăzute de norma de incriminare. Chiar dacă fiecare infractor realizează numai o parte din acestea, important este să fie exercitate toate actele necesare pentru reținerea infracțiunii în cauză, consumată sau în formă tentată. Sunt coautori, atât cel care amenință victima, cât și cel care în aceeași împrejurare îi sustrage bunuri din posesie, în măsura în care între aceștia există o coeziune psihică. Așa fiind, s-ar putea argumenta că având în vedere că infracțiunea de omor absoarbe lipsirea de libertate în mod ilegal pe tot timpul executării ei, cel care imobilizează victima ar trebui totuși să răspundă în calitate de coautor. De asemenea, unii autori<sup>41</sup> au spus că o asemenea contribuție este doar în aparență extrinsecă infracțiunii de omor, iar că de fapt aceasta se include în cadrul acțiunii tipice al omorului. În realitate, absorbția infracțiunii de lipsire de libertate în mod ilegal, nu transformă infracțiunea de omor într-una complexă în sensul art. 41 alin. (3) C. pen., deoarece absorbția este una

naturală, iar nu legală. Infracțiunea complexă având natura juridică de unitate legală, este imperativ ca actele absorbite să se regăsească (expres) în conținutul constitutiv al infracțiunii absorbante.

În privința infracțiunii de viol, în modalitatea imobilizării victimei de către unul dintre coculpați, urmată de întreținerea unui act sexual cu aceasta de către celălalt coculpat, situația este mult mai clară față de omor, având în vedere că violul este o infracțiune complexă. Cu toate acestea, în literatura de specialitate<sup>42</sup> s-a afirmat că în exemplul nostru, cel care imobilizează victima este complice la viol. Același autor însă, s-a pronunțat în favoarea teoriei actelor indispensabile, cu referire la infracțiunea de omor și cazul reținerii coautoratului dacă unul dintre coculpați imobilizează victima, precum și la faptul că în ceea ce privește infracțiunile complexe, *există coautorat și în situația în care unul/unii dintre participanți săvârșește/săvârșesc o parte a acțiunii infracționale, iar altul/alții cealaltă parte a acesteia*<sup>43</sup>. Având în vedere că violul este o infracțiune complexă, iar constrângerea victimei (imobilizarea) este un act de executare<sup>44</sup> soluția reținerii complicității nu poate fi acceptată. Afirmatia rămâne valabilă în considerarea aplicării atât a teoriei obiective a actelor de executare specifice coautoratului, cât și a teoriei actelor indispensabile. În cazul acesteia din urmă, aspectul obiectiv privind actele de executare în sens tehnic ne confirmă acest lucru, deoarece imobilizarea victimei în cazul violului este mai mult decât un act de înlesnire indispensabil, fiind un act de executare propriu-zis (tipic), iar între un act de executare propriu-zis și unul de înlesnire indispensabil, conform teoriei actelor indispensabile, există o diferență cantitativă. Considerarea drept un complice la infracțiunea de viol în pofida actului de executare săvârșit (*i.e.* imobilizarea victimei) este o consecință a aplicării teoriei subiective a actelor de executare specifice coautoratului, teorie care nu este consacrată de sistemul nostru judiciar.

În schimb, în cazul infracțiunii de omor, imobilizarea victimei nu este un act de executare în sens tehnic (prevăzut de norma de incriminare), astfel încât nu se justifică reținerea coautoratului.

*g) contribuția participantului este valorificată de două ori și în lipsa unui temei legal*

După părerea noastră, criteriul indispensabilității actelor săvârșite (*i.e.* criteriul contribuției) nu trebuie luat în considerare în momentul stabilirii efective a calităților participanților, în vederea delimitării complicei față de coautor și invers în ipotezele analizate mai sus, ci acesta urmează a se aprecia numai în cadrul procesului de individualizare judiciară a pedepsei pentru fiecare infractor. Aceasta deoarece, răspunderea penală este subiectivă, iar instanța are posibilitatea de apreciere asupra activității desfășurate de fiecare infractor, astfel încât să-i aplice o pedeapsă dreaptă, în limitele de pedeapsă stabilite de lege. Așa cum am afirmat anterior, instanța **nu poate aprecia** calitatea deținută de fiecare participant, ci o poate doar constata.

Un argument imbatabil în defavoarea teoriei analizate și a criteriului indispensabilității evocat în doctrină pentru determinarea calității de coautor în detrimentul celei de complice ori invers, ni se pare argumentul de text legal de la art. 27 C. pen. potrivit căruia *la stabilirea pedepsei se ține seama de contribuția fiecăruia la săvârșirea infracțiunii, precum și de dispozițiile art. 72*. Pe cale de consecință, criteriul special – în materie de participație – al contribuției fiecărui participant (deci caracterul dispensabil ori indispensabil al actelor săvârșite) se ia în considerare numai în etapa individualizării judiciare a pedepsei alături de criteriile generale de individualizare, deci după stabilirea în concret a calităților participanților, iar nu anterior acestei etape<sup>45</sup>. O soluție contrară ne-ar conduce la imixtiunea unor instituții juridice de drept penal și la luarea în considerare a acestui criteriu special de două ori – o dată la determinarea calității participantului și a doua oară la individualizarea pedepsei – cu toate că legea prevede expres utilizarea lui doar în cadrul individualizării judiciare a pedepsei.

A considera persoana care imobilizează sau înfrânge rezistența victimei, în vederea creării cadrului necesar pentru ca celălalt infractor să o ucidă, drept un complice la infracțiunea de omor nu este deloc absurd. La urma urmei, contribuția pe care a avut-o fiecare inculpat la săvârșirea infracțiunii, se va reflecta după parcurgerea operațiunii de individualizare judiciară a pedepsei. Sistemul parificării pedepselor asigură instanței de judecată posibilitatea de a aplica tuturor participanților pedepse identice la nevoie<sup>46</sup>. Aceasta are facultatea de a aplica complicelui o pedeapsă chiar mai severă decât cea aplicată autorului, în funcție de împrejurările concrete în care s-a comis fapta<sup>47</sup>.

Ipotetic vorbind, în lipsa altor împrejurări concrete, în cazurile pe care le-am enumerat anterior cu titlu exemplificativ, suntem de părere că atât complicelui, cât și autorului ar trebui să le fie aplicate pedepse identice, sub aspect calitativ și cantitativ, tocmai pe considerentul caracterului indispensabil al actelor săvârșite de complice.

#### 4. Teoria actelor intermediare

Deși teoria actelor intermediare a fost dezvoltată în scopul unei mai bune delimitări a actelor de pregătire față de cele de executare, apreciem că o asemenea distincție este susceptibilă în egală măsură să atingă obiectivul pe care îl urmărim prin prezentul studiu. Soluția se explică prin prisma faptului că o persoană care se rezumă la exercitarea unor acte de pregătire ca o contribuție alături de actele de executare ale unei alte persoane, chiar în temeiul unei înțelegeri prealabile, nu va putea fi sancționată decât în măsura în care așa-zisele acte de pregătire pot fi calificate ca acte de înlesnire specifice unui complice. În schimb, dacă în urma aplicării teoriei pe care o analizăm se ajunge totuși la concluzia că actele întreprinse sunt de executare, în condițiile existenței unei legături subiective, cei doi infractori vor urma să răspundă penal în calitate de coautori la infracțiunea imputată.

Teoria actelor intermediare nu este străină de doctrina noastră penală, fiind abordată deja de unii autori<sup>48</sup>, dar are o sorginte germană și a apărut din necesitate, ca o reacție față de neajunsurile teoriilor subiective și obiective. În consecință, putem afirma că este tot o teorie mixtă, întrucât abordează problema din perspectiva atât a unei accepțiuni subiective, cât și obiective.

Așadar, potrivit *teoriei actelor intermediare* suntem în prezența unor acte de executare atât în cazul celor care se încadrează perfect în acțiunea sau inacțiunea descrisă de textul de incriminare, cât și în cazul celor care nu sunt consacrate expres de norma penală, dar sunt în legătură cu activitatea descrisă de lege, iar între acestea și actele tipice ale infracțiunii nu se interpun alte activități intermediare esențiale<sup>49</sup>.

Aplicarea acestei teorii în contextul spețelor pe care le-am analizat anterior, ne poate conduce la aceeași concluzie sus-menționată. Participarea la săvârșirea infracțiunii de omor, prin înfrângerea rezistenței victimei de către unul dintre coinculpați, urmată de uciderea aceleiași victime de către celălalt coinculpat, este în realitate un act de pregătire, iar nu unul efectiv de executare, deoarece între aceasta și decesul victimei se interpune activitatea de suprimare a vieții a celui din urmă participant. Într-un astfel de caz, primul acționează pentru punerea în executare a rezoluției infracționale a celui de-al doilea.

Situația nu este cu nimic mai diferită dacă la uciderea victimei ar fi participat un singur autor. Astfel, imobilizarea sau înfrângerea rezistenței victimei constituie un act de pregătire la infracțiunea de omor, dacă se intenționează în acest sens, iar uciderea efectivă sau alte acte întrebuintate nemijlocit în scopul atingerii obiectivului urmărit, reprezintă adevăratele acte de executare. Dacă victima reușește să evadeze din încercarea autorului de a o lipsi de libertate, acesta din urmă nu va putea răspunde pentru infracțiunea de omor, decât în circumstanțele excepționale în care privarea de libertate este modalitatea aleasă de infractor să ucidă victima, caz în care se poate discuta despre o tentativă la omor. Alături de cazul în care privarea de libertate constituie modalitatea aleasă de făptuitor pentru uciderea victimei, mai avem situația în care infractorul a început să comită acte de executare, spre exemplu prin îndreptarea armei de foc către victimă și indicarea acesteia să meargă către locul unde urmează să fie ucisă. În acest caz, privarea de libertate este absorbită de infracțiunea de omor. Despre situația în care lipsirea de libertate este modalitatea de săvârșire a infracțiunii de omor urmează să discutăm mai jos.

În consecință, dacă actele de imobilizare și ucidere sunt săvârșite de persoane diferite, raționamentul trebuie să rămână același, astfel că cel care o imobilizează nu poate fi decât complice. Aceasta mai ales în considerarea faptului că în materia participației operăm cu noțiunea de acte de înlesnire pentru activitatea menită să sprijine pe aceea susceptibilă să conducă la consumarea infracțiunii.

Dacă *in abstracto* lipsirea de libertate a victimei nu constituie un act de executare specific infracțiunii de omor, nu este mai puțin adevărat că *in concreto* pot exista totuși situații în care să constituie astfel de acte în considerarea aplicării teoriei actelor intermediare, ceea ce este și firesc. Să luăm două exemple pentru o mai bună înțelegere a problemei: dacă autorul lipsește de libertate victima și o transportă ulterior pe un munte pentru a fi ucisă datorită unei avalanșe pe care o va declanșa, până la momentul transportării acesteia pe munte săvârșește acte de pregătire. Dacă în schimb, aflându-se deja pe munte, îi face imposibilă deplasarea fizică atunci când vede că se declanșează o avalanșă, săvârșește acte de executare specifice infracțiunii de omor, deoarece între acestea și consumarea infracțiunii nu se interpun alte acte intermediare. Desigur, chiar în lipsa unei avalanșe se poate discuta despre existența unui act de executare, atunci când, aflându-se la altitudine mare și departe de civilizație, există pericolul ca lăsarea victimei pe munte să-i amenințe viața datorită instalării unei hipotermii sau datorită altor agenți traumatici fizici. Așa cum s-a subliniat în literatura de specialitate spaniolă<sup>50</sup>, este necesar ca între actul de executare săvârșit (în al doilea exemplu, adică privarea de libertate) și starea de pericol să nu treacă un interval prea mare de timp. Astfel, simpla imobilizare a victimei în speranța că se va produce o avalanșă, nu constituie în sine un act de executare specific infracțiunii de omor.

Dacă între actele acestuia și actele de executare tipice ale infracțiunii trebuie să intervină acte suplimentare, titularul nu este autor întrucât actele de pregătire nu se sancționează, iar în individualitatea lor nu pot duce la săvârșirea *nemijlocită* a faptei penale. Iar fără calitatea de autor, în caz de participație între două persoane, nu se mai poate reține coautoratul la infracțiunea în cauză.

---

\* Student în anul IV la Facultatea de Drept din cadrul Universității Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca; [borlan.ionut@yahoo.com](mailto:borlan.ionut@yahoo.com).

<sup>1</sup> V. Papadopol, *Delimitarea actelor de coautorat de cele de complicitate*, în *Justiția Nouă* nr. 7/1963, p. 67.

<sup>2</sup> H. H. Jescheck, T. Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general* (traducere din lb. germană), ed. a V-a, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 730 și urm. [autorii tratează forma coautoratului din perspectiva a două elemente: legătura subiectivă și executarea conjunctă a faptei].

<sup>3</sup> Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 2819/1982, în G. Bodoroncea, I. Nedelcu, I. Kuglay, L. V. Lefterache, I. M. Matei, F. Vasile, *Codul penal. Adnotat*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 40.

<sup>4</sup> H. Welzel, *Derecho penal. Parte general* (traducere din lb. germană), Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 114; S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, ed. a IX-a, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, p. 377 și urm.

<sup>5</sup> Preferăm utilizarea noțiunii de acte de executare specifice coautoratului, iar nu acte de coautorat, deoarece ne situăm cu analiza în cadrul elementului material. Considerăm că vom fi în prezența unor acte de coautorat, numai în măsura în care între participanții cu acte de executare există legătură subiectivă, întrucât noțiunea de acte de coautorat este dată de calitatea deținută de făptuitorii, iar lipsa elementului intelectual (adică legătura subiectivă), evident, face ca actele întrebunțate să nu fie de coautorat.

<sup>6</sup> C.S.J., secția penală, decizia nr. 454/1998, în *De la C.S.J. la I.C.C.J. Buletinul Jurisprudenței 1990-2003*, Ed. ALL Beck, București, 2004, p. 737; C.S.J., secția penală, decizia nr. 2724/2001, în *Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2001*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 193.



- <sup>7</sup> C.A. Cluj, secția penală, decizia nr. 41/A/2011, cu comentariu explicativ de Delia Purice, în Revista Română de Jurisprudență nr. 2/2011, p. 140.
- <sup>8</sup> C.S.J., secția penală, decizia nr. 2683/1996, în *Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1996*, Ed. Proema, Baia Mare, 1997, p. 152.
- <sup>9</sup> C. G. Rătescu, H. Asnavorian, I. I. Dolj, T. Pop, I. Gr. Periețeanu, M. I. Papadopolu, V. Dongoroz, N. Pavelescu, *Codul penal Carol al II-lea. Partea generală*, adnotat, vol. I, Ed. Librăriei SOCEC & CO, București, 1937, p. 283.
- <sup>10</sup> *Idem.*, p. 284.
- <sup>11</sup> H. Welzel, *op. cit.*, p. 114; H. H. Jescheck, T. Weigend, *op. cit.*, p. 699; V. Papadopol, *op. cit.*, p. 68.
- <sup>12</sup> V. Papadopol, *op. cit.*, p. 69.
- <sup>13</sup> Corespunzătoare laturii obiective descrise de textul de incriminare.
- <sup>14</sup> Trib. Suprem, colegiul penal, decizia nr. 437/1962, în Justiția Nouă nr. 2/1963, p. 136 și urm., respectiv în V. Papadopol, *op. cit.*, p. 74.
- <sup>15</sup> În acest sens, s-a stabilit că "săvârșirea împreună a infracțiunii nu înseamnă neapărat că fiecare participant săvârșește o acțiune care să reprezinte actul constitutiv al infracțiunii respective, cum ar fi la omor stingerea vieții, la leziuni corporale rănirea sau la furt luarea lucrului"; Trib. Suprem, colegiul penal, decizia nr. 618/1958, în CD 1958, p. 312.
- <sup>16</sup> Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 340/1971, în Revista Română de Drept nr. 12/1971, p. 155.
- <sup>17</sup> Trib. jud. Iași, secția penală, decizia nr. 1162/1972, în Revista Română de Drept nr. 1/1973, p. 167, respectiv în V. Papadopol, M. Popovici, *Repertoriu alfabetic de practică judiciară în materie penală pe anii 1969-1975*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977, p. 70; Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 71/1979, în CD 1979, p. 324, Revista Română de Drept nr. 7/1979, p. 64 și urm.; Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 1278/1976, în Revista Română de Drept nr. 11/1976, p. 64, respectiv în G. Antoniu, C. Bulai și colab., *Practica judiciară penală*, vol. I, Ed. Academiei, București, 1988, p. 85.
- <sup>18</sup> Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 1940/1980, în V. Papadopol, Șt. Daneș, *Repertoriu de practică judiciară în materie penală pe anii 1981-1985*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1989, p. 140.
- <sup>19</sup> Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 360/1979, în Revista Română de Drept nr. 10/1979, p. 66, respectiv în V. Papadopol, M. Popovici, *Repertoriu alfabetic de practică judiciară în materie penală pe anii 1976-1980*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1982, p. 52.
- <sup>20</sup> F. Desportes, F. le Gunhec, *Droit pénal général*, ed. a XVI-a, Ed. Economica, Paris, 2009, p. 536 și urm.
- <sup>21</sup> V. Dongoroz, *Drept penal* (reeditaarea ediției din 1939), Ed. Societății Tempus și Asociația Română de Științe Penale, București, 2000, p. 405.
- <sup>22</sup> *Idem.*, p. 406.
- <sup>23</sup> M. Basarab și colab., *Codul penal comentat. Partea generală*, vol. I, Ed. Hamangiu, 2007, p. 158.
- <sup>24</sup> Trib. Suprem, colegiul penal, decizia nr. 81/1964, în Vasiliu și colab., *op. cit.*, p. 156.
- <sup>25</sup> S. Soler, *Derecho penal argentino*, reactualizat, vol. II, Ed. TEA, Buenos Aires, 1992, p. 300.
- <sup>26</sup> C.S.J., secția penală, decizia nr. 1262/1997, în *De la C.S.J. la I.C.C.J. Buletinul Jurisprudenței 1990-2003*, *op. cit.*, p. 681.
- <sup>27</sup> V. Papadopol, *op. cit.*, p. 78.
- <sup>28</sup> S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 405.
- <sup>29</sup> I. Pascu, *Drept penal. Partea generală*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 201; L. V. Lefterache, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 461; V. Dongoroz și colab., *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. I, Ed. Academiei, București, 1969, p. 192 și urm.; M. Basarab, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 103 și urm.; C. Mitrache, C. Mitrache, *op. cit.*, p. 316; C. Bulai, *op. cit.*, p. 436 și urm.; T. Vasiliu și colab., *op. cit.*, p. 159 și urm.; Aceeași a fost soluția acceptată și de unii autori pe fondul noului Cod penal, unde coautoratul

este reglementat expres. A se vedea I. Pascu și colab., *Noul Cod penal comentat*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 334.

- <sup>30</sup> Există autori care argumentează în favoarea ideii exprimate de teoria actelor indispensabile, în timp ce anterior și-au exprimat opinia în sensul că “fiecare coautor fiind un autor, poziția lui juridică este cea stabilită de lege penală pentru autor, adică pentru cel care a contribuit în mod nemijlocit la săvârșirea faptei”. A se vedea V. Dongoroz și colab., *op. cit.*, p. 192 și urm. Ne întrebăm: din moment ce se admite că la urma urmei coautorul are aceeași poziție juridică a autorului, cum se mai poate susține că persoana care imobilizează victima pentru ca alta să îi cauzeze vătămări corporale are calitatea de coautor? Autorul contribuie nemijlocit la săvârșirea faptei, săvârșind o faptă tipică, iar coautorul procedează la fel, dar în colaborare intelectuală (subiectivă) cu un alt coautor.
- <sup>31</sup> V. Papadopol, *op. cit.*, p. 74.
- <sup>32</sup> CA Cluj, secția penală, decizia nr. 335/2000, în *CA Cluj. Buletinul Jurisprudenței. Culegere de practică judiciară 2000*, vol. II, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 249.
- <sup>33</sup> C.S.J., secția penală, decizia nr. 5478/2001, în *Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2001*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 145.
- <sup>34</sup> Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 2819/1982, în G. Bodoroncea, I. Nedelcu, I. Kuglay, L. V. Lefterache, I. M. Matei, F. Vasile, *op. cit.*, p. 40.
- <sup>35</sup> O asemenea delimitare prezintă o importanță deosebită pentru studiul nostru, deoarece în măsura în care putem determina că anumiți coautori au săvârșit acte de executare, aceștia vor urma să răspundă în calitate de coautori, iar dacă, din contră, unul dintre ei a săvârșit acte de pregătire pentru ca celălalt să comită infracțiunea, va putea avea calitatea de complice dacă actele pot fi considerate ca fiind de înlesnire, de ajutorare în orice mod.
- <sup>36</sup> F. Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 614.
- <sup>37</sup> Natura obiectului vulnerant, numărul și intensitatea loviturilor aplicate, regiunea corpului care a fost vizată și care a fost lezată, consecințele cauzate, precum și altele. A se vedea S. Bogdan, *op. cit.*, p. 25.
- <sup>38</sup> *Idem*, p. 608.
- <sup>39</sup> Același este și cazul instigatorului care participă cu acte de determinare la săvârșirea unei infracțiuni a autorului/ coautorilor, iar între aceștia există legătură subiectivă.
- <sup>40</sup> În același sens G. Antoniu, *Participația penală. Studiu de drept comparat*, în *Revista de Drept Penal* nr. 3/2000, p. 15.
- <sup>41</sup> V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 406.
- <sup>42</sup> M. Udrioiu, *Drept penal. Partea generală. Partea specială*, Ed. C.H.Beck, București, 2011, p. 320.
- <sup>43</sup> *Idem*, p. 54.
- <sup>44</sup> În același sens S. Bogdan, *Drept penal. Partea specială*, ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 170.
- <sup>45</sup> Pentru mai multe detalii privind modul de funcționare a criteriului contribuției în materie de participație a se vedea Gh. Ivan, *Individualizarea pedepsei*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 248.
- <sup>46</sup> Pe partea cealaltă, sistemul diversificării pedepselor își are meritul de a consacra o diferență calitativă și cantitativă dintre participanți, astfel că actele prin care contribuie un complice la săvârșirea faptei sunt mult inferioare celor ale autorului; a se vedea Șt. Daneș, V. Papadopol, *Individualizarea judiciară a pedepselor*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1985, p. 280.
- <sup>47</sup> Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 7313/1970, în V. Papadopol, M. Popovici, *Repertoriu alfabetic de practică judiciară în materie penală pe anii 1969-1975, precit.*, p. 83.
- <sup>48</sup> F. Streteanu, *op. cit.*, p. 613.
- <sup>49</sup> În același sens, F. Streteanu, *op. cit.*, p. 613; H.H. Jescheck, T. Weigend, *op. cit.*, p. 558; S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 355.
- <sup>50</sup> S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 355.

## **ARTICOLE**

### **ELEMENTE DE NOUȚATE PRIVIND REGLEMENTAREA CĂILOR DE ATAC ÎN NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ ȘI LEGEA DE DEGREVARE A INSTANȚELOR<sup>1</sup>. (I) CĂI DE ATAC GENERALE ȘI SPECIALE. DISPOZIȚII GENERALE. CĂILE DE ATAC DE REFORMARE**

Andrea Annamaria CHIȘ\*

**Abstract:** *Novelties Regarding the Remedies in the New Romanian Civil Procedure Code and in the Law Relieving Courts of Certain Burdens General and Special Remedies. (I) General and Special Remedies. General provisions. The appeal and the Final Appeal. The new Romanian Civil Procedure Code, recently entered in force, regulates new remedies and also contains new and different provisions regarding remedies that already existed in the former Civil Procedure Code. Although many studies have been written on this topic, the aim of this one is to shed light on some certain aspects that have not been raised before, such as the possibility of abusive use of certain provisions regarding the principle of the uniqueness of the right to use an appeal, the uselessness of the appeal omisso medio, and some possible mistakes when regulating the final appeal before the High Court of Cassation and Justice. A comparative examination explaining the transitory provisions regarding the procedures of appeal and final appeal contained by the Civil Procedure Code and by the Law Relieving Courts of Certain Burdens is also contained herein.*

**Cuvinte cheie:** noul Cod de procedură civilă, căi de atac, apel, recurs, recursul nemijlocit, legalitatea căii de atac, unicitatea căii de atac.

**Keywords:** the new Civil Procedure Code, remedies, appeal, final appeal, appeal omisso medio, the legality of the appeal, the uniqueness of the right to use an appeal.

#### ***Preambul***

Despre căile de atac reglementate de noul Cod de procedură civilă<sup>2</sup>, au fost publicate deja numeroase studii, motiv pentru care, în cele ce urmează, nu ne-am propus să dezbatem pe larg problematica acestei instituții și nici să reluăm ceea ce s-a scris deja, ci doar să răspundem unor întrebări care nu au fost enunțate până acum, dar vor ridica probleme practicienilor dreptului (și nu numai) într-un viitor nu foarte îndepărtat.

## 1. Calificarea și clasificarea căilor de atac

Noul Cod de procedură civilă reglementează căile de atac în Titlul II (Căile de atac) din Cartea a II-a (Procedura contencioasă), folosind, în art. 456, clasificarea raportată la condițiile de exercitare ale acestora<sup>3</sup>, în căi de atac ordinare și extraordinare, indicând singura cale de atac ordinară ca fiind apelul și căile de atac extraordinare ca fiind recursul, contestația în anulare și revizuirea.

Așa cum bine a sesizat doctrina, în afara acestor căi de atac, există și altele, reglementate fie în Codul de procedură civilă, fie în legi speciale, propunându-se identificarea lor terminologică, raportat la acest criteriu, în căi de atac „numite” ca atare și „nenumite” ca atare<sup>4</sup>. În ceea ce ne privește, dacă ar fi să identificăm aceste două categorii de căi de atac, le-am denumi *generale* sau *comune*, pe cele cuprinse în titlul dedicat căilor de atac și *speciale*, pe cele din textele speciale ale codului sau ale legilor speciale.

## 2. Căi de atac speciale

Nu dorim să analizăm, în acest spațiu, toate căile de atac speciale din noul cod, ci doar pe cele nou introduse sau cele care au dobândit valențe noi în noua reglementare.

### 2.1. Cererea de reexaminare

#### 2.1.1. Cererea de reexaminare a amenzii judiciare

Cererea de reexaminare era cunoscută și în reglementarea cuprinsă în codul anterior (este vorba despre art. 108<sup>5</sup>), fiind considerată de unii doctrinari o cale de atac de retractare<sup>6</sup>, în timp ce alții au contestat această calificare juridică, apreciind că „o asemenea măsură nu este specifică exercițiului unei căi de atac, ci constituie un act de apreciere destinat a ușura situația persoanei obligate la amendă”<sup>7</sup>. O asemenea discuție pe marginea calificării juridice era posibilă datorită modului în care era formulat textul de lege ce reglementa completul căruia îi revenea spre soluționare cererea, fiind vorba chiar de completul care a aplicat măsura. Era o simplă *măsură de administrare judiciară*, prin care completul care a aplicat sancțiunea prevăzută de lege (tot măsură de administrare judiciară) putea reveni asupra ei, ca urmare a invocării de către cel căruia i-a fost aplicată măsura a unor împrejurări pe care instanța nu le-a avut în vedere la momentul luării ei, chiar dacă aceste împrejurări îi sunt aduse la cunoștință doar prin cererea de reexaminare, cum ar fi motivele pentru care expertul nu a depus

la dosar în termenul stabilit de instanță raportul de expertiză, martorul nu s-a putut prezenta în fața instanței etc. Faptul că era soluționată de același complet de judecată prezenta avantajul că acesta cunoștea dosarul și motivul pentru care aplicase amenda, de regulă, acesta referindu-se la modul în care participanții din proces și-au îndeplinit atribuțiile legate de bunul mers al acestuia. Uneori, însă, completul era pus în situația de a reveni asupra unei măsuri ce implica o reapreciere a stării de fapt avută în vedere la luarea măsurii, neschimbată la momentul soluționării cererii de reexaminare, cum ar fi cea în care a aplicat amenda pentru introducerea unei cereri vădit netemeinice [art. 108<sup>1</sup> pct. 1 lit. b)], bunăoară, a unei căi extraordinare de atac de retractare formulată în mod repetat. Este greu de imaginat cum ar mai fi putut reveni asupra soluției în această situație, cel puțin în sensul diminuării amenzii și ce motive pe care nu le-a avut în vedere ar putea invoca partea pentru a-i da această posibilitate.

Cererea de reexaminare a amenzii dobândește, însă, o reglementare diferită în noul cod, ce prevede, în art. 191 alin. (3), că aceasta se soluționează cu citarea părților, de *un alt complet* al aceleiași instanțe, ceea ce aduce a *cale de atac de retractare*, înlăturând deficiențele semnalate în reglementarea anterioară<sup>8</sup>.

Este adevărat că, în art. 465 NCPC, privind măsurile de administrare judiciară, se arată că acestea nu pot constitui obiectul unor căi de atac<sup>9</sup>, iar aplicarea unei amenzi judiciare este o măsură de administrare judiciară. Această dispoziție poate fi interpretată fie în sensul că se referă la căile de atac generale<sup>10</sup>, fie în sensul că dispoziția cuprinsă în hotărârea prin care se soluționează cererea de reexaminare a amenzii judiciare este, la rândul ei, o măsură de administrare judiciară, deși este soluționată de un alt complet al aceleiași instanțe.

### **2.1.2. Cererea de reexaminare a încheierii de anulare a cererii de chemare în judecată sau a cererii reconvenționale**

Calificarea juridică de *cale de atac de retractare* este incontestabilă în ceea ce privește încheierea prin care este anulată cererea de chemare în judecată în procedura de verificare și regularizare prevăzută de art. 200 NCPC. Astfel, încheierea prin care a fost anulată cererea de chemare în judecată, în camera de consiliu, fără citarea reclamantului<sup>11</sup>, pentru că acesta nu a îndeplinit cerințele prevăzute de art. 194-197 NCPC în termenul de 10 zile ce i s-a acordat în acest scop, poate fi atacată de acesta cu cerere de reexaminare, prin care solicită instanței, motivat, să revină asupra măsurii [alin. (3)], în termen de 15 zile de la comunicare [alin. (4)], cererea soluționându-se prin încheiere definitivă, dată în camera de consiliu, cu citarea părților, de *un alt complet al instanței respective*, desemnat prin repartizare aleatorie [alin. (5)].

Procedura de verificare și regularizare a cererii de chemare în judecată se aplică și cererii reconvenționale, care poate fi formulată în termenul în care poate fi depusă întâmpinarea sau până la primul termen de judecată, atunci când aceasta nu este obligatorie [art. 209 alin. (4)]. Textul art. 209 alin. (5) teza finală face referire expresă la aplicarea dispozițiilor art.201, iar acesta prevede, în alin. (1), că cererea (de chemare în judecată) se comunică după ce se constată că îndeplinește condițiile prevăzute de lege<sup>12</sup>. Un argument în plus ar fi acela că, potrivit art. 209 alin. (2) NCPC, prin cererea reconvențională, pot fi atrase în proces și alte persoane decât reclamantul, în calitate de pârâți, or, unui astfel de pârât, trebuie să i se aplice procedura regularizării cererii de chemare în judecată ca în cazul celui care este pârât în cererea principală.

De remarcat că, în ceea ce privește cererile de intervenție voluntară sau forțată a terților în proces, nu există un astfel de text de trimitere, astfel că procedura de regularizare specifică cererii de chemare în judecată nu se aplică și acestora. Noul cod extinde procedura de admitere în principiu, prevăzută de art. 64, la toate aceste cereri, iar, conform art. 64 alin. (4) NCPC, încheierea de respingere a cererii de admitere în principiu poate fi atacată separat cu apel sau recurs (după cum este dată de prima instanță sau de instanța de apel). Credem că respingerea se poate datora și neîndeplinirii unor condiții formale ale cererii, în cazul acestor categorii de cereri nefiind aplicabile dispozițiile art. 200 NCPC privind verificarea și regularizarea cererii anterior comunicării celorlalte părți, întrucât dispozițiile respective se referă doar la cererea de chemare în judecată, care este actul de sesizare a instanței și care nu se comunică pârâtului sau pârâților decât dacă îndeplinește condițiile de formă prevăzute de lege și este legal timbrată, altminteri, cauza nu se pune pe rol decât în vederea anulării, într-o procedură necontencioasă în această fază. În cazul cererilor de intervenție, este posibil să fi fost deja fixat termen de judecată într-o procedură contencioasă (cererile de intervenție voluntară putând fi formulate până la închiderea dezbaterilor în fond, iar cele de intervenție forțată aflate la dispoziția reclamantului pot fi formulate de acesta până la același moment procesual), astfel că nu se pune problema acordării unui termen în camera de consiliu, anterior primului termen de judecată, cu citarea doar a intervenientului voluntar sau a celui care a formulat cererea de intervenție forțată și necomunicării cererii informale sau netimbrate până la regularizarea acesteia. Este adevărat că, în cazul pârâtului, acestea se depun în termenul în care poate fi formulată întâmpinarea sau la primul termen de judecată, atunci când aceasta nu este obligatorie, ceea ce, teoretic, ar permite realizarea procedurii de regularizare exact ca în cazul cererii reconvenționale, însă nu se poate aplica o procedură distinctă în funcție de cel care formulează o astfel de cerere și, așa cum am arătat deja, în cazul cererilor de intervenție, nu există un text de trimitere ca cel din art. 209 alin. (5).

De aceea, în condițiile în care cererea de chemare în judecată informală sau netimbrată se anulează prin încheiere ce poate fi atacată prin cerere de reexaminare, încheierea de respingere ca inadmisibilă a cererii de intervenție (voluntară sau forțată) *ar trebui să poată fi atacată cu aceeași cale de atac* de retractare și nu cu una de reformare ori amândouă ar trebui să poată fi atacate cu o cale de atac de reformare<sup>13</sup>.

Oricum, similitudinea de situații dovedește *natura juridică identică a cererii de reexaminare* formulată împotriva încheierii de anulare a cererii de chemare în judecată *cu apelul sau recursul* exercitat împotriva încheierii prin care a fost respinsă ca inadmisibilă cererea de intervenție voluntară sau forțată.

În fine, se mai impune o observație. Dacă s-ar aprecia că cererea de reexaminare ar trebui să aibă o *calificare juridică distinctă* după cum aceasta se referă la regularizarea cererii de chemare în judecată sau la măsura administrativă a aplicării amenizii judiciare, credem că folosirea aceleiași terminologii este una nefericită.

## **2.2. Contestația privind tergiversarea procesului<sup>14</sup>**

Această instituție se bucură de o reglementare distinctă de căile de atac, în Titlul IV, dedicat ei, art. 522-525, din Cartea a II-a (Procedura necontencioasă), punându-se problema dacă este o măsură de administrare judiciară exceptată de la exercitarea căilor de atac, în sensul art. 465 NCPC sau o cale de atac specială.

Apreciem că este vorba despre o măsură de administrare judiciară, întrucât se solicită instanței să dispună măsurile procedurale prevăzute de lege pentru respectarea termenului optim și previzibil de soluționare a cauzei (art. 522 NCPC), estimat la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate (conform art. 238 NCPC) și ea este soluționată chiar de completul de judecată investit cu soluționarea cauzei<sup>15</sup>. Încheierea prin care se respinge cererea este susceptibilă *plângere*, care este de competența instanței ierarhic superioare, cu excepția încheierilor pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție<sup>16</sup>, care se soluționează de un alt complet al aceleiași instanțe [art. 524 alin. (5) NCPC]. În toate situațiile, completul care soluționează plângerea este compus din 3 judecători [art. 525 alin. (1) NCPC].

Alineatul ultim al art. 525 prevede că instanța (completul, în cazul ÎCCJ) care soluționează plângerea nu poate da îndrumări care să anticipeze soluția, limitând puterea de apreciere a judecătorului cauzei, însă aceasta nu exclude calificarea plângerii ca fiind o cale de atac (de reformare sau de retractare, după cum încheierea a fost pronunțată de ÎCCJ sau o altă instanță), cu un obiect restrâns la modul în care instanța a aplicat măsurile de administrare judiciară privind soluționarea cauzei în termen optim și previzibil.

Oricum, credem că plângerea ar trebui să primească *aceeași calificare juridică ca și cererea de reexaminare a amenzii judiciare*, pentru că, în ambele situații, este censurat modul în care instanța a dispus măsuri de administrare judiciară (fie aplicând o amendă, fie refuzând aplicarea ei<sup>17</sup>).

### **3. Dispoziții generale privind căile de atac**

Noul cod consacră un capitol dispozițiilor generale privind căile de atac. Este vorba despre Capitolul I (Dispoziții generale) din Titlul II (Căile de atac) al Cărții a II-a (Procedura contencioasă), art. 456-465.

Nu este vorba doar despre introducerea în cod a unor chestiuni tranșate de doctrină și jurisprudență, ci și de soluționarea diferită a aplicării unor *principii privind căile de atac și partea din hotărâre care poate fi atacată*. Numai asupra unor probleme ridicate de acestea din urmă dorim să ne aplecăm în cele ce urmează.

#### **3.1. Legalitatea căii de atac**

##### **3.1.1. Sediul materiei**

Textul art. 457 NCPC privind legalitatea căii de atac<sup>18</sup> trebuie coroborat cu cel al art. 466 alin. (2) și (3) NCPC<sup>19</sup>, privind obiectul apelului (principal) și greșita calificare a hotărârii ca fiind dată în ultimă instanță, deși a fost în primă instanță sau invers.

Astfel, art. 457 rezolvă o mai veche dilemă jurisprudențială pentru situațiile în care, în hotărârea judecătorească, este indicată o cale de atac greșită, mențiune care ar putea atrage sancțiuni împotriva părții, cum ar fi situația în care s-a trecut apel în loc de recurs, consecința fiind cunoscută în caz de nemotivare.

În practică, judecătorul căii de atac era pus în fața unei situații dificile atunci când calificarea ei raportată la calificarea acțiunii nu era una univocă, fiind greu de aplicat principiul legalității și să fie sancționată partea care a declarat calea de atac indicată în dispozitivul hotărârii, atunci când chiar judecătorul a greșit în calificarea ei, fără să fie vorba despre o eroare materială. De regulă, remediul practic găsit era repunerea în termenul de motivare a căii de atac, atunci când, în hotărârea atacată, calea de atac indicată era recursul, iar, în realitate, era vorba despre apel<sup>20</sup>.

##### **3.1.2. Eroare materială versus greșita calificare a căii de atac, soluții posibile**

Doctrina a ridicat deja problema distincției între situația în care calea de atac este trecută greșit dintr-o simplă *eroare materială* sau este una ce ține de calificarea (greșită a) cererii<sup>21</sup>, opinându-se că, în ambele situații, *partea trebuie să exercite calea*



de atac indicată în hotărârea judecătorească. Suntem de acord cu această opinie, însă putem să ne imaginăm situația în care partea formulează o cerere de îndreptare a erorii materiale (textul art. 442 NCPD nefiind unul limitativ și vorbind despre orice fel de erori materiale cuprinse în hotărâre) pe baza minutei, cerere soluționată până la data redactării și comunicării hotărârii, situație în care nu se mai impune aplicarea rigidă a textului art. 457 NCPD, putându-se exercita *calea de atac corect indicată în încheierea de îndreptare a erorii materiale*. De asemenea, dacă termenul pentru exercitarea căii de atac ar curge de la pronunțare, partea interesată ar putea declara atât calea de atac din hotărâre, cât și cea prevăzută de lege, formulând, în paralel, cererea de îndreptare a erorii materiale, care se poate soluționa anterior comunicării hotărârii motivate, renunțând, ulterior, la calea de atac greșit indicată în hotărâre, în condițiile art. 404 NCPD.

### **3.1.3. Care este partea repusă în termenul de exercitare a căii de atac prevăzută de lege?**

Textul art. 457 alin. (3) NCPD prevede că instanța de control judiciar va respinge ca inadmisibilă calea de atac exercitată de parte conform mențiunii din dispozitivul hotărârii atacate. Respingând ca inadmisibilă această cale de atac, trebuie să indice, *în considerente*, dacă hotărârea nu era susceptibilă de exercițiul vreunei căi de atac sau care este calea de atac prevăzută de lege (în opinia ei). Hotărârea va fi comunicată tuturor părților care au luat parte la judecata în care s-a pronunțat hotărârea atacată, spune textul, iar, de la data comunicării, începe să curgă, dacă este cazul, termenul pentru exercitarea căii de atac prevăzută de lege.

Întrebarea care se ridică legitim este dacă toate părțile care au luat parte la judecata în care s-a pronunțat hotărârea atacată sunt repuse în termenul de exercitare a căii de atac prevăzută de lege sau doar partea sau doar acelea dintre ele care au declarat calea de atac inadmisibilă.

Credem că *toate părțile sunt repuse în termen*. Argumentele care să susțină această părere ar fi două, unul rezultând din textul invocat și altul din reglementarea de ansamblu a căilor de atac.

Astfel, textul alin. (3) al art. 547 prevede expres că hotărârea se comunică *tuturor părților care au luat parte la judecata în care s-a pronunțat hotărârea atacată*. O astfel de prevedere *specială* nu ar avea sens, față de cea *generală* cuprinsă în art. 427 alin. (1) NCPD privind comunicarea hotărârii, care stabilește că se comunică inclusiv hotărârea definitivă, decât dacă se apreciază că ea reflectă intenția legiuitorului de a *repune în termen toate părțile care au luat parte la judecata în care s-a pronunțat hotărârea atacată*, chiar dacă nu toate au fost părți și în calea de atac.

Din reglementarea de ansamblu a căilor de atac, rezultă că o astfel de interpretare este necesară și pentru a proteja alte principii reglementate de noul cod, cum ar fi cel al dreptului la apărare (art. 13 NCPC). Bunăoară, recursul, potrivit art. 83 alin. (2) și art. 84 alin. (2) NCPC, poate fi declarat, motivat și susținut doar de un avocat sau consilier juridic ce reprezintă partea (cu excepția situațiilor în care partea sau mandatarul soț sau rudă până la gradul al doilea inclusiv este licențiată în drept), sub sancțiunea nulității. Dacă această cale de atac a fost greșit indicată în hotărârea primei instanțe, cea prevăzută de lege fiind apelul, putem vorbi de o vătămare a intereselor părții care nu a declarat cale de atac din cauza condițiilor suplimentare impuse de textul de lege. Este adevărat că, în exemplul dat, s-ar putea susține că partea putea beneficia de ajutor public judiciar în situația în care nu avea mijloacele materiale necesare pentru a angaja un avocat. În realitate, pot exista situații în care partea dispune de astfel de mijloace, însă costurile procesului i se par exorbitante raportat la beneficiul pe care l-ar putea obține prin exercitarea căii de atac.

**3.1.4. Este susceptibilă de cale de atac hotărârea care a respins ca inadmisibilă calea de atac greșit indicată în dispozitivul hotărârii judecătorești?**

Credem că răspunsul la această întrebare trebuie nuanțat de la caz la caz.

a) Astfel, să luăm ca exemplu, cazul hotărârii primei instanțe prin care se constată *renunțarea la judecată*, iar în dispozitiv se trece calea de atac a apelului în loc de cea a recursului, prevăzută de art. 406 alin. (6) NCPC și, prin decizia pronunțată, instanța de control judiciar respinge apelul ca inadmisibil, constatând că, de fapt, calea de atac era recursul.

Este vreo deosebire între situația în care prima instanță este judecătoria și aceea în care aceasta este tribunalul, iar litigiul, de exemplu, este unul patrimonial și a cărui valoare face ca hotărârea pronunțată în apel de curtea de apel să fie susceptibilă de recurs la ÎCCJ (conform art. 483 NCPC și art. XVIII din Legea nr. 2/2013)?

În prima situație, răspunsul este negativ, o hotărâre nesusceptibilă de a ajunge în recurs la curtea de apel<sup>22</sup>, fiind de competența în prima instanță a judecătoriei, neputând fi atacată cu recurs doar pentru că a fost greșit calificată calea de atac. Aceasta deoarece, oricum, indiferent că această cale de atac era apel sau recurs, litigiul se oprea la tribunal<sup>23</sup> [dacă legea nu prevede altfel, cum ar fi cazul încheierii de respingere a cererii de intervenție principală în apel, care este susceptibilă de recurs distinct, conform art. 64 alin. (4) NCPC, chiar dacă decizia pronunțată în apel nu ar mai fi susceptibilă de recurs]. Dacă, însă, hotărârea a fost pronunțată de tribunal într-un litigiu patrimonial cu valoare de peste 1.000.000 lei, indicându-se greșit calea de atac

la renunțarea la judecată ca fiind apelul, răspunsul nu mai este atât de simplu. Un posibil răspuns ar fi că, în condițiile în care curtea s-a pronunțat în apel (chiar respins ca inadmisibil), calea de atac împotriva hotărârii nedepinzând (în această situație, în lipsa unui text special<sup>24</sup>) de soluționarea pe fond sau pe excepție, rămâne deschisă calea recursului. Au vreo relevanță dispozițiile art. 466 alin. (3) NCPC, potrivit cărora hotărârile pronunțate în ultimă instanță rămân neapelabile, chiar dacă, în hotărâre, s-a arătat că au fost pronunțate în primă instanță? Credem că acestea trebuie coroborate cu textul privind legalitatea căii de atac, astfel că, oricât ar părea de greu de digerat și absurd, rămâne să fie epuizate căile de atac în funcție de calificarea inițială, chiar greșită (pentru că hotărârea definitivă stabilește, până la urmă, ce este greșit) și chiar dacă aceasta ar prelunge nejustificat procesul.

b) Dacă într-un litigiu patrimonial de competența în primă instanță a judecătorei, se indică în dispozitivul hotărârii calea de atac ca fiind recursul în loc de apel, decizia tribunalului de respingere ca inadmisibilă a căii de atac (și indicare a celei corecte) nu este susceptibilă de recurs, pentru că este dată în recurs și pentru că, oricum, decizia pe care ar fi pronunțat-o tribunalul în apel, potrivit legii, nu ar fi fost susceptibilă de recurs. Dacă același lucru s-ar întâmpla într-un litigiu patrimonial în valoare de peste 1.000.000 lei, de competența în primă instanță a tribunalului, hotărârea curții de apel pronunțată în apel ar fi susceptibilă de recurs. În condițiile în care, însă, în dispozitivul hotărârii primei instanțe, a fost trecută greșit calea de atac a recursului, decizia de respingere a recursului ca inadmisibil este definitivă, nefiind susceptibilă de recurs, întrucât este pronunțată în recurs.

c) O situație mai puțin probabilă, dar posibilă este aceea în care calea de atac este una de retractare, cum ar fi cererea de reexaminare a anulării cererii de chemare în judecată sau a cererii reconvenționale, în procedura regularizării, iar, în dispozitivul încheierii, se trece calea de atac a apelului sau recursului. Credem că rațiunile deja expuse sunt aplicabile, în funcție de distincțiile arătate.

d) În fine, o altă situație posibilă ar fi aceea în care, în cazul respingerii ca inadmisibilă a cererii de intervenție în procedura încuviințării în principiu [art. 64 alin. (3) NCPC], în dispozitivul încheierii, se trece calea de atac a cererii de reexaminare (ca în cazul regularizării cererii de chemare în judecată), în loc de apel sau recurs, după distincțiile arătate în textul de lege. Hotărârea de respingere a căii de atac ca inadmisibilă este definitivă, deci nesuscetibilă de recurs în ambele situații, pentru că hotărârea pronunțată asupra cererii de reexaminare este definitivă.

### **3.1.5. Ce înțelege noul cod prin hotărâre pronunțată în ultimă instanță?**

În interpretarea dată de doctrină unor texte din vechiul Cod de procedură civilă<sup>25</sup>, prin hotărâri pronunțate în *ultimă instanță* se înțelegea, raportat la dispozițiile art. 1 pct. 2, referitoare la litigiile de competența materială procesuală a judecătoriei și ale art. 282<sup>1</sup> alin. 2, referitoare la obiectul recursului în cazul hotărârilor nesuscetibile de apel, hotărârile asupra plângerilor împotriva hotărârilor autorităților administrației publice cu activitate jurisdicțională și ale altor organe cu astfel de activitate, în cazurile prevăzute de lege. Așa cum am arătat deja, terminologia de *ultimă instanță* nu era una legală, ea aparținea doctrinei<sup>26</sup>, prin astfel de hotărâri înțelegându-se cele pronunțate de judecătorii, atunci când exercitau controlul judecătoresc cu privire la hotărâri ale altor organe cu activitate jurisdicțională. Aceste hotărâri ale judecătoriei nu erau susceptibile de apel, dar puteau fi atacate *cu recurs*.

Terminologia propusă de doctrină *nu a fost însușită de legiuitor*, ca dovadă introducerea art. 1<sup>1</sup> în textul art. 1 CPC și al alineatului (1<sup>1</sup>) în textul art. 299 CPC, prin Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea judecăților<sup>27</sup>, prin care reglementa competența judecătoriei de a soluționa în *primă și ultimă instanță* litigiile având ca obiect sume de bani până la 2000 lei inclusiv, prin aceasta înțelegând că judecătorii, în astfel de litigii, pronunța o hotărâre judecătorească care nu mai era susceptibilă de vreo cale de atac de reformare, deci nici de recurs în baza art. 282<sup>1</sup> CPC. Acesta a și fost motivul pentru care textul a fost declarat neconstituțional prin Decizia nr. 967 din 20 noiembrie 2012 a Curții Constituționale<sup>28</sup>, apreciindu-se că imposibilitatea exercitării oricărei căi de atac de către părțile unui proces, determinată de un criteriu subiectiv, de natură pecuniară, legat de valoarea obiectului cauzei deduse judecății, este de natură să împiedice aplicarea efectivă a principiilor constituționale ale egalității în drepturi, în general, și egalității în fața justiției, în special, cuprinse în art. 16 alin. (1) și (2) și art. 124 alin. (2) din Legea fundamentală și că semnificația sintagmei "în condițiile legii", cuprinsă în dispozițiile art. 129 din Constituție, se referă la condițiile procedurale de exercitare a căilor de atac și nu are în vedere imposibilitatea exercitării oricărei căi de atac împotriva hotărârilor judecătorești prin care se soluționează fondul cauzei.

Așadar, în concepția legiuitorului, *hotărâre pronunțată în ultimă instanță era cea nesuscetibilă de o cale de atac de reformare*.

În lumina noului cod, hotărârile pronunțate de judecătorii într-o cale de atac împotriva hotărârilor administrației publice cu activitate jurisdicțională și ale altor organe cu astfel de activitate și care sunt de competența lor doar în cazurile expres

prevăzute de lege, conform art. 94 pct. 3 NCPC, sunt susceptibile doar de apel la tribunal, conform art. 95 pct. 2 NCPC și art. 7 alin. (2) din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă<sup>29</sup>. Așadar, prin acestea, nu mai putem înțelege hotărâri pronunțate în ultimă instanță, întrucât acestea nu ar putea constitui obiect al apelului, conform art. 466 alin. (2) și (3) NCPC.

Față de textele art. 466 alin. (2) și (3) NCPC, hotărârile pronunțate în ultimă instanță sunt cele care *nu sunt susceptibile de apel, fără, însă, a fi neapărat susceptibile de recurs*. Astfel de hotărâri sunt cele pronunțate în cererea de reexaminare a încheierii de anulare a cererii de chemare în judecată în procedura de regularizare și în alte căi de atac speciale. Tot hotărâri pronunțate în ultimă instanță sunt și cele care *sunt susceptibile numai de recurs*, cum sunt cele prin care se ia constată renunțarea la judecată [art. 406 alin. (6) NCPC ], se respinge cererea ca urmare a renunțării la dreptul subiectiv dedus judecății [art. 410 NCPC], cele date în baza recunoașterii pretențiilor [art. 437 alin. (1) NCPC] etc.

### 3.2. Unicitatea căii de atac

Nu intenționăm să dezbatem întreaga problematică a textului art. 460 NCPC referitor la unicitatea căii de atac<sup>30</sup>, pentru că acest text a fost analizat deja<sup>31</sup> și, așa cum rezultă din studiile publicate, nu suscită prea multe probleme.

Dorim doar să mai ridicăm o întrebare raportat la textul alin. (3), care reglementează calea de atac împotriva unei hotărâri prin care au fost soluționate *mai multe cereri principale sau incidentale*, unele susceptibile de apel, iar altele de recurs, soluția legiuitorului fiind aceea ca, în acest caz, întreaga hotărâre să fie supusă apelului, iar cea pronunțată în apel recursului, în termenele generale pentru exercitarea acestor căi de atac, conform alineatului ultim al aceluiași articol, adică 30 de zile [art. 468 alin. (1), art. 485 (alin. 1) NCPC].

Întrebarea este dacă acest text permite părții interesate să câștige o cale de atac, renunțând la judecata unei cereri principale sau incidentale făcută formal doar în acest scop sau chiar la dreptul subiectiv, despre care, oricum știa că nu există, afirmându-l doar în fața instanței. Cu alte cuvinte, dacă ar fi să luăm un exemplu, reclamantul cere, în principal, executarea unei obligații născute din contract, în subsidiar, anularea acestuia (deși știe că acest capăt de cerere nu este întemeiat) și repunerea părților în situația anterioară sau pârâțul formulează o cerere reconvențională la acțiunea principală privind executarea unei obligații contractuale, solicitând constatarea nulității sau anularea contractului (deși cunoaște de la bun început că motivul de nulitate invocat este nefondat). În caz de renunțare la judecarea capătului subsidiar

de cerere sau la cererea reconvențională ori chiar la dreptul subiectiv [caz în care hotărârea este susceptibilă doar de recurs, cu excepția celei pronunțată de ÎCCJ, care este definitivă, în situația renunțării la judecată – art. 406 alin. (6) NCPC, iar, în ipoteza renunțării la dreptul subiectiv, conform art. 410 NCPC, hotărârea este supusă recursului chiar și atunci când renunțarea la drept se are loc în fața ÎCCJ, în acest din urmă caz recursul fiind soluționat de completul de 5 judecători] s-ar putea obține o cale de atac în plus și, mai ales, s-ar putea alege instanța care să pronunțe hotărârea definitivă în cauză (chiar dacă aceasta ar implica și costuri suplimentare, ex. taxă judiciară de timbru, onorariu avocațial etc.).

Față de formularea textului de lege, care nu face vreo distincție între motivele pentru care anumite cereri sunt susceptibile de căi diferite de atac, credem că textul respectiv va permite exercitarea abuzivă a unor drepturi procesuale, abuz care va putea fi greu cenzurat de instanțele de judecată. Oricum, această cenzură nu se poate realiza, în opinia noastră, prin respingerea căii de atac ca inadmisibilă, ci, eventual, prin amendă aplicată părții în temeiul art. 187 pct. 1 lit. a) NCPC (introducerea, cu recredință, a unor cereri principale, accesorii, adiționale sau incidentale, precum și pentru exercitarea unei căi de atac, vădit netemeinice) sau obligarea la plata unor despăgubiri, în temeiul art. 12 alin. 2 teza I NCPC (potrivit căruia partea care își exercită drepturile procesuale în mod abuziv răspunde pentru prejudiciile materiale și morale cauzate).

De remarcat că textul nu spune nimic despre situația în care soluția dată asupra unui capăt de cerere principal era susceptibilă numai de apel, iar soluția asupra altui capăt principal sau asupra unei cereri incidentale putea fi atacată *cu apel și recurs* (mai exact situația în care hotărârea pronunțată într-unul dintre apeluri era susceptibilă și de recurs). De exemplu, atunci când, fiind formulate mai multe capete principale de cerere fundamentate pe un titlu comun sau având aceeași cauză sau chiar cauze diferite, dar aflate în strânsă legătură, operează prorogarea de competență în favoarea instanței de grad mai înalt [art. 99 alin. (2) NCPC]. Bunăoară, revenind la exemplul precedent și explicitându-l, dacă se solicită, în principal, executarea obligației contractuale și plata unei diferențe de preț de sub 200.000 lei, capătul de cerere este de competența judecătorei [art. 94 pct. 1 lit. j) NCPC], iar, în subsidiar, se solicită constatarea nulității și repunerea părților în situația anterioară, care ar fi un litigiu patrimonial în valoare de peste 1.000.000 lei (valoarea bunului vândut fiind peste 1.000.000 lei). În această situație, conform art. 99 alin. (2) NCPC, cauza devine în integralitatea ei de competența tribunalului, hotărârea tribunalului în integralitatea ei este susceptibilă de apel la curtea de apel, iar hotărârea curții de apel cu privire la capătul subsidiar de cerere este susceptibilă și de recurs la ÎCCJ.

Într-o astfel de ipoteză, în lipsa unui text expres, interpretările posibile sunt două, și anume: fie că întreaga hotărâre este susceptibilă de recurs, fie că doar soluția pronunțată cu privire la capătul de cerere cu obiect peste 1.000.000 lei poate fi atacată cu recurs. Aparent, soluția legală este ultima, întrucât textul art. 460 alin. (3) se referă la o ipoteză distinctă, și anume când soluția pentru unele capete de cerere ar fi susceptibilă de apel, iar, cu privire la altele, de recurs, de competența aceleiași instanțe, dar într-o compunere diferită, acesta fiind motivul pentru care legiuitorul a ales ca întreaga hotărâre să poată fi atacată cu apel la instanța ierarhic superioară, iar hotărârea acesteia din apel cu recurs, la instanța ierarhic superioară celei de apel, pentru a nu priva părțile de beneficiile vreuneia dintre cele două căi de atac. În exemplul dat, însă, hotărârea dată în primă instanță era susceptibilă doar de apel. Aparent, ea nu poate fi atacată în integralitatea ei cu recurs numai pentru că soluția din apel referitoare la un capăt de cerere principal din mai multe sau unul incidental este susceptibilă de recurs. În realitate, însă, tocmai pornind de la exemplul dat, dacă ar fi susceptibilă de recurs doar soluția asupra constatării nulității, o soluție diferită în recurs ar putea veni în contradicție cu cea care a rămas definitivă în apel. De exemplu, dacă, în apel, este admis capătul de cerere referitor la executarea contractului (nesusceptibil de recurs) și este respins cel privind constatarea nulității, dacă în recurs este admisă cererea de constatare a nulității și contractul desființat, cele două hotărâri ar cuprinde dispoziții potrivnice ce nu ar putea fi duse la îndeplinire, nefiind, posibilă exercitarea căii de retractare a revizurii, în temeiul art. 509 pct. 8 NCPC pentru contrarietate de hotărâri. Este adevărat că s-ar putea susține posibilitatea exercitării revizurii pentru motivul prev. de art. 509 pct. 6 NCPC (s-a casat, s-a anulat ori s-a schimbat hotărârea unei instanțe pe care s-a întemeiat hotărârea a cărei revizuire se cere), însă aceasta ar prelungi procesul. Tocmai de aceea, credem că soluția logică este prima, adică hotărârea dată în apel este în integralitatea ei susceptibilă de recurs.

### **3.3. Partea din hotărâre care poate constitui obiect al căii de atac**

Art. 461 alin. (1) NCPC prevede că (de regulă) calea de atac se îndreaptă împotriva soluției cuprinsă în dispozitivul hotărârii obiect al ei.

Prin alineatul (2) al aceluiași articol, legiuitorul a stabilit că „în cazul în care calea de atac vizează numai *considerentele hotărârii* prin care s-au dat dezlegări unor probleme de drept ce nu au legătură cu judecata acelu proces sau care sunt greșite ori cuprind constatări de fapt ce prejudiciază partea, instanța, admitând calea de atac, va înlătura acele considerente și le va înlocui cu propriile considerente, menținând soluția cuprinsă în dispozitivul hotărârii atacate” (s.n.).

Acest text vizează situația în care una din părți, deși este mulțumită de soluția din dispozitiv, este prejudiciată de cuprinsul considerentelor, în ipotezele arătate în textul de lege, ce privesc, fie greșita dezlegare în drept, fie greșita dezlegare în fapt, ori dezlegarea unor probleme (textul spune doar de drept) ce nu au legătură cu judecata procesului, cum ar fi situația în care instanța, în considerente, dă îndrumări părților privind posibilitatea exercitării unor acțiuni viitoare<sup>32</sup>.

Dreptul de a ataca hotărârea numai în ceea ce privește considerentele exista și sub imperiul vechiului cod<sup>33</sup>, diferența consta, însă, în faptul că, în cazul în care soluția era menținută, calea de atac era respinsă<sup>34</sup> și instanța de control judiciar doar schimba considerentele soluției din hotărârea atacată cu propriile considerente, caz în care partea care a exercitat calea de atac nu numai că nu își recupera cheltuielile de judecată pentru exercitarea acesteia, dar mai era obligată, la solicitarea intimatului, să plătească cheltuielile de judecată ale acestuia, fiind considerată în culpă procesuală prin finalitatea de menținere a soluției în dispozitiv.

Față de redactarea textului art. 461 alin (2) NCPC, se pune problema cum ar trebui să arate minuta hotărârii, care, potrivit art. 401 alin. (1) trebuie să cuprindă *soluția*. În cazul admiterii căii de atac, soluția este de *înlocuire a considerentelor*, așadar, dispozitivul noii hotărâri ar trebui să cuprindă, fie doar mențiunea „înlocuiește dispozițiile din hotărârea atacată (indicată denumire, în sensul art. 424 NCPC și număr, arătându-se și instanța care a pronunțat-o) cu propriile considerente” sau ar trebui să pună în ghilimele considerentele hotărârii atacate pe care le înlocuiește cu propriile considerente, arătate tot *în dispozitiv*, respectiv ceva de genul „înlocuiește următoarele considerentele din hotărârea atacată „(...)” cu propriile considerente, după cum urmează: (...)”.

A doua soluție pare bizară la prima vedere, pentru că înseamnă să fie puse considerente în dispozitiv, dar, s-ar putea replica, altminteri, acesta nu cuprinde soluția, pentru că soluția constă în însăși înlocuirea considerentelor. Credem că, dacă aceasta ar fi fost opțiunea legiuitorului, ar fi trebuit să se prevadă posibilitatea amânării pronunțării pentru o perioadă de 30 de zile, adică egală cu cea în care trebuie redactată hotărârea potrivit art. 426 alin. (5) NCPC. Desigur, s-ar putea ridica legitim întrebarea ce ar mai cuprinde, atunci, considerentele hotărârii din calea de atac? În cazul în care este vorba despre o hotărâre pronunțată în apel, potrivit dispozițiilor art. 482 NCPC, ce face trimitere la dispozițiile de procedură privind judecata în primă instanță, aceasta va cuprinde mențiunile prevăzute în art. 425 alin. (1) lit. b) NCPC, conform cărora, în considerente, se va arăta „obiectul cererii și susținerile pe scurt ale părților,



expunerea situației de fapt reținută de instanță pe baza probelor administrate, motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților”. În situația în care hotărârea este pronunțată în recurs, art. 499 teza I NCPC prevede că, prin derogare de la dispozițiile cuprinse în procedura în fața primei instanțe (aplicabile și în apel), „hotărârea instanței de recurs va cuprinde în considerente numai motivele de casare invocate și analiza acestora, arătându-se de ce s-au admis ori, după caz, s-au respins”. Așadar, considerentele hotărârii din apel cuprind o serie de elemente în plus față de considerentele înlocuite, inclusiv explicitarea soluției, în timp ce cele din recurs vor explica doar ce era greșit în considerentele hotărârii atacate, cu indicarea părții greșite, a motivului pentru care este greșită și a considerentelor ce trebuia să fie avute în vedere. În dispozitivul hotărârii, în ambele situații, s-ar trece doar partea din considerente greșită înlocuită și textul din hotărâre privind considerentele ce trebuia să stea la baza soluției.

Credem că o astfel de soluție, deși aparent logică, ar fi *excesiv de formalistă*. Soluția mai pragmatică ar fi ca minuta hotărârii să fie redactată de genul: „Admite apelul (recursul) și, în consecință: /Înlocuiește cu considerentele ce preced considerentele incorecte ale primei instanțe (ale instanței de apel) / Menține soluția cuprinsă în dispozitivul sentinței apelate (sentinței/deciziei obiect al recursului)”.

#### **4. Viziunea legiuitorului noului cod asupra căilor de atac de reformare**

Pentru a înțelege concepția legiuitorului asupra acestei probleme, trebuie să coroborăm dispozițiile referitoare la competența materială funcțională a tribunalelor, curților de apel și ÎCCJ din art. 95 pct. 2 și 3, art. 96 pct. 2 și 3, art. 97 pct. 1 NCPC, cu cele ale art. art. 483 NCPC, privind obiectul și scopul recursului și instanța competentă să judece recursul și art. XVIII din legea de degrevare a instanțelor privind obiectul recursului, precum și cu cele din art. 7 alin. (2) din legea de punere în aplicare a codului, privind înlocuirea, în cazul trimiterilor dintr-o lege specială, a căii de atac a recursului prevăzut de art. 304<sup>1</sup> CPC cu aceea a apelului.

Astfel, conform art. 95 pct. 2 și 3 NCPC, tribunalele judecă apelurile împotriva hotărârilor pronunțate de judecătorii în primă instanță și ca instanțe de recurs doar în cazurile expres prevăzute de lege, iar, potrivit dispozițiilor art. art. 96 pct. 2 și 3 NCPC, curțile de apel judecă apelurile împotriva hotărârilor pronunțate de tribunale în primă instanță și recursuri doar în cazurile expres prevăzute de lege, ÎCCJ fiind, potrivit art.

97 pct. 1 instanța care judecă recursurile declarate împotriva hotărârilor curților de apel, precum și a altor hotărâri în cazurile prevăzute de lege, *instanța supremă* devenind, astfel, așa cum rezultă și din dispozițiile art. 483 alin. (3) NCPC, potrivit cărora scopul recursului este de a supune ÎCCJ examinarea, în condițiile legii, a conformității hotărârii atacate cu regulile de drept aplicabile, *instanța de drept comun în ceea ce privește judecarea recursurilor*<sup>35</sup>.

Dacă vom corobora aceste dispoziții cu cele ale art. 94 NCPC ce prevede expres care sunt situațiile în care judecătoria judecă în primă instanță și ale art. 95 pct. 1 NCPC, din care rezultă că tribunalul devine instanța de drept comun, cu plenitudine de jurisdicție în materie civilă<sup>36</sup>, vom deduce că, de fapt, *curțile de apel devin instanțe de drept comun în judecarea apelurilor*.

Dacă lecturăm și dispozițiile art. 483 alin. (2) NCPC și art. XVIII alin. (2) din legea de degrevare a instanțelor, din care rezultă că nu toate hotărârile pronunțate în apel de curțile de apel pot fi atacate și cu recurs la ÎCCJ, precum și cu cele din art. 7 alin. (2) din legea de punere în aplicare a codului, potrivit cărora ori de câte ori într-o lege specială se prevede că hotărârea pronunțată este susceptibilă de recurs, aceasta va putea fi atacată doar cu apel, la instanța ierarhic superioară, vom deduce că, de fapt, marea majoritate a hotărârilor pronunțate de judecătorii și tribunale în primă instanță pot fi atacate doar cu apel, iar hotărârile pronunțate în apel nu mai sunt (în marea lor majoritate) susceptibile de recurs, cu alte cuvinte, că *marea majoritate a proceselor se opresc în apel*.

Astfel, împotriva hotărârile pronunțate de judecătorii, căile de atac de reformare sunt de competența tribunalului, majoritatea fiind apeluri<sup>37</sup>, iar hotărârea tribunalului pronunțată în apel nu mai este susceptibilă de recurs decât dacă legea prevede expres, cum ar fi situația în care tribunalul respinge prin încheiere cererea de recuzare a unui judecător în apel [art. 53 alin. (1) teza a II-a NCPC] sau respinge prin încheiere ca inadmisibilă cererea de intervenție principală formulată direct în apel [art. 64 alin. (4) NCPC], însă acestea sunt încheieri premergătoare, hotărârea finală nefiind susceptibilă de recurs.

Hotărârile pronunțate de tribunale în primă instanță pot fi atacate cu apel la curțile de apel și, dintre hotărârile pronunțate de curțile de apel în apel, doar o mică parte mai sunt susceptibile de recurs la ÎCCJ, dacă ne raportăm la dispozițiile art. 483 alin. (2) NCPC și cele tranzitorii din art. XVIII alin. (2) din legea de degrevare a instanțelor, potrivit cărora nu mai pot fi atacate cu recurs cererile prevăzute la art. 94 pct. 1 lit. a)- i) NCPC, cele privind navigația civilă și activitatea în porturi, conflictele de

muncă și de asigurări sociale, în materie de expropriere, în cererile privind repararea prejudiciilor cauzate prin erori judiciare, indiferent de valoarea litigiului, precum și, în cazul altor litigii patrimoniale, doar cele în valoare de peste 500.000 lei [art. 483 alin. (2) NCPC], respectiv, în cauzele începute până la 31 decembrie 2015, până la 1.000.000 lei inclusiv [art. XVIII alin. (2) din legea de degrevare a instanțelor].

La acestea se adaugă și hotărârile pronunțate de curțile de apel în apel în cazurile în care legea prevede că hotărârile de primă instanță sunt supuse numai apelului, prin lege înțelegându-se atât dispozițiile speciale din noul cod [cum ar fi art. 64 alin. (4) privind apelul separat împotriva încheierii de respingere a unei cereri de intervenție principală], cât și cele din legi speciale [art. 7 alin. (2) din legea de punere în aplicare a codului].

Din aceste texte, deducem că recursul prevăzut de art. 304<sup>1</sup> CPC a fost înlocuit cu apelul, ceea ce a înlăturat dificultățile semnalate anterior în materia admisibilității probelor, cu excepția acțiunilor în contencios administrativ, unde se păstrează, prin art. 7 alin. (3) din legea de punere în aplicare a codului, calea de atac a recursului prevăzută de art. 10 alin. (2) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, însă nu mai este un recurs nelimitat la motive, ci este recursul ce poate fi exercitat pentru motivele de casare prevăzute de art. 488 alin. (1) NCPC.

Desigur, curțile de apel mai judecă recursuri împotriva unor hotărâri pronunțate de tribunale în primă instanță sau în apel, în cazurile de excepție prevăzute de cod (renunțare la judecată sau la dreptul subiectiv, respingerea cererii de recuzare în apel, respingerea ca inadmisibilă a intervenției principale în apel etc.).

## 5. Apelul

În ceea ce privește această cale de atac, pentru că au fost scrise deja mai multe studii de substanță privind reglementarea cuprinsă în noul cod<sup>38</sup>, ne vom rezuma să discutăm aici doar *dispozițiile tranzitorii* din legea de degrevare a instanțelor privind regularizarea cererii de apel în comparație cu textul art. 471 NCPC (depunerea cererii de apel), precum și cele privind pregătirea judecătii apelului în comparație cu textul art. 475 NCPC<sup>39</sup>. Vom încerca, de asemenea, să răspundem unor întrebări legate de condițiile cererii verificate în procedura de regularizare și să stabilim dacă această procedură vizează sau nu apelurile incidente și provocate, după modelul cererii reconvenționale.

### **5.1. Dispoziții tranzitorii din legea de degrevare a instanțelor versus dispozițiile noului cod privind regularizarea cererii de apel și pregătirea judecății**

Conform art. XIII din legea de degrevare a instanțelor, dispozițiile NCPC referitoare la pregătirea dosarului de apel sau, după caz, de recurs de către instanța a cărei hotărâre se atacă se aplică în procesele pornite începând cu data de 1 ianuarie 2016. Pentru cele pornite între 15 februarie 2013 (data intrării în vigoare a NCPC) și până la data de 31 decembrie 2015, se aplică dispozițiile art. XIV-XVII din lege. Dintre aceste texte, doar art. XIV-XVI vizează apelul, art. XVII referindu-se la recurs.

Noul cod, în art. 471, reglementează depunerea cererii de apel la instanța a cărei hotărâre se atacă [alin. (1)] și stabilește în sarcina președintelui acestei instanțe sau a persoanei desemnate de acesta *regularizarea cererii de apel*, permițându-i apelantului să completeze sau să modifice cererea în interiorul termenului de apel sau, dacă răstimpul rămas până la împlinirea acestuia este insuficient, în termen de cel mult 5 zile de la expirarea lui, acest text aplicându-se în mod corespunzător în situația în care *motivele de apel se depun separat de cerere* [alin. (3)]. Tot instanța a cărei hotărâre se atacă este cea care comunică cererea de apel intimaților [alin. (5)], întâmpinarea depusă de aceștia în termen 15 zile de la primirea cererii de apel către apelant [alin. (6)] și, dacă este cazul, apelurile incidente sau provocate, care se depun la aceeași instanță în termenul în care trebuie depusă întâmpinarea [art. 474 alin. (1) NCPC] și tot ea primește răspunsul la întâmpinare al apelantului depus în 10 zile de la primirea întâmpinării [alin. (6) al art. 461] sau întâmpinarea acestuia la apelurile incidente sau provocate [art. 474 alin. (2) NCPC]. Răspunsul la întâmpinare, respectiv întâmpinarea la apelurile incidente sau provocate nu se comunică, destinatarii acestora luând la cunoștință cuprinsul acestora de la dosar.

Abia după împlinirea termenului de apel pentru toate părțile și a celorlalte termene pentru depunerea întâmpinărilor sau a apelurilor incidente sau provocate și, dacă este cazul, a răspunsului la întâmpinare sau a întâmpinării la apelurile incidente sau provocate, dosarul se înaintează instanței ierarhic superioare, care este competentă să soluționeze calea de atac, cu condiția să nu fi fost formulate cereri privind îndreptarea erorilor materiale, de lămurire sau completare a dispozitivului, situație în care acestea vor fi soluționate cu precădere, hotărârile asupra lor comunicate și se așteaptă împlinirea termenului de apel și în ceea ce privește aceste hotărâri [art. 461 alin. (8)].

Președintele instanței de apel sau persoana desemnată de acesta dispune prin rezoluție repartizarea aleatorie a cauzei la un complet de judecată, împreună cu apelurile incidente și provocate, dacă este cazul [art. 475 alin. (1) și (3)], iar președintele

completului de judecată va fixa termenul de judecată, care nu poate fi mai mare decât 60 de zile de la data rezoluției de repartizare aleatorie, termen care, însă, poate fi scurtat, în pricinile urgente sau prelungit, dacă intimatul domiciliază în străinătate [alin. (2) al aceluiași articol].

Toate aceste prevederi au fost amânate până la data de 1 ianuarie 2016, datorită lipsei de personal a instanțelor a căror hotărâri sunt susceptibile de apel, aceste atribuții, cu excepția celei privind depunerea apelurilor principale, fiind preluate, în răstimpul dintre intrarea în vigoare a noul cod și prorogarea dispozițiilor sale, de instanțele de control judiciar, care vor aplica, în mod corespunzător, normele tranzitorii. Cu alte cuvinte, ca și în procedura în fața primei instanțe, regularizarea cererii de apel, comunicarea acesteia, depunerea și comunicarea întâmpinării, depunerea răspunsului la întâmpinare constituie atribuțiile instanței de apel, reglementându-se special depunerea și comunicarea apelurilor incidente și provocate, precum și depunerea întâmpinării la acestea.

În ceea ce privește deosebirile din reglementarea tranzitorie, aceasta permite președintelui completului de judecată să acorde apelantului un termen de 10 zile de la data când i se comunică lipsurile apelului sau ale motivelor depuse separat [art. XV alin. (3)], indiferent de momentul în care se împlinește termenul de apel (cu condiția ca apelul să fi fost formulat în termen și motivarea incompletă de asemenea), acesta fiind un termen similar celui de 10 zile pentru regularizarea cererii de chemare în judecată din art. 200 alin. (2) NCPC.

Nu toate regulile referitoare la regularizarea cererii de chemare în judecată sunt aplicabile, însă și apelului. Astfel, de remarcat că art. 200 alin. (1) NCPC, în procedura de regularizare a cererii de chemare în judecată, obligă completul de judecată la verificarea îndeplinirii cerințelor prevăzute de art. 194 NCPC, referitoare la cuprinsul cererii și 196 referitoare la nulitatea acesteia (cu excepția lipsei semnăturii care poate fi complinită și după stabilirea primului termen de judecată, pentru aceasta neacordându-se termen de completare), art. 195 NCPC, referitoare la numărul de exemplare în care aceasta trebuie depusă, precum și la art. 197 NCPC, referitor la necesitatea achitării taxei judiciare de timbru. Textul art. 471 vorbește, la rândul său, atât de lipsuri ce reprezintă condiții intrinseci ale cererii, cât și de condiții extrinseci făcând trimitere la dispozițiile art. 195 NCPC (referitoare la numărul de exemplare în care trebuie depusă cererea). Art. 470 NCPC, referitor la condițiile pe care trebuie să le îndeplinească cererea, în afara condițiilor intrinseci, în alin. (2), prevede și condiția extrinsecă privind anexarea dovezii taxei judiciare de timbru. Textul art. XV alin. (2) din legea de degrevare a instanțelor

reglementează situația în care cererea de apel nu îndeplinește condițiile prevăzute de lege, care sunt cele din art. 470 NCP (referitoare la cuprinsul cererii de apel), incluzând și plata taxei judiciare de timbru. Cu privire la plata taxei judiciare de timbru și lipsa semnăturii, art. 470 alin. (3) prevede că acestea pot fi suplinite pe parcursul judecării, respectiv plata taxei judiciare de timbru poate fi făcută până la primul termen de judecată la care apelantul a fost legal citat în apel, iar semnarea cererii oricând pe parcursul judecării apelului, în condițiile art. 196 alin. (2) NCP. Credem că, în cazul în care cererea de apel nu îndeplinește doar două dintre condițiile prevăzute de art. 470 NCP, respectiv aceea a *timbrajului* și a *semnăturii*, nu se impune regularizarea acesteia anterior comunicării către intimat, aceste lipsuri putând fi complinite la primul sau după primul termen de judecată în apel, după distincțiile arătate.

În ceea ce privește lipsa *motivelor sau a probelor*, cerința indicării acestora este prevăzută sub sancțiunea decăderii [art. 471 alin. (3) NCP], însă credem că, în concepția legiuitorului, și acestea pot forma obiectul cererii de regularizare<sup>40</sup>. Un argument referitor la motive ar fi că, chiar și în cazul în care au fost formulate pe cale separată (în formă incompletă), atât textul codului [art. 471 alin. (4)], cât și cel al legii de degrevare a instanțelor [art. XV alin. (3)] prevăd (legea specială mai puțin explicit) că dispozițiile privind regularizarea cererii se aplică și în situația în care motivele de apel au fost depuse separat, astfel că regularizarea cererii vizează și completarea motivelor de apel, indiferent că au fost formulate odată cu declarația de apel sau separat.

De remarcat că art. 196 alin. (1) NCP, referitor la *nulitatea cererii de chemare în judecată*, enumeră printre *elementele esențiale* ale cererii, a căror lipsă este sancționată cu *nulitatea expresă* și arătarea *motivelor de fapt*, ceea ce reprezintă un element de noutate față de dispoziția cuprinsă în art. 133 alin. (1) CPC. Această lipsă poate fi suplinită în procedura de regularizare a cererii, conform tezei finale a aceluiași alineat. Introducerea acestui nou element esențial este firească, întrucât determină limitele judecării raportat la obiect, completând, de fapt, obiectul cererii de chemare în judecată. Astfel, este insuficient ca reclamantul să arate că solicită o sumă de bani fără să indice izvorul raportului juridic, titlul în temeiul căruia formulează pretenția (împrumut, preț, prejudiciu rezultând dintr-o faptă ilicită, plată nedatorată etc.). Arătarea titlului la modul generic sau indicarea doar a motivului de drept ce conduce la acesta este, de asemenea, insuficient. Aceasta, deoarece, de exemplu, dacă se arată că suma reprezintă un împrumut nerestituit, fără a se indica din ce fel de contract (încheiat când, cu cine, pentru ce sumă, cu ce scadență, cu sau fără dobânzi, clauză penală etc.), nu permite instanței și, în situația în care între părți au fost încheiate mai multe asemenea

contracte, nici măcar pârâtului, să identifice corect limitele investirii. În cazul *cererii de apel*, arătarea motivelor este prevăzută sub sancțiunea *decăderii* în art. 470 alin. (3) NCPC, similar cu art. 287 alin. (2) teza I CPC, întrucât cadrul procesual era deja delimitat prin cererea de chemare în judecată și nemotivarea apelului determină judecarea acestuia pe baza celor invocate în prima instanță, conform art. 476 alin. (2) NCPC, text similar cu art. 292 alin. (2) CPC. Ceea ce deosebește, însă, reglementarea din noul cod de cea din cel vechi este că nu mai conține un text similar cu cel din art. 287 alin. (2) teza a II-a CPC, ce permite apelantului să completeze cererea de apel la prima zi de înfățișare. Așadar, dacă cererea nu este completată cu motivele în procedura de regularizare, la primul termen de judecată mai pot fi puse în discuție, în afara celor invocate în fața primei instanțe, doar motivele de ordine publică, potrivit dispozițiilor art. 479 alin. (1) teza a II-a NCPC.

## **5.2. Nemotivarea apelului *versus* achiesarea parțială la hotărâre, sancțiunea lipsei mandatului special *versus* excepția lipsei calității de reprezentant**

Așa cum am arătat deja, nemotivarea apelului determină judecarea acestuia pe baza celor invocate în prima instanță, conform art. 476 alin. (2) NCPC<sup>41</sup>.

Dacă apelantul, personal sau prin mandatar cu procură specială autentică<sup>42</sup>, indică la primul termen de judecată în apel sau ulterior, că înțelege să critice hotărârea primei instanțe doar cu privire la soluția dată asupra unui capăt de cerere, aceasta reprezintă o achiesare expresă parțială la soluția privind soluția asupra celorlalte capete de cerere, conform art. 463 alin. (1) și 464 alin. (1), (2) și (4) NCPC. Ce se întâmplă, însă, dacă apelantul, personal sau prin mandatar cu procură specială autentică, arată că este mulțumit de soluție, înțelegând să critice doar considerentele hotărârii primei instanțe, în temeiul art. 461 alin. (2) NCPC? Credem că și aceasta reprezintă o achiesare parțială, în sensul art. 464 alin. (4) NCPC.

Dacă, însă, nu se prezintă apelantul personal, ci doar mandatarul, cu procură autentică, dar *nu și specială*, se pune problema dacă instanța trebuie să aplice dispozițiile art. 82 alin. (1) NCPC privind lipsa calității de reprezentant sau va păși la judecarea cauzei pe baza apelului nemotivat sau a motivelor de apel depuse în termen. Credem că textul art. 82 alin. (1) NCPC vizează *nu doar calitatea de mandatar judiciar, ci și limitele mandatului*, așadar, instanța, aplicând aceste dispoziții, va acorda un termen și, dacă lipsurile nu sunt suplinite, va anula cererea de achiesare și va proceda la judecarea apelului în limitele în care a fost investită prin cererea de apel.

### **5.3. Ce fel de cereri se regularizează – apel principal versus apel incident sau/și provocat**

Ce anume *se regularizează*, doar cererea de apel (principal) sau și apelurile incidente sau provocate, după modelul cererii reconvenționale, despre care am arătat deja că este supusă procedurii regularizării<sup>43</sup>? Răspunsul este că *doar apelul principal*, întrucât, în materia apelurilor incidente sau provocate, nu există o dispoziție de trimitere cum este cea din art. 209 alin. (3) NCPC privind cererea reconvențională.

### **5.4. Stabilirea primului termen de judecată**

Am arătat deja<sup>44</sup> că, potrivit art. 475 alin. (2) NCPC, primul termen de judecată se stabilește de către președintele completului de judecată în așa fel încât să nu depășească 60 de zile de la data rezoluției de repartizare aleatorie a dosarului, întrucât, potrivit codului, procedura de regularizare a cererii și comunicare a întâmpinării, primire a răspunsului la întâmpinare, comunicare a apelurilor incidente sau provocate și primire a întâmpinărilor la acestea se realizează de către instanța a cărei hotărâre se atacă, astfel că aceluși complet căruia i se repartizează cauza în apel nu-i rămâne decât să stabilească primul termen de judecată.

Legea de degrevare a instanțelor transferă atribuțiile instanței a cărei hotărâre se atacă mai sus enumerate către instanța de apel, motiv pentru care, prin dispozițiile cuprinse în art. XV alin. (6) și (7), stabilește că judecătorul (adică președintele completului de judecată) fixează primul termen de judecată în apel în 3 zile de la data depunerii răspunsului la întâmpinare sau, în cazul în care intimatul nu a depus întâmpinare în termenul prevăzut la alin. (3) sau, după caz, apelantul nu a comunicat răspuns la întâmpinare în termenul prevăzut la alin. (4), la data expirării termenului corespunzător, în așa fel încât să nu depășească 60 de zile de la data rezoluției, termen ce poate fi scurtat în pricinile urgente sau prelungit în cazul în care intimatul sau mai mulți intimați au domiciliul în străinătate [alin. (8) al aceluiași articol].

## **6. Recursul**

Asupra recursului în lumina noii reglementări, doctrina s-a aplecat cu multă curiozitate, studiile pe această temă fiind chiar mai numeroase decât în cazul apelului<sup>45</sup>, astfel că nu vom stăruii decât asupra câtorva aspecte legate de dispozițiile tranzitorii din legea de degrevare instanțelor, fără a relua cele deja arătate la apel, precum și asupra unor chestiuni legate de soluțiile pe care le poate pronunța în recurs instanța supremă, cu semnalarea unor deficiențe ale noii reglementări.



### 6.1. Dispoziții tranzitorii din legea de degrevare a instanțelor

Așa cum am arătat deja<sup>46</sup>, potrivit dispozițiilor art. XIII din legea de degrevare a instanțelor, în procesele pornite între 15 februarie 2013 și până la 31 decembrie 2015, se aplică dispozițiile art. XIV-XVII.

Despre art. XIV-XVI am vorbit deja în cazul apelului. Art. XVII alin. (1) prevede că recursul și, dacă este cazul, motivele de casare, se depun al instanța a cărei hotărâre se atacă, în condițiile prevăzute de art. 83 alin. (3) și art. 84 NCPC, adică redactate prin avocat sau consilier juridic (în cazul persoanelor juridice), cu excepția situației în care partea sau mandatarul, soț sau rudă până la gradul al doilea inclusiv, este licențiată în drept [art. 13 alin. (2) NCPC].

Conform alin. (2) al art. XVII, dacă recursul este de competența ÎCCJ, președintele acestei instanțe, președintele de secție sau persoana desemnată de aceștia va lua, prin rezoluție, măsuri pentru repartizarea aleatorie la un complet filtru format din 3 judecători, care va pregăti dosarul și se va pronunța asupra admisibilității în principiu a recursului.

Termenul de depunere a întâmpinării este de 30 de zile [art. XVII alin. (3)], ca și cel prevăzut în art. 490 alin. (2) teza a II-a NCPC, iar întâmpinarea, ca și recursul, trebuie redactată prin avocat sau consilier juridic, cu excepția situațiilor prevăzute de art. 13 alin. (2) NCPC.

Cu privire la obiectul recursului, pentru a degreva instanța supremă, în cauzele începute până la data de 31 decembrie 2015, art. XVIII alin. (2) din legea de degrevare a instanțelor majorează limita valorică din art. 483 alin. (2) NCPC de la 500.000 lei la 1.000.000 lei.

### 6.2. Art. 490 alin. (2) teza finală NCPC versus art. 493 alin. (7) NCPC

Potrivit dispozițiilor art. 490 alin. (2) teza finală NCPC, prin cererea de recurs, respectiv întâmpinare, recurentul sau, după caz, intimatul, sunt de acord ca, atunci când recursul este admisibil în principiu, să fie soluționat de completul filtru prevăzut la art. 493.

De menționat că această dispoziție a existat în cod încă de la adoptarea sa prin Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă<sup>47</sup>, care, în forma inițială, în art. 487 alin. (7), ce corespunde în numerotarea actuală articolului 493, prevedea că, în cazul în care completul filtru pronunța o încheiere de admitere în principiu a recursului, neputându-se pronunța și asupra fondului în sensul alin. (6) al aceluiași articol, în camera de consiliu, fără citarea părților, prin decizie definitivă, pentru că problema de drept era controversată sau nu făcea obiectul unei jurisprudențe unitare a ÎCCJ, dosarul era trimis pentru repartizare aleatorie altui complet.

Potrivit alin. (8) al art. 487 NCPC în vechea numerotare, prin excepție de la prevederile alin. (7), dacă părțile au cerut în mod expres judecarea în fond a recursului de către completul filtru, acesta se pronunța pe fond, fără citarea părților, prin decizie definitivă, cu excepția situației când aprecia că este necesară ascultarea părților, caz în care trebuia să dispună citarea lor. Cu alte cuvinte, părțile puteau solicita, în condițiile art. 484 alin. 2, teza finală, adică prin cererea de recurs sau întâmpinare (acest text corespunzând art. 490 în redactarea actuală, în urma renumerotării), ca judecarea recursului să fie făcută de completul filtru și nu de un alt complet, chiar dacă era vorba despre o problemă de drept ce suscita controverse sau care era obiectul unei jurisprudențe neunitare a ÎCCJ.

Prin art. 13 pct. 123 și 124 din legea de punere în aplicare a codului, alin. (8) al art. 487 a fost abrogat, iar alin. (7) modificat, în sensul că, în cazul în care recursul nu poate fi soluționat pe fond în camera de consiliu, completul va pronunța, fără citarea părților, o încheiere de admitere în principiu a recursului și va fixa termenul de judecată pe fond a recursului, cu citarea părților. Din aceste dispoziții legale, reiese că, în urma modificării, *completul filtru* este cel care se pronunță *atât asupra admisibilității în principiu a recursului, cât și asupra fondului* acestuia, în toate situațiile, iar, în cazul în care este vorba despre o problemă de drept controversată sau care nu face obiectul unei jurisprudențe unitare a instanței supreme, fixează termen de judecată în sedință publică și citează părțile.

În condițiile în care *doar completul filtru* este cel care soluționează atât problema admisibilității în principiu, cât și aceea a fondului recursului, dispozițiile privind repartizarea aleatorie către alt complet a judecării fondului fiind abrogate, se ridică legitim întrebarea de ce a menținut legiuitorul, prin legea de punere în aplicare, dispozițiile art. 484 alin. (2) teza finală ( devenit art. 490 prin renumerotare), ce prevăd că *părțile pot alege ca recursul să fie judecat pe fond de completul filtru*.

Răspunsurile posibile sunt două. Fie că legiuitorul pur și simplu a uitat să abroge aceste dispoziții, fie, dacă mergem pe ideea că un text de lege trebuie să producă efecte, că această alegere a rămas să se refere la aplicarea procedurii prevăzută de art. 493 alin. (6) și în cazul în care este vorba despre o situație în care s-ar aplica, în lipsa unei astfel de opțiuni, dispozițiile alin. (7) al aceluiași articol. Cu alte cuvinte, textul se referă, în realitate, *nu la alegerea completului, ci la alegerea procedurii de judecată*.

Rămâne ca instanța supremă să răspundă în cele din urmă acestei întrebări.

### 6.3. Soluția pe care o poate pronunța ÎCCJ în caz de admitere a recursului pentru aplicarea legii la împrejurări de fapt deplin stabilite

Noul cod, în art. 496 alin. (2), prevede că singura soluție în cazul admiterii recursului este cea a *casării*, eliminând, astfel, soluția modificării prevăzută de vechiul cod în art. 312 alin. (3). Casarea poate fi cu trimitere sau cu reținere în cazul altor instanțe de recurs (art. 498 NCPC), însă, în cazul ÎCCJ, poate fi doar cu trimitere, cu excepția situației în care casarea s-a făcut pentru că instanța a depășit atribuțiile puterii judecătorești sau când s-a încălcat autoritatea de lucru judecat, situație în care cererea se respinge ca inadmisibilă. (art. 497 NCPC).

Cum se coroborează textul art. 497 NCPC, ce obligă la casare cu trimitere în caz de admitere a recursului (cu excepțiile din teza finală), cu cel al art. 493 alin. (6), care permite completului filtru ca, atunci când recursul este admisibil, problema de drept nefiind controversată și constituind obiectul unei practici unitare a ÎCCJ, să judece fondul în camera de consiliu, fără citarea părților?

Art. 493 alin. (5) NCPC prevede că respingerea în camera de consiliu a unui recurs ce îndeplinește cerințele de formă se poate face doar dacă acesta este *vădit nefondat*, deși diferența dintre nefondat și vădit nefondat nu este reglementată prin vreun criteriu legal, lăsând loc la mult arbitrar. Și atunci, logic, soluția de la alin. (6) ar putea fi una de respingere ca *nefondat* (deci nu vădit nefondat) sau *doar de admitere*?

În caz de admitere pentru greșita aplicare a normelor de drept material, soluția este casarea cu trimitere, pentru că modificarea nu mai este prevăzută (în vechea reglementare era un motiv de modificare, dacă starea de fapt era pe deplin stabilă), iar casarea cu reținere este posibilă doar în cazul altor instanțe? Noul cod nu mai are un text de natura art. 314 CPC, ce prevedea că ÎCCJ hotărăște asupra fondului pricinii în toate cazurile în care casează hotărârea atacată numai în scopul aplicării corecte a legii la împrejurări de fapt ce au fost deplin stabilite<sup>48</sup>, deși un astfel de text exista în proiectul codului art. 483 alin. (3) și (7)<sup>49</sup>.

Credem că recursul prevăzut de art. 493 alin. (6) NCPC, precum și cel reglementat de alin. (7) al aceluiași articol, dacă sunt admise pentru greșita aplicare a legii la împrejurări de fapt ce au fost pe deplin stabilite, față de textul expres al art. 497 NCPC, presupun o soluție de casare cu trimitere, cu obligația instanței de trimitere de a respecta dezlegarea în drept, în conformitate cu dispozițiile art. 501 alin. (1) NCPC. Nu putem să nu observăm că această soluție este neeconomicoasă, pentru că, pe de o parte, prelungeste inutil durata procesului, iar, în plus, nu face decât să „dicteze” instanței de rejudecare soluția, ea nemaiavând alt rol decât să aplice legea exact cum a dispus instanța de recurs la împrejurările de fapt ce au fost stabilite încă pe deplin în primul ciclu procesual.

#### 6.4. Inutilitatea recursului nemijlocit<sup>50</sup>

Art. 459 alin. (2) NCPC prevede posibilitatea ca o *hotărâre susceptibilă de apel și recurs* să poată fi atacată, în interiorul termenului de apel, *direct cu recurs*, la instanța care ar fi fost competentă să judece recursul împotriva hotărârii date în apel, dacă părțile consimt expres la aceasta (prin înscris autentic sau declarație verbală dată în fața instanței a cărei hotărâre se atacă), *pentru încălcarea sau greșita aplicare a normelor de drept material*.

De fapt, într-o astfel de situație, părțile sunt de acord cu starea de fapt stabilită de prima instanță, contestând doar modul în care aceasta a aplicat norma de drept substanțial raportat la această stare de fapt. Rostul acestui recurs îl constituie *reducerea duratei procesului*. Dacă, starea de fapt ce ar putea constitui obiect al apelului nu mai este o problemă de dispută între părți și dezlegarea în drept (material) dată de instanța de apel este, oricum, susceptibilă de recurs, părților li se permite să ardă de etapa apelului și să se adreseze direct ultimei instanțe, adică instanței de recurs<sup>51</sup>.

Numai că, așa cum a înțeles legiuitorul să reglementeze căile de atac de reformare<sup>52</sup>, instanța competentă să soluționeze recursurile nemijlocite este, de fapt, instanța supremă, care, în caz de admitere a oricărui recurs, poate pronunța doar o soluție de casare cu trimitere. Așadar, în loc să câștige timp, părțile vor pierde timp, ceea ce face ca această formă de recurs să-și piardă sensul. Dacă partea interesată ar ataca cu apel hotărârea primei instanțe, ea ar avea șansa ca instanța de apel să schimbe soluția și recursul părții adverse să fie respins. Altminteri, dacă s-ar exercita recursul nemijlocit, o soluție de casare, chiar doar către instanța de apel, ar însemna încă un recurs posibil. De altfel, în literatura de specialitate<sup>53</sup>, s-a susținut că, în caz de casare cu trimitere (fără să se observe că toate cazurile sunt, de fapt, din rațiunile pe care le-am arătat, de casare cu trimitere), cauza se va trimite spre rejudecare primei instanțe.

Credem că o astfel de soluție este excesivă și cauza ar trebui trimisă spre *judecare* instanței de apel, cu excepția situației în care prima instanță s-a pronunțat în mod greșit pe o excepție fundamentată pe o normă de drept material, cum ar fi aceea a prescripției extinctive și vreuna dintre părți a solicitat trimiterea cauzei spre rejudecare primei instanțe (așa cum ar fi făcut-o și dacă ar fi exercitat apel [în condițiile art. 480 alin. (3) teza a II-a NCPC]. Cu toate acestea, în condițiile în care art. 497 teza I NCPC vorbește despre posibilitatea de trimitere „spre o nouă judecată instanței de apel care a pronunțat hotărârea”, în cazul recursului nemijlocit neexistând o hotărâre pronunțată în apel, în urma casării, *cauza trebuie trimisă spre rejudecare, în toate situațiile (indiferent de soluția pe fond sau excepție) primei instanțe*.

## 6.5. Efectele casării

Potrivit dispozițiilor art. 500 alin. (1) NCPC, hotărârea casată nu are nicio putere, iar, conform alin. (2) al aceluiași articol, actele de executare sau de asigurare făcute în temeiul unei astfel de hotărâri sunt desființate *de drept*, dacă instanța de recurs nu dispune altfel, instanța urmând să constate aceasta *din oficiu*, prin dispozitivul hotărârii de casare.

Prin introducerea obligativității constatării din oficiu, textul noului cod se deosebește de reglementarea cuprinsă în art. 311 alin. (2) CPC. Care a fost intenția legiuitorului când a introdus un astfel de text?

Ce se întâmplă în situația în care instanța omite să se pronunțe asupra acestei împrejurări *din oficiu*, cum cere textul de lege? Este obligatorie procedura întoarcerii executării silite prevăzută de art. 723 alin. (2) și (3) NCPC, text similar cu cel din art. 404<sup>2</sup> alin. (2) și (3) CPC, ce stabilește că, în cazul în care instanța care a desființat hotărârea executată și a dispus rejudecarea pe fond nu s-a pronunțat asupra restabilirii situației anterioare, măsura poate fi dispusă de instanța care rejudecă fondul, iar, dacă nici aceasta nu a dispus-o, cel îndreptățit trebuie să solicite aceasta instanței de executare<sup>54</sup>? Oricum, aceasta vizează actele de executare, nu și cele de asigurare. Pentru acestea, s-ar putea recurge la procedura prevăzută de art. 956 alin. (2) privind ridicarea măsurii la cerere, prin încheiere definitivă, dată fără citarea părților.

Sigur, dacă nici una dintre părți nu a învederat instanței de recurs că executarea s-a realizat, aceasta nu are cum să se pronunțe din oficiu asupra desființării actelor de executare. Dacă partea interesată (recurentul) a relevat acest lucru și chiar a cerut desființarea actelor de executare, iar instanța de recurs nu s-a pronunțat asupra acestei cereri, partea nu poate solicita completarea hotărârii în sensul art. 444 alin. (1) NCPC, deși nu are vreo vină. S-ar putea susține, în această situație, că instanța fiind obligată din oficiu să se pronunțe asupra desființării actelor de executare, dacă ea nu spune expres contrariul în dispozitiv, acestea sunt desființate de drept? Probabil că niciun executor judecătoresc nu va risca o astfel de interpretare, însă trebuie recunoscută măcar posibilitatea părții de a formula o cerere privind *lămurirea hotărârii*, prin care să solicite instanței să spună expres dacă nepronunțându-se în alt sens prin dispozitiv a dat sau nu eficiență textului referitor la desființarea de drept a actelor de executare.

- <sup>1</sup> Este vorba despre Legea nr. 2/2013 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, publicată în M. Of., Partea I, nr. 89/12.02.2013. O vom numi în continuare legea de degrevare a instanțelor.
- \* Judecător la Curtea de Apel Cluj; [andrea.chis@yahoo.com](mailto:andrea.chis@yahoo.com).
- <sup>2</sup> În cele ce urmează vom folosi abrevierea devenită uzuală NCPC.
- <sup>3</sup> Cu privire la această clasificare a căilor de atac, a se vedea I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Drept procesual civil. Căile de atac și Procedurile speciale*, Ed. didactică și pedagogică, București, 1981, p. 14. Pentru unele dubii privind criteriile ce stau la baza acestei clasificări tradiționale, criteriile ce nu rezultă din cuprinsul textului de lege, a se vedea I. Deleanu, *Dispoziții generale cu privire la exercitarea căilor de atac în proiectul Codului de procedură civilă*, în REVISTA ROMÂNĂ DE DREPT PRIVAT nr. 5/2009, p. 26-27.
- <sup>4</sup> Este vorba despre cererea de reexaminare a amenizii judiciare, prevăzută de art. 108<sup>5</sup> Codul de procedură civilă 1865, cererea de reexaminare a taxei judiciare de timbru stabilite de instanță, prevăzută de art. 18 din Legea nr. 146/1997, cererea de reexaminare a ajutorului public judiciar prevăzută de art. 17 din OUG nr. 51/2008 aprobată cu completări și modificări prin Legea nr. 193/2008, opoziția prevăzută de art. 90 din Legea nr. 58/1934 și art. 68 din Legea nr. 59/1934 etc. A se vedea, în acest sens, I. Deleanu, *op. cit.*, 2009, p. 29, nota 17.
- <sup>5</sup> Menționăm că, atunci când facem referiri la vechiul Cod de procedură civilă, avem în vedere ultima versiune anterioară intrării în vigoare a NCPC, așadar forma raportată la data de 14 februarie 2013.
- <sup>6</sup> A se vedea, în acest sens, M. Tăbărcă, *Drept procesual civil, Vol. I, Ediția a II-a revizuită și adăugită*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 364.
- <sup>7</sup> A se vedea, în acest sens, I. Leș, *Tratat de drept procesual civil, Ediția 5. Cu referiri la proiectul Codului de procedură civilă*, Ed. C.H. Beck, București, p. 425 și, de la același autor, *Regimul juridic al încheierilor prevăzute de art. 108-108<sup>5</sup> din Codul de procedură civilă*, în Dreptul nr. 12/2006, p. 74-76.
- <sup>8</sup> Menționăm că și autori care au contestat natura juridică de cale de atac de retractare au revenit asupra acestei opinii în ceea ce privește NCPC, fără a argumenta, însă, această schimbare de viziune. A se vedea, în acest sens, I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole - art. 1-1133*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 316.
- <sup>9</sup> Remarcăm că, spre deosebire de alte coduri, cel român nu definește sensul noțiunii, cum face, de exemplu, Codul de procedură civil francez, în art. 143-154, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000006410266&idSectionTA=LEGISCTA000006165183&cidTexte=LEGI TEXT000006070716&dateTexte=20130227>, accesat la 27.02.2013, 13:14 h.
- <sup>10</sup> Pentru opinia potrivit căreia măsurile de administrare judiciară nu pot constitui obiect al căilor de atac pentru că nu privesc acte de jurisdicție, a se vedea I. Deleanu, *op. cit.*, 2009, p. 41. Menționăm, însă, că autorul apreciază că cererea de reexaminare este o cale de atac (*idem*, p. 29) și că textul ar trebui completat cu mențiunea „dacă prin lege nu se prevede altfel” (*idem*, p. 41).
- <sup>11</sup> În sensul că reclamantul nu trebuie citat, deși textul de lege nu prevede expres aceasta, întrucât, în cererea de reexaminare, legiuitorul prevede expres citarea acestuia în art. 200 alin. (6), astfel că, din interpretarea *per a contrario* a acestui alineat, în ipoteza de la alin. (3), nu mai este nevoie de citare, a se vedea G. Boroș, *Conferințele Noul Cod de procedură civilă, București iunie - septembrie 2012*, p. 55, <http://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2013/02/Brosura-NCPC-INM.pdf>, accesat la 27.02.2013, 13:16 h.

Ar mai fi un argument, în opinia noastră, respectiv caracterul necontencios al acestei faze a procedurii. Dreptul comun în materie necontencioasă nu mai este reprezentat de citarea obligatorie, ci de citarea facultativă, după cum rezultă din prevederile art. 532 alin.1 NCPC.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>13</sup> În alte sisteme de drept ce reglementează anularea cererii neregulat introduse, într-o procedură necontencioasă, fără citarea pârâtului, încheierea de anulare a cererii de chemare în judecată fără citarea pârâtului, ca și încheierea de respingere a cererii de intervenție pot fi atacate cu aceeași cale de atac. Astfel, în dreptul maghiar, cererea de chemare în judecată neregulat introdusă este anulată, iar încheierea poate fi atacată cu apel. Ea, însă, își păstrează efectele dacă, în termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive, reclamantul introduce o nouă cerere cu respectarea cerințelor prevăzute de lege. Respingerea cererii de intervenție în proces sau scoaterea terțului din proces după ce a fost încuviințată cererea de intervenție poate fi atacată tot cu apel, însă numai după pronunțarea hotărârii finale. A se vedea, în acest sens, Kengyel Miklós, *Magyar polgári eljárásjog, Kilencedik, átdolgozott kiadás*, Osiris Kiadó, Budapest, 2008, p. 149, p. 408, p. 238. (*Drept procesual civil maghiar, Ediția a 9-a, revizută*).

<sup>14</sup> Pentru o analiză succintă a acestei instituții, a se vedea M. Dinu, *Contestația privind tergiversarea procesului în NCPC*, <http://www.juridice.ro/229205/contestatia-privind-tergiversarea-procesului-in-ncpc.html>, accesat 01.03.2013, 09:42 h.

<sup>15</sup> Pentru o critică a dispoziției privind stabilirea completului căruia îi revine soluționarea cererii, *ibidem*. Dispoziția a fost criticată și de alți autori. A se vedea I. Leș, *op. cit.*, 2013, p. 780. În ceea ce ne privește, apreciem că opțiunea legiuitorului este corectă, scopul măsurii fiind acela de a atrage atenția completului de judecată investit aleatoriu cu soluționarea cauzei să aplice măsurile de administrare judiciară pe care i le pune la dispoziție legea pentru soluționarea cauzei într-un termen optim și previzibil, înainte ca părțile să se adreseze instanței de control judiciar (sau altui complet, în cazul ÎCCJ). Dacă cererea ar fi fost de competența altui complet, care nu cunoaște cauza și care are nevoie de timp pentru studiul dosarului și care ar putea să o respingă, ajungându-se și la instanța de control judiciar, aceasta ar fi contravenit tocmai scopului măsurii, care este de a scurta durata procesului și nicicum de a o prelungi. În plus, în cazul ÎCCJ, aceasta ar fi însemnat plimbarea dosarului la încă două complete în afara celui investit cu soluționarea cauzei.

<sup>16</sup> În cele ce urmează, vom folosi abrevierea ÎCCJ.

<sup>17</sup> Menționăm că obiectul contestației nu se reduce la refuzul instanței de a aplica o amendă judiciară, putându-se referi și la alte măsuri, cum ar fi, de exemplu, aducerea martorului cu mandat (art. 313 NCPC).

<sup>18</sup> Textul art. 457 NCPC este următorul: „(1) Hotărârea judecătorească este supusă numai căilor de atac prevăzute de lege, în condițiile și termenele stabilite de aceasta, indiferent de mențiunile din dispozitivul ei.(2) Mențiunea inexactă din cuprinsul hotărârii cu privire la calea de atac deschisă contra acesteia nu are niciun efect asupra dreptului de a exercita calea de atac prevăzută de lege.(3) Dacă instanța respinge ca inadmisibilă calea de atac neprevăzută de lege, exercitată de partea interesată în considerarea mențiunii inexacte din cuprinsul hotărârii cu privire la calea de atac, hotărârea pronunțată de instanța de control judiciar va fi comunicată, din oficiu, *tuturor părților care au luat parte la judecata în care s-a pronunțat hotărârea atacată*. De la data comunicării *începe să curgă*, dacă este cazul, termenul pentru exercitarea căii de atac prevăzute de lege” (s.n.).

<sup>19</sup> Textul art. 466 alin. (2) și (3) are următorul cuprins:„(2) Sunt supuse apelului și hotărârile date în ultimă instanță dacă, potrivit legii, instanța nu putea să judece decât în primă instanță.(3) Hotărârile date în ultimă instanță rămân neapelabile, chiar dacă în hotărâre s-a arătat că au fost pronunțate în primă instanță.”

- <sup>20</sup> Despre dificultățile privind recalificarea căii de atac de către completul investit cu soluționarea cauzei și consecințele asupra situației părții care a exercitat calea de atac, a se vedea Gh. L. Zidaru, *Noua reglementare a apelului în lumina Proiectului de lege privind Codul de procedură civilă*, în Suplimentul la Curierul Judiciar nr. 9/2009, p. 5-7.
- <sup>21</sup> I. Deleanu, *op. cit.*, 2009, p. 31, nota 23. Autorul vorbește despre cale de atac greșită sau cale de atac recomandată, ajungând la concluzia că trebuie exercitată cea trecută în hotărâre.
- <sup>22</sup> Pentru a înțelege de ce procesul se oprește în această situație în apel la tribunal, a se vedea *infra*, pct. 4.
- <sup>23</sup> *Ibidem*.
- <sup>24</sup> Am simțit nevoia de a face această mențiune, întrucât, în alte situații, calificarea căii de atac depinde de soluționarea pe fond sau pe excepție. A se vedea regularizarea cererii de chemare în judecată *versus* respingerea ei pe fond sau ca urmare a admiterii altor excepții decât cele vizând nulitatea în condițiile art. 196, 197.
- <sup>25</sup> Vom folosi, în cele ce urmează, abrevierea CPC.
- <sup>26</sup> A se vedea, în acest sens, I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă, Vol., Ediția 2*, Ed. C.H. Beck, 2007, p. 212, precum și, de la același autor, *Tratat de procedură civilă, Volumul 1. Din perspectiva noului Cod de procedură civilă*, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2010, p. 524.
- <sup>27</sup> Legea nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea judecăților, numită și legea micii reforme, a fost publicată în M. Of., Partea I, nr. 714 din 26 octombrie 2010.
- <sup>28</sup> Publicată în M. Of. al României, Partea I, nr. 853 din 18 decembrie 2012.
- <sup>29</sup> Legea nr. 76/2012 a fost publicată în M. Of., Partea I, nr. 365 din 30 mai 2012, fiind modificată prin OUG nr. 44/2012, OUG nr. 4/2013 și Legea nr. 2/2013. O vom denumi în continuare legea de punere în aplicare a codului. Art. 7 alin. (2) prevede că ori de câte ori o lege specială prevede că hotărârea este susceptibilă numai de recurs, în lumina noii reglementări, calea de atac va fi doar apelul la instanța ierarhic superioară. Ne gândim, în contextul despre care vorbim, de exemplu, la hotărârile pronunțate de judecătoria în plângerile împotriva hotărârii comisiei județene de aplicare a legilor fondului funciar.
- <sup>30</sup> Art. 460 NCPC are următorul conținut: „(1) O cale de atac poate fi exercitată împotriva unei hotărâri numai o singură dată, dacă legea prevede același termen de exercitare pentru toate motivele existente la data declarării acelei căi de atac. (2) Dacă prin aceeași hotărâre au fost soluționate și cereri accesorii, hotărârea este supusă în întregul ei căii de atac prevăzute de lege pentru cererea principală. (3) În cazul în care prin aceeași hotărâre au fost soluționate mai multe cereri principale sau incidentale, dintre care unele sunt supuse apelului, iar altele recursului, hotărârea în întregul ei este supusă apelului. Hotărârea dată în apel este supusă recursului. (4) Dacă hotărârea cu privire la o cerere principală sau incidentală nu este supusă nici apelului și nici recursului, soluția cu privire la celelalte cereri este supusă căilor de atac în condițiile legii. (5) În cazurile prevăzute la alin. (2)-(4), termenul de apel sau, după caz, de recurs este cel de drept comun, chiar dacă prin legi speciale se prevede altfel.”
- <sup>31</sup> A se vedea, I. Deleanu, *op. cit.*, 2009, p. 35-37, I. Leș, *op. cit.*, 2013, p. 618.
- <sup>32</sup> Este vorba despre situația când aceste îndrumări nu au legătură cu respingerea acțiunii cu care a fost investită pe motiv de alegere greșită a căii de a se adresa instanței. Aceasta, deoarece, dacă instanța a fost investită cu soluționarea unei acțiuni în evacuare și o respinge ca inadmisibilă, considerentele în care arată că trebuia exercitată o acțiune în revendicare nu sunt susceptibile de exercitarea căii de atac prevăzută de art. 461 alin. (2) NCPC. Desigur, instanța de control judiciar poate fi sesizată cu nelegalitatea soluției cuprinsă în dispozitiv și explicitată în considerente și poate aprecia că prima instanță a dezlegat greșit natura juridică a acțiunii, situație în care va admite calea de atac, va respinge



excepția de fond a inadmisibilității și va rejudeca acțiunea sau va trimite cauza spre rejudecare, dacă părțile solicită acest lucru, după distincțiile cuprinse în art. 480 alin. (3) NCPC, privind soluțiile pe care le poate pronunța instanța de apel.

<sup>33</sup> A se vedea, de exemplu, decizia civilă nr. 1569/R din 24 iunie 2010 a Curții de Apel Cluj, Secția civilă, de muncă și asigurări sociale, pentru minori și familie, în *Buletinul Jurisprudenței 2010*, Ed. Universul Juridic, București, p. 410-411. „Instanța de apel a calificat greșit raporturile juridice dintre părți, pentru că vorbește de două convenții distincte, când, în realitate, așa cum rezultă din cele mai sus reținute, este vorba de o singură convenție modificată, nepunându-se problema, nici a executării, nici a rezoluțiunii a două convenții distincte, *sub acest aspect, recursul pârâtului fiind fondat, considerentele hotărârii prejudiciindu-l*, în condițiile în care, deși s-a dispus rezoluțiunea convenției și repunerea părților în situația anterioară, în sensul angajării răspunderii contractuale sub forma restituirii prețului actualizat, instanța de apel menținând soluția primei instanțe, aceasta face referire, în considerente, la posibilitatea de a cere rezoluțiunea ambelor convenții, de a solicita executarea silită a celei de a doua cu privire la un echivalent valoric, de a cere daune interese pentru diferența dintre prețul actualizat cu rata inflației și valoarea de circulație actuală a terenului obiect al contractului inițial.”

<sup>34</sup> Dacă nu exista vreun alt motiv de admitere a căii de atac, cum a fost în cazul deciziei civile nr. 1569/R din 24 iunie 2010 a Curții de Apel Cluj, mai sus citată.

<sup>35</sup> A se vedea, în acest sens, I. Leș, *op. cit.*, 2013, p. 172.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 167.

<sup>37</sup> Tribunalul judecând recursuri doar în cazurile expres prevăzute de lege, cum ar fi în situația în care judecătoria a respins ca inadmisibilă acțiunea ca urmare a admiterii excepției de necompetență generală sau internațională, art. 132 alin. (4) NCPC, art. 1070 alin. (1) NCPC sau când reclamantul a renunțat la judecată [art. 406 alin. (6) NCC] sau la dreptul subiectiv dedus judecății (art. 410) etc.

<sup>38</sup> A se vedea, în acest sens, Gh. L. Zidaru, *Noua reglementare a apelului...*, I. Deleanu, *Considerații cu privire la apel în ambianța proiectului Codului de procedură civilă*, în *Pandectele Române* nr. 12/2009, p. 15-41, S. Spinei, *Apelul (I). Fundamente ale apelului și caracterile sale în noul Cod de procedură civilă*, în *REVISTA ROMÂNĂ DE DREPT PRIVAT* nr. 4/2012, p. 122-148, *Apelul (II). Elementele, formele și procedura apelului în noul Cod de procedură civilă*, în *REVISTA ROMÂNĂ DE DREPT PRIVAT* nr. 5/2012, p. 221-248.

<sup>39</sup> Este adevărat că, anterior publicării prezentului studiu, a apărut deja o lucrare ce tratează inclusiv această problemă, la care vom face trimitere. Este vorba despre I. Leș, *op. cit.*, 2013, p. 637-638, p. 643.

<sup>40</sup> În același sens, I. Leș, *op. cit.*, 2013, p. 636.

<sup>41</sup> Pentru limitele devoluțiunii în caz de nemotivare a apelului, a se vedea decizia civilă nr. 2890 din 8 septembrie 2011 a Curții de Apel Cluj, Secția civilă, de muncă și asigurări sociale, pentru minori și familie. „Dacă apelul nu a fost motivat, instanța de apel trebuie să aibă în vedere cele invocate de apelant în fața primei instanțe, spune textul art. 292 alin. 2 Cod proc. civ. Atunci când este vorba de reclamant, o astfel de verificare a motivelor invocate în fața primei instanțe este simplă, pentru că motivele apar în cererea sa de chemare în judecată, care trebuie să întrunească condițiile prev. de art. 112 Cod proc. civ. În ceea ce-l privește pe pârât, acesta trebuie să depună întâmpinare, conform art. 118 alin. 1 Cod proc. civ., întâmpinare ce cuprinde poziția sa, conform dispozițiilor art. 115, însă sancțiunea nedepunerii întâmpinării este doar decăderea din dreptul de a invoca excepțiile relative. În situația în care pârâtul nu depune întâmpinare, evident, acesta nu-și exprimă poziția față de cererea de chemare în judecată în fața primei instanțe. Dacă declară apel și nu-l motivează, cum este situația în

speță, instanța de apel, tocmai având în vedere caracterul devolutiv al apelului, va aprecia starea de fapt din toate punctele de vedere, tocmai pentru că nu sunt fixate limitele devoluțiunii prin motivele de apel, putând avea în vedere orice împrejurare ce ar fi favorabilă pârâtului apelant. Este adevărat că, așa cum susțin reclamantii, aceasta pare a fi un premiu pentru pârâtul aflat în pasivitate, însă, pe de altă parte, acesta suportă riscul ca instanța să nu observe o împrejurare de natură să schimbe soluția adoptată prin hotărârea obiect al căii de atac.”

<sup>42</sup> Menționăm că, potrivit art. 85 alin. (1) NCPC, mandatul judiciar dat unei persoane care nu este avocatul sau consilierul juridic al părții trebuie să îmbrace forma autentică.

<sup>43</sup> Vezi *supra*, pct. 2.1.2.

<sup>44</sup> Vezi *supra* pct. 5.1.

<sup>45</sup> A se vedea, în acest sens, L. Gh. Zidaru, *Noua reglementare a recursului în Proiectul de lege privind Codul de procedură civilă*, în Suplimentul la Curierul Judiciar nr. 10/2009, V. M. Ciobanu, *Aspecte noi privind recursul în procesul civil în lumina proiectului Codului de procedură civilă*, în REVISTA ROMÂNĂ DE DREPT PRIVAT nr. 1/2009, p. 76-89, G.C. Frențiu, *Unele considerații privind recursul în reglementarea dată de proiectul noului Cod de procedură civilă*, în REVISTA ROMÂNĂ DE DREPT PRIVAT nr. 4/2009, p. 59-78, I. Leș, *Dispozitivul hotărârii judecătorești și procedura de filtrare a recursului în viziunea proiectului noului Cod de procedură civilă*, în Dreptul nr. 10/2009, p. 11-40, I. Deleanu, *Recursul în ambianța proiectului Codului de procedură civilă*, în Pandectele române nr. 11/2009, p. 15-40, A. Dobre, *Recursul în proiectul noului Cod de procedură civilă*, în Revista română de drept al afacerilor nr. 1/2010, p. 53-81, C. Roșu, A. Fanu-Moca, *Recursul incident și recursul provocat reglementate de noul Cod de procedură civilă prin reluarea dispozițiilor omonime din procedura căii ordinare a apelului*, în Dreptul nr. 11/2010, p. 43-48, I. Leș, *op. cit.*, 2013, p. 664-714.

<sup>46</sup> Vezi *supra*, pct. 5.1.

<sup>47</sup> Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă a fost publicată în M. Of., Partea I, nr. 485 din 15 iulie 2010, fiind republicată în baza art. 80 din Legea nr. 76/2012 în M. Of., Partea I, nr. 365 din 30 mai 2012, dându-se textelor o nouă numerotare.

<sup>48</sup> De fapt, ar fi fost o soluție de modificare fiind vorba de motivul prev. de art. 304 pct. 9 CPC privind aplicarea greșită a normei de drept substanțial. A se vedea, în acest sens, S. Spinei, *Recursul în procesul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 236-237, N. Mănicuțiu, *Soluțiile instanței de recurs*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 805-806.

<sup>49</sup> A se vedea, în acest sens, L. Gh. Zidaru, *Noua reglementare a recursului...*, p. 31, V. M. Ciobanu, *Aspecte noi privind recursul...*, p. 84.

<sup>50</sup> Pentru terminologie și analiza instituției, a se vedea L.A. Viorel, *Exercitarea recursului nemijlocit în noul Cod de procedură civilă*, în Revista română de drept privat nr. 5/2012, p. 249-259.

<sup>51</sup> Pentru sensul noțiunii de hotărâre pronunțată în ultimă instanță, a se vedea *supra*, 3.1.4.

<sup>52</sup> Vezi *supra*, pct. 4.

<sup>53</sup> L. A. Viorel, *op. cit.*, p. 258.

<sup>54</sup> Cererea este de competența instanței de executare, iar hotărârea este supusă apelului. Pentru un comentariu recent al art. 723 NCPC, a se vedea I. Leș, *op. cit.*, 2013, p. 1012-1013.

## **ARTICOLE**

### **CONSTITUIREA TRIBUNALULUI ARBITRAL ȘI PROCEDURA ARBITRALĂ ÎN ARBITRAJUL INTERNAȚIONAL POTRIVIT DISPOZIȚIILOR NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ**

**Sergiu DELEANU\***

**Résumé:** *La constitution du tribunal arbitral et la procédure arbitrale dans l'arbitrage international selon les dispositions du nouveaux code de procedure civile.* Les dispositions du code de procédure civile consacrés à l'arbitrage international s'appliquent lorsque le siège de l'arbitrage est situé en Roumanie et qu'au moins une des parties n'avait pas, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, de domicile, residence habituelle ou siège en Roumanie, à condition que les parties n'ont pas exclu par la convention d'arbitrage ou ultérieurement, mais seulement par écrit, l'application de ces règles. Le code de procédure civile prévoit que les arbitres sont désignés, révoqués ou remplacés conformément aux dispositions de la convention d'arbitrage ou selon les règles établies par les parties ultérieurement à la conclusion de la convention d'arbitrage et, qu'à défaut, la partie intéressé peut demander au tribunal du siège de l'arbitrage d'exercer ces prérogatives. Ainsi, les parties peuvent designer directement les arbitres; le tribunal arbitral ne doit pas résoudre un conflit des lois pour déterminer la loi applicable à la procedure arbitrale, inclusivement à la constitution du tribunal arbitral. Toutefois, si les parties choisissent la loi applicable à la procédure arbitrale, qui gouvernera alors aussi la constitution du tribunal arbitral, et cette loi comporte des règles impératives en matière de constitution d'un tribunal arbitral international, celles-ci devront être respectées.

L'arbitre peut être récusé por les motifs suivants: il n'a pas la qualification demandée par les parties; pour une des causes de récusation établies dans le cadre des règles applicables à la procedure arbitrale qui ont été choisies par les parties ou, à défaut, par les arbitres; si les circonstances induisent un doute légitime concernant l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Ces dispositions sont en consonance avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui analyse l'indépendance et l'impartialité du juge ou de l'arbitre en fonction des circonstances concrètes de la cause, et pour laquelle les simples apparences peuvent engendrer un doute légitime concernant ces garanties du procès. Si les parties n'ont pas prévu la procédure de récusation, la juridiction étatique du lieu du siège de l'arbitrage se prononcera sur la récusation par arrêt non susceptible de recours.

Dans le cadre des dispositions consacrées à l'arbitrage en général, le code de procédure civile maintient la règle qui prévoyait que le tribunal arbitral doit comprendre un nombre impair d'arbitres. Cette règle peut s'appliquer à titre subsidiaire dans l'arbitrage international lorsque les parties ou, à défaut, les arbitres n'ont pas réglé la constitution du tribunal arbitral.

*En revanche, la nouvelle réglementation ne pose plus aucune condition concernant la nationalité des arbitres.*

*Le code de procédure civile dispose aussi que les parties peuvent, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale ou peuvent soumettre celle-ci à la loi de procédure qu'elle choisissent; et que, dans le silence des parties, le tribunal arbitral règle la procédure par une des modalités mentionnées ci-dessus. Les parties peuvent ainsi régler elles-mêmes l'intégralité des questions de procédure dans leur convention; elles peuvent combiner des principes appartenant à des lois étatiques différentes, se référer à un règlement d'arbitrage ou soumettre la procédure à une loi qui n'est pas nécessairement celle qui régit le fond du litige. Quant aux arbitres, ils se voient reconnaître la même liberté que les parties.*

**Mots clés:** Arbitres, récusation, nombre des arbitres, nationalité des arbitres, procédure arbitrale

**Cuvinte cheie:** Arbitrii, recuzarea, numărul arbitrilor, cetățenia arbitrilor, procedura arbitrală

**1. Tribunalul arbitral.** În cadrul acestei secțiuni înțelegem să ne oprim asupra următoarelor aspecte generale:

A) *Arbitrii.* Alegerea arbitrilor de către părți reprezintă un avantaj al arbitrajului, care nu poate să fie deplin valorificat decât în condițiile în care părțile beneficiază de acest drept fără să fie necesară soluționarea unui conflict de legi, în vederea determinării legii care guvernează procedura arbitrală, inclusiv constituirea tribunalului arbitral. Potrivit art. 1113 alin. (1) C. pr. civ., numirea, revocarea și înlocuirea arbitrilor se realizează conform convenției arbitrale sau celor stabilite de părți ulterior încheierii acesteia, iar în lipsă, partea interesată poate solicita tribunalului de la sediul arbitrajului să facă acest lucru. Articolul. V parag. 1 lit. d) din Convenția pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine, încheiată la New York, în anul 1958, prevede că recunoașterea și executarea sentinței vor fi refuzate la cererea părții contra căreia ea este invocată dacă aceasta face dovada că constituirea tribunalului arbitral sau procedura de arbitraj nu a fost conformă cu convenția părților sau, în lipsă de convenție, că ea nu a fost conformă cu legea țării unde a avut loc arbitrajul. Corespunzător normelor materiale uniforme de la art. IV parag. 1 din Convenția europeană de arbitraj comercial internațional, încheiată la Geneva, în anul 1961, părțile la convenția de arbitraj sunt libere să prevadă că litigiile lor vor fi supuse unei instituții permanente de arbitraj, situație în care arbitrajul se va desfășura în conformitate cu regulamentul instituției

desemnate sau că litigiile lor vor fi supuse unei proceduri arbitrale ad-hoc, părțile având în acest caz posibilitatea să desemneze arbitrii sau să stabilească modalitățile potrivit cărora vor fi desemnați arbitrii în ipoteza unui litigiu, să determine locul arbitrajului și să fixeze regulile de procedură pe care le vor urma arbitrii.

În situația în care părțile aleg însă legea aplicabilă procedurii arbitrale, ele trebuie să respecte prevederile imperative ale acesteia referitoare la constituirea tribunalului arbitral.

În mod discutabil, Regulile de procedură arbitrală ale CAB prevăd că autoritatea de nominare desemnează arbitrii [art. 17, 19 și 88 alin. (2) din cuprinsul acestora], doar în arbitrajul ad-hoc părțile beneficiind de acest avantaj [art. 1 alin. (4) din aceste reguli]. Articolul 12 din Regulamentul de arbitraj al Camerei Internaționale de Comerț din Paris permite părților să își desemneze arbitrii.

În arbitrajul internațional, potrivit Convenției de la New York, arbitru poate să fie nu numai o persoană fizică, ci și o persoană juridică. Astfel, conform art. I parag. 2 din această convenție, prin „sentințe arbitrale” se înțeleg nu doar sentințele date de către arbitrii numiți pentru cazuri determinate, ci, de asemenea, și acelea care sunt date de către organe de arbitraj permanente cărora părțile li s-au supus<sup>1</sup>.

*B) Recuzarea.* Arbitrul poate fi recuzat: a) când nu are calificarea stabilită de părți; b) când există o cauză de recuzare dintre cele prevăzute de regulile de procedură arbitrală adoptate de părți sau, în lipsă, de arbitri; c) când împrejurările induc o îndoială legitimă cu privire la independența și imparțialitatea sa – art. 1.113 alin. (2) C. pr. civ.

Articolul 1.113 alin. (2) C. pr. civ. evidențiază posibilitatea ca părțile să instituie anumite exigențe particulare referitoare la calificarea arbitrilor (de exemplu, ca supraarbitrul să fie un jurist).

Totodată, se poate observa că arbitrul poate să fie recuzat nu numai pentru cauzele stabilite în cadrul regulilor de procedură arbitrală adoptate de părți ori de arbitri, ci și în situația în care circumstanțele induc o îndoială legitimă cu privire la independența și imparțialitatea acestuia.

Dispozițiile art. 1.113 alin. (2) lit. c) C. pr. civ. sunt în consonanță cu jurisprudența C.E.D.O., care a distins între „parțialitatea obiectivă” – derivată chiar și numai din aparențe – și „parțialitatea subiectivă” – dedusă din ceea ce judecătorul sau arbitrul crede în forul său interior, în legătură cu un litigiu cu soluționarea căruia a fost investit.<sup>2</sup>

Curtea recurge la examinarea împrejurărilor concrete ale cauzei pentru a decide dacă, în mod rezonabil, există o aparență de nonindependență<sup>3</sup>, dacă sunt sau nu oferite garanții suficiente pentru a exclude orice îndoială legitimă referitoare la independența și imparțialitatea judecătorului sau arbitrului.

În ceea ce privește imparțialitatea personală a unui judecător ori arbitru, aceasta se prezumă până la proba contrară.

Potrivit art. 1.113 alin. (3) C. pr. civ., o parte nu poate recuza un arbitru pe care l-a desemnat sau la a cărui numire a contribuit decât pentru o cauză de care a luat cunoștință după această numire. Tribunalul arbitral și cealaltă parte trebuie înștiințate fără întârziere despre motivul de recuzare.

Aceste prevederi credem că au menirea de a arăta că unele circumstanțe pot să fie considerate de partea interesată ca elemente care nu generează o aparență sau suspiciune de parțialitate a arbitrului. Prin urmare, asemenea circumstanțe, cunoscute anterior constituirii tribunalului arbitral, nu vor putea să fie invocate după desemnarea ori numirea arbitrului în cauză.

Ca principiu fundamental [art. 124 alin. (2) din Constituția României] și ca principiu convențional (art. 6 parag. 1 din Convenția europeană a drepturilor omului), imparțialitatea se subsumează însă noțiunii de ordine publică de drept internațional privat român. Așadar, nu s-ar putea considera că neinvocarea unui motiv cu privire la parțialitatea unui arbitru semnifică acceptul părții interesate de a fi judecată de un tribunal care nu este independent și imparțial. Instanța de control judiciar este datoare să asigure respectarea acestor exigențe, ele constituind o dimensiune fundamentală, inerentă a justiției.

Dacă părțile nu au stabilit procedura de recuzare, tribunalul de la sediul arbitrajului se pronunță asupra recuzării prin hotărâre definitivă.

*C) Numărul arbitrilor.* În cuprinsul Convenției de la New York și al Convenției de la Geneva nu există prevederi referitoare la numărul arbitrilor. Părțile au însă dreptul, pe temeiul art. V parag. 1 lit. d) din Convenția de la New York și al art. IV parag. 1 din Convenția de la Geneva, să stabilească, prin convenția de arbitraj, modul de constituire a tribunalului arbitral. În cazul în care părțile hotărăsc să supună litigiile lor unei instituții permanente de arbitraj, arbitrajul se va desfășura în conformitate cu regulamentul instituției desemnate<sup>4</sup>.

Corespunzător art. 556 C.pr.civ, în arbitrajul internațional care se judecă în România sau potrivit legii române, tribunalul arbitral va fi compus dintr-un număr impar de arbitri, fiecare dintre părți având dreptul să numească un număr egal de arbitri.

Dacă părțile nu au stabilit numărul arbitrilor, litigiul se judecă de trei arbitri, câte unul numit de fiecare dintre părți, iar al treilea – supraarbitrul – desemnat de cei doi arbitri.

Articolul 556 C. pr. civ. mai stipulează că, în situația în care există mai mulți reclamânți sau mai mulți pârâți, părțile care au interese comune vor numi un singur arbitru.

În legătură cu regula menționată se poate însă observa că, în Franța, Curtea de Casație a calificat vechea practică a Camerei Internaționale de Comerț din Paris prin care s-a impus mai multor părți să desemneze împreună un singur arbitru ca fiind contrară principiului egalității părților în ceea ce privește alegerea arbitrilor. Curtea a considerat că acest principiu este subsumat ordinii publice internaționale și că părțile nu pot renunța la dreptul de a desemna un arbitru înainte de nașterea unui litigiu, ci numai după ivirea acestuia.<sup>5</sup> Ca urmare a hotărârii Curții de Casație, Regulamentul de arbitraj al Camerei Internaționale de Comerț din Paris prevede, la art. 12 parag. 8, că tribunalul arbitral în integralitatea sa poate să fie numit de Curtea de arbitraj organizată pe lângă această Cameră.

Constituirea tribunalului arbitral trebuie să fie conformă cu convenția părților, iar comunicarea între părți a arbitrilor sau a arbitrilor propuși trebuie să se realizeze în mod corespunzător. Desființarea hotărârii arbitrale este posibilă dacă tribunalul arbitral nu a fost constituit în conformitate cu convenția arbitrală [art. 608 alin. (1) lit. c) C. pr. civ.]; recunoașterea și executarea sentinței pronunțată de un asemenea tribunal arbitral vor fi refuzate [art. V parag. 1 lit. d) din Convenția de la New York]; pentru motivele arătate mai sus, anularea într-unul dintre statele contractante a unei sentințe arbitrale va constitui temei de refuz al recunoașterii sau executării sentinței într-un alt stat contractant [art. IX parag. 1 lit. b) și d) din Convenția de la Geneva].

*D) Cetățenia arbitrilor.* În noua reglementare din Codul de procedură civilă este eliminată condiția cetățeniei române pentru arbitri.

Art. 369<sup>2</sup> din codul anterior permitea numai părții străine să numească un arbitru de cetățenie străină.

Partea română putea conveni, eventual, cu cocontractantul străin ca arbitrul unic sau supraarbitrul să fie cetățean al unui al treilea stat.

În cuprinsul Convenției de la New York și al Convenției de la Geneva nu sunt prevăzute restricții referitoare la numărul arbitrilor sau la cetățenia acestora. Textul art. III din Convenția de la Geneva prevede chiar, în mod expres, că, în arbitrajele supuse acesteia, străinii pot fi desemnați ca arbitri.

**2. Procedura arbitrală.** În această secțiune examinăm modalitățile de stabilire a procedurii arbitrale și domeniul de aplicare a regulilor care guvernează procedura arbitrală.

*A) Modalități de stabilire a procedurii arbitrale.* Articolul 1.114 C. pr. civ. sintetizează modalitățile de stabilire a regulilor procedurale de judecată, în condiții similare celor din dreptul intern.

Părțile pot stabili „direct” procedura arbitrală sau prin „referire” la regulamentul unei instituții de arbitraj ori o pot supune unei „legi procedurale la alegerea lor”.

Dacă părțile nu au procedat în niciuna dintre formele arătate, tribunalul arbitral stabilește procedura pe calea uneia dintre modalitățile evocate deja.

Oricare ar fi însă procedura arbitrală stabilită, tribunalul arbitral trebuie să garanteze egalitatea părților și dreptul lor de a fi ascultate în procedură contradictorie.

În arbitrajul internațional durata termenelor din materia arbitrajului se dublează.

Prevederile Convenției de la New York permit, de asemenea, părților să stabilească regulile de procedură corespunzător cărora se va desfășura arbitrajul. Astfel, potrivit art. V parag. 1 lit. d) din Convenție, recunoașterea și executarea sentinței vor fi refuzate dacă partea împotriva căreia ea este invocată face dovada în fața autorității competente a țării unde recunoașterea și executarea sunt cerute că constituirea tribunalului arbitral sau procedura de arbitraj nu a fost conformă cu convenția părților sau, în lipsă de convenție, că ea nu a fost conformă cu legea țării în care a avut loc arbitrajul. Reglementările arătate nu solicită părților să ia în considerare legea unui anumit stat, în calitate de lege aplicabilă procedurii arbitrale. Numai în eventualitatea în care părțile nu au stabilit regulile aplicabile în ceea ce privește constituirea tribunalului arbitral sau procedura de arbitraj se va ține seama de dispozițiile legii țării unde se desfășoară arbitrajul.

În mod similar, art. IV parag. 1 lit. b) din Convenția de la Geneva permite părților să fixeze, în cazul unui arbitraj ad-hoc, regulile de procedură pe care le vor urma arbitrii.

În ipoteza în care convenția de arbitraj nu conține indicații în legătură cu măsurile necesare pentru organizarea arbitrajului ad-hoc, aceste măsuri vor fi luate, dacă părțile nu se înțeleg asupra lor, potrivit art. IV parag. 3 din Convenție, de către arbitrii deja desemnați. Spre deosebire de prevederile Convenției de la New York, dispozițiile Convenției de la Geneva nu se mai referă însă la legea țării unde are loc arbitrajul, în calitate de lege aplicabilă, în mod subsidiar, procedurii arbitrale.

În cazul unui arbitraj instituționalizat, conform art. IV parag. 1 din Convenția de la Geneva, acesta se va desfășura corespunzător regulamentului instituției desemnate. Articolul IV parag. 1 nu prevede aplicarea unei anumite legi care să guverneze procedura arbitrală, dar dispozițiile din unele regulamente ale instituțiilor de arbitraj se completează cu prevederile de procedură civilă din statul unde se află sediul instituției în cauză

Stabilind prin convenția de arbitraj sau ulterior încheierii acesteia procedura de arbitraj, părțile nu sunt obligate să aibă în vedere un ansamblu preexistent de reguli care se aplică în domeniu. Ele pot să decidă că se vor aplica principiile de



procedură comune mai multor sisteme juridice, să combine regulile de procedură aparținând unor sisteme de drept diferite, să aleagă în calitate de lege aplicabilă procedurii arbitrale o lege diferită de legea fondului sau să se refere la regulamentul de arbitraj al unei anumite instituții.

În situația în care părțile aleg legea unui stat determinat care să guverneze procedura arbitrală, ele trebuie să respecte dispozițiile imperative ale acesteia.

Tribunalul arbitral are, aidoma părților, posibilitatea să ia în considerare regulile de procedură aparținând unui anumit sistem de drept, să combine regulile de procedură din mai multe sisteme juridice, să se refere la regulamentul de arbitraj al unei anumite instituții<sup>6</sup> etc.

Dispozițiile alin. (1) al art. 1.114 C. pr. civ. s-ar putea aplica și prin corelație cu prevederile alin. (2) al aceluiași articol. Astfel, părțile ar putea stabili numai câteva reguli fundamentale care să se aplice procedurii arbitrale, urmând ca tribunalul arbitral să reglementeze celelalte aspecte la începutul procesului arbitral sau, în limitele permise de principiile esențiale de procedură, pe parcursul acestuia, în funcție de problemele care se ridică în cauză (de exemplu, regulile aplicabile unei expertize care apare ca fiind necesară pentru soluționarea litigiului).

După cum am menționat, în cuprinsul alin. (3) al art. 1.114 C. pr. civ. se subliniază că, în toate situațiile, se impune respectarea principiilor esențiale de procedură din țara unde se desfășoară arbitrajul. Aceste principii nu pot să fie însă reduse la cele arătate în cadrul textului legal: principiul egalității părților și principiul contradictorialității. Alături de aceste principii vor trebui să fie avute în vedere și alte garanții procedurale fundamentale, în special cele la care se referă art. 6 parag. 1 din Convenția europeană a drepturilor omului, cum sunt, de exemplu, dreptul la un tribunal independent și imparțial, dreptul la un proces echitabil, egalitatea de arme și de mijloace procesuale, dreptul la un recurs efectiv.

Și în acest context își pot găsi aplicarea dispozițiile art. 1.122 C. pr. civ. care stipulează că orice aspecte privind constituirea tribunalului arbitral, procedura, hotărârea arbitrală, completarea, comunicarea și efectele acesteia, nereglementate de părți prin convenția arbitrală și neîncredințate de acestea rezolvării de către tribunalul arbitral, vor fi soluționate prin aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor cărții a IV-a.

Având în vedere că, în activitatea ei, Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României aplică, în calitate de *lex fori*, normele dreptului internațional privat român și că, potrivit art. 1 alin. (1) din Regulile de procedură ale CAB, acestea se completează cu dispozițiile de drept comun de procedură civilă, în jurisprudența CAB s-a statuat că, în lipsa unor precizări în clauza

contractuală referitoare la legea de procedură aplicabilă, litigiul urmează a se soluționa în conformitate cu Regulile de procedură ale CAB, completate cu dispozițiile Codului român de procedură civilă, ca legi de procedură ale forului de judecată<sup>7</sup>, chiar dacă, pe fond, se aplică o lege străină raporturilor juridice dintre părți<sup>8</sup>.

În general, în cadrul convențiilor internaționale și în dreptul intern al statelor nu se impune tribunalului arbitral să determine, de la momentul începerii judecării litigiului, ansamblul regulilor de procedură pe care le va lua în considerare, cu toate că stabilirea acestora în cursul soluționării cauzei ar putea să aibă caracter conjunctural și să defavorizeze una dintre părți. Așa fiind, credem că tribunalul arbitral este îndreptățit să reglementeze procedura de urmat după cum va aprecia mai potrivit, fără să nesocotească principiul egalității părților și dreptul lor de a fi ascultate în procedură contradictorie. Pentru părți este preferabil să cunoască de la început regulile pe baza cărora se va desfășura procedura arbitrală. Partea care se consideră nedreptățită are însă deschisă, în orice caz, posibilitatea de a cere anularea hotărârii arbitrale sau refuzarea *exequatur*-ului.

*B) Domeniul de aplicare a regulilor care guvernează procedura arbitrală.* În context, ne referim numai la câteva aspecte: limba în care se desfășoară procedura; măsurile provizorii și conservatorii; administrarea probelor.

Astfel cum precizează art. 1.115 C. pr. civ., dezbaterile litigiului în fața tribunalului arbitral se face în limba stabilită prin convenția arbitrală sau, dacă nu s-a prevăzut nimic în această privință ori nu a intervenit o înțelegere ulterioară, în limba contractului din care s-a născut litigiul ori într-o limbă de circulație internațională stabilită de tribunalul arbitral.

Dacă o parte nu cunoaște limba în care se desfășoară dezbaterile, la cererea și pe cheltuiala ei, tribunalul arbitral îi asigură serviciile unui traducător.

Părțile pot să participe la dezbateri cu traducătorul lor.

Potrivit art. 1.116 C. pr. civ., tribunalul arbitral poate dispune măsuri provizorii sau conservatorii la cererea uneia dintre părți, dacă nu e stipulat contrariul în convenția arbitrală.

Dacă partea vizată nu se supune voluntar măsurilor dispuse, tribunalul arbitral poate cere concursul tribunalului competent, care aplică propria lege. Dispunerea de măsuri provizorii sau conservatorii poate fi subordonată de arbitru sau judecător dării unei cauțiuni adecvate.

În cazul în care înaintea sau în cursul arbitrajului una dintre părți solicită instanței de judecată competente măsuri provizorii sau conservatorii, corespunzător art. VI parag. 4 din Convenția de la Geneva, cererea unor asemenea măsuri nu trebuie să fie considerată ca incompatibilă cu convenția de arbitraj și nici nu semnifică supunerea litigiului, în ceea ce privește fondul său, instanței judecătorești.

În acest sens sunt și dispozițiile art. 39 și 40 din Regulile de procedură ale CAB și ale art. 28 paragraf 2 din Regulamentul de arbitraj al CCI.

Tribunalul arbitral trebuie să fie informat asupra cererii și privitor la orice măsură luată de autoritatea judiciară competentă.

Înainte de constituirea tribunalului arbitral, intervenția instanței de judecată este admisibilă pentru luarea măsurilor care sunt urgente.

În cursul arbitrajului, intervenția instanței de judecată este necesară: în situațiile în care va trebui să se recurgă la măsuri de constrângere, întrucât arbitrii sunt judecători privați, ei nedispunând, așadar, de *imperium*; în cazul în care sunt vizați terți care nu pot fi implicați în procedura arbitrală, deoarece nu li se aplică prevederile convenției de arbitraj, sau dacă măsurile urgente pe care le-ar putea lua tribunalul arbitral ar întâmpina dificultăți de executare.

Având posibilitatea să stabilească regulile de procedură aplicabile, părțile ar putea chiar să decidă că tribunalul arbitral nu poate să ia anumite măsuri provizorii sau conservatorii.

Într-o altă variantă, părțile ar putea conveni să nu recurgă la instanțele de judecată pentru a solicita luarea unor astfel de măsuri. În doctrină s-a arătat însă că stipularea unor interdicții de această natură este susceptibilă să genereze dificultăți în ipotezele în care tribunalul arbitral nu poate să intervină și nu există măsuri de substituție care să fie avute în vedere, căci instanța de judecată care ar lua în considerare interdicția stabilită de părți s-ar face vinovată de denegare de dreptate.<sup>9</sup>

Conform art. 1.117 C. pr. civ., administrarea probelor se face de către tribunalul arbitral. Dacă pentru administrarea probelor este necesar concursul instanțelor judecătorești, tribunalul arbitral sau părțile, de acord cu tribunalul arbitral, pot solicita concursul tribunalului de la sediul arbitrajului, care aplică legea proprie.

Alte câteva precizări vor fi, poate, utile.

Pe planul dreptului comparat prescripția extinctivă este caracterizată diferit de la un sistem juridic la altul. Astfel, în cadrul sistemelor de *common law*, prescripția extinctivă este analizată ca o materie procedurală. În consecință, aceasta este supusă legii forului sesizat.<sup>10</sup> În sistemele de drept din Europa continentală, prescripția extinctivă este tratată ca o instituție de fond, căreia i se aplică, ca atare, *lex causae*. În sistemul nostru de reglementare, prescripția extinctivă a dreptului la acțiune este supusă legii care se aplică dreptului subiectiv însuși<sup>11</sup>.

Probele fiind mijloacele legale pentru stabilirea unui drept, s-ar putea afirma că ele sunt guvernate de legea fondului, care cârmuiește însuși dreptul subiectiv<sup>12</sup>. Actele juridice fiind supuse regimului probelor preconstituite, nu s-ar putea ignora regula *locus regit actum*. Apoi, în arbitrajul internațional, rațional și rezonabil, unele

soluții de compromis între poziția sistemelor de drept din Europa continentală și cea a sistemelor de *common law* nu numai că nu sunt excluse, dar, uneori, ele sunt și necesare. Mai observăm că deosebirile dintre sistemele de drept din Europa continentală și sistemele de *common law* sunt mai pronunțate, dar aceasta nu înseamnă că nu pot să fie evidențiate, în cadrul sistemelor de drept din Europa continentală, rezolvări diferite ale unor probleme procedurale.

Articolul 1.090 C. pr. civ. aduce precizările necesare privind legea aplicabilă în materia probelor în procesul civil internațional. Mijloacele de probă pentru dovedirea unui act juridic și forța probantă a înscrisului constatator sunt cele prevăzute de legea convenită de părți, când legea locului încheierii actului juridic le acordă această libertate. În lipsa acestei libertăți sau când părțile n-au uzat de ea, se aplică legea locului încheierii actului juridic. Probațiunea faptelor este supusă legii locului unde ele s-au produs ori au fost săvârșite. Cu toate acestea, legea română este aplicabilă, dacă ea admite și alte mijloace de probă decât cele prevăzute de legile stabilite conform prevederilor enumerate anterior în acest articol. Legea română se aplică și în cazul în care ea acceptă proba cu martori și cu prezumții ale judecătorului, chiar în situațiile în care aceste mijloace de probă n-ar fi admisibile conform legii străine declarate aplicabile. Proba stării civile și puterea doveditoare a actelor de stare civilă sunt guvernate de legea locului unde a fost întocmit înscrisul invocat. Administrarea probelor în procesul civil internațional este guvernată de legea română.

În procesul civil internațional instanța aplică legea procesuală română, sub rezerva unor dispoziții exprese diferite – art. 1.087 C. pr. civ.

Calificarea unei probleme ca fiind de drept procesual sau de drept substanțial se face conform legii române, sub rezerva instituțiilor juridice fără corespondent în dreptul român – art. 1.088 C.pr.civ

Calitatea procesuală a părților, obiectul și cauza acțiunii în procesul civil internațional se stabilesc conform legii care guvernează fondul raportului juridic dedus judecării – art. 1.089 C. pr. civ.

Soluțiile privitoare la proba legii străine pot să difere, după cum legea străină este tratată de organul de jurisdicție sesizat ca o *quaestio facti* sau, dimpotrivă, ca o *quaestio iuris*.

Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, aplicând dreptul internațional privat român ca lege a forului, ia în considerare legea străină în calitate de element de drept. Așadar, soluționarea unui litigiu prin arbitraj nu determină convertirea legii aplicabile în categoria simplelor fapte<sup>13</sup>.

Noul Cod civil român a menținut concepția corespunzător căreia legea străină se aplică în calitate de element de drept. Potrivit art. 2.562 alin. (1) C. civ., conținutul legii străine se stabilește prin atestări obținute de la organele statului care au edictat-o, prin avizul unui expert sau în alt mod adecvat.

Conform art. 2.563 C. civ., legea străină se interpretează și se aplică potrivit regulilor de interpretare și aplicare existente în sistemul de drept căruia îi aparține.

Sarcina probei, cu alte cuvinte repartizarea ei între reclamant și pârât, se realizează, după cum s-a arătat în literatura de specialitate, în conformitate cu legea fondului<sup>14</sup>. Adagiul *actori incumbit probatio* a fost receptat, în general, în cadrul tuturor sistemelor de drept ale statelor<sup>15</sup>. Această regulă a fost aplicată de tribunalele arbitrale fără să se pună problema soluționării unui conflict de legi<sup>16</sup>, ea fiind considerată o regulă a *lex mercatoria* sau care este subsumată ordinii publice transnaționale<sup>17</sup>. Între sistemele de drept există însă deosebiri substanțiale în domeniul prezumțiilor legale, care sunt cărmuite de legea fondului.

Administrarea probelor se face potrivit regulilor de procedură aplicabile în cauză. În materie pot să fie constatate deosebiri profunde între sistemele de drept din Europa continentală și sistemele de *common law*. În toate situațiile se impune, totuși, respectarea egalității de tratament, a dreptului la apărare și a principiului contradictorialității.

În cadrul sistemelor de drept din Europa continentală, partea căreia îi aparține sarcina probei va folosi mijloacele de dovadă pe care le apreciază corespunzătoare în vederea fundamentării pretențiilor sau a apărării sale. Părțile trebuie să-și comunice reciproc înscrisurile litigiului. Prezentarea documentelor deținute de partea adversă poate să fie ordonată de tribunalul arbitral, constituind un incident cu privire la probe.

Constituirea tribunalului arbitral, actele de procedură, precum citarea părților, termenele care trebuie respectate, formularea întâmpinării, modul de pregătire și de dezbateră a litigiului, deliberarea, pronunțarea și conținutul hotărârii arbitrale, efectele procedurale ale acesteia sunt guvernate, de asemenea, de regulile aplicabile procedurii arbitrale.

---

\* Conf.univ.dr., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; [sdeleanu@law.ubbcluj.ro](mailto:sdeleanu@law.ubbcluj.ro).

<sup>1</sup> În același sens, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, p. 493.

<sup>2</sup> Hotărârea C.E.D.O. din 1 octombrie 1982, în cauza *Piersack contra Belgiei*, parag. 30.

<sup>3</sup> Hotărârea C.E.D.O. din 6 iunie 2000, în cauza *Morel contra Franța*, parag. 40-42.

<sup>4</sup> Nu este exclus ca, potrivit Convenției de la New York, litigiul să se judece, de exemplu, de doi arbitri. Aplicând art. V parag. 1 lit. d) din Convenția de la New York, o instanță judecătorească a decis că s-a încălcat convenția părților care stabiliseră că litigiul va fi soluționat de un complet format din doi arbitri, în fapt participând la dezbateri și la pronunțarea sentinței trei arbitri, conform dispozițiilor legii engleze (Decizia Curții de Apel Florența din 13 aprilie 1978, cf. O. Căpățînă, *Circulația transnațională a sentințelor arbitrale*, în *Revista de drept comercial*, 1998, nr. 3, p. 8 și 9.

<sup>5</sup> A se vedea, hotărârea Curții de casație din 7 ianuarie 1992 în cauza Dutco, în Rev. arb., 1992, p. 470, cu notă de P. Bellet, precum și în Clunet, 1992, p. 707, cu notă de Ch. Jarrosson.

<sup>6</sup> A se vedea, de exemplu, sentința CCI nr. 5103/1998, cf. S. Jarvin, Y. Derains, J.-J. Arnaldez, Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1986-1990, ICC Publishing S.A., Paris-New-York, 1994, p. 362.

<sup>7</sup> Sentința CAB nr. 16/1994, în Jurisprudența comercială arbitrală 1953-2000, p. 148.

<sup>8</sup> Hotărârea CAB nr. 53/1985, în Repertoriul practicii arbitrale române de comerț exterior 1981-1985, p. 129.

<sup>9</sup> Ch. Seraglini, *L'arbitrage commercial international*, în Droit du commerce international, sub coordonarea lui J. Beguin și M. Menjucq, Ed.Litec, Paris, 2005, p. 949, nota 350.

<sup>10</sup> În acest sens, sentința CCI nr. 4491/1984, cf. S. Jarvin, Y. Derains, Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985, ICC Publishing S.A., Paris-New-York, 1990, p. 540.

<sup>11</sup> În practica arbitrală a CAB s-a reținut că termenele de prescripție extinctivă, deși sunt de ordine publică în dreptul intern, nu sunt de ordine publică în dreptul internațional privat, așa încât, dacă norma conflictuală română (inclusiv *lex voluntatis*) trimite la un sistem de drept străin, care conține alte termene de prescripție decât cele din dreptul român, aceste termene se vor aplica de către instanțele de judecată. (Hotărârea CAB nr. 100/1982, în Repertoriul practicii arbitrale române de comerț exterior 1981-1985, p. 105).

Art. 2515 din noul nostru Cod civil permite părților ca, în anumite limite, să modifice, prin acord expres, durata termenelor de prescripție sau să modifice cursul prescripției prin fixarea începutului acesteia ori prin modificarea cauzelor legale de suspendare ori de întrerupere a acesteia, după caz.

Conform art. 2.513 alin. (2) din același cod, în materie de arbitraj, prescripția poate fi opusă pe parcursul soluționării litigiului; potrivit art. 2.512 alin. (2) C. civ., organul de jurisdicție competent nu poate aplica prescripția din oficiu.

<sup>12</sup> A se vedea și O. Căpățînă, B. Ștefănescu, *Tratat de drept al comerțului internațional*, vol. I, Partea generală, Ed. Academiei, București, 1994, p. 187.

<sup>13</sup> Legea străină nu ar putea, totuși, să fie analizată de tribunalul arbitral ca o *quaestio facti*. Conflictul de legi apar între sisteme juridice aparținând unor state diferite, nu între o lege și un fapt. Iar intervenția normelor de ordine publică se poate, credem, justifica numai dacă legea care este luată în considerare se aplică în calitate de element de drept. (În sensul că teoria conform căreia legea străină trebuie să fie tratată ca o problemă de fapt ar fi potrivit să se impună în practica arbitrală internațională, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op. cit., p. 708).

<sup>14</sup> A se vedea: O. Căpățînă, B. Ștefănescu, op. cit., vol. I, p. 189; M de Boissesson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN, Joly, Paris, p. 732.

<sup>15</sup> Sentința CCI nr. 3344/1981, cf. S. Jarvin, Y. Derains, op. cit., p. 446.

<sup>16</sup> A se vedea, de pildă, sentința CCI nr. 2508/1976, cf. S. Jarvin, Y. Derains, op. cit., p. 293.

<sup>17</sup> Sentința CCI nr. 3344/1981, cf. S. Jarvin, Y. Derains, op. cit., p. 446.

## **ARTICOLE**

### **UNELE OBSERVAȚII PRIVIND DESPĂGUBIRILE ÎN CAZ DE DIVORȚ CONFORM ART. 388 DIN NOUL COD CIVIL**

**Marius FLOARE\***

**Abstract: Remarks Regarding Divorce Damages According to art. 388 of the New Civil Code.** Article 388 of the New Civil Code specifically provides, for the first time in our civil legislation, the award of damages to the innocent spouse in case of divorce. The inspiration for this new provision is the French Civil Code which has provided for this sort of damages since 1941 on the basis of previous case law. This new legislation is not without its challenges because the special divorce damages must be required during the divorce procedure for damaging consequences that would be fully known only after the divorce is final. Like so many times in the last two centuries, many lessons can be learned from the French experience, bearing in mind the differences which have arisen since the 2004 restrictive revision of article 266 of the French Civil Code and the more generous provisions of the French divorce compensatory award. The common torts law is still to be considered in the case of divorce either as the general framework for all tort damages or as a complementary ground for damage awards for cases where the special provisions do not apply.

**Cuvinte cheie:** divorț, despăgubiri, răspundere civilă, prestație compensatorie

**Keywords:** divorce, damages, torts, compensatory award

1. Art. 388 NCC reprezintă o inovație în legislația noastră civilă, reglementând expres dreptul soțului „nevinovat” de soluția căsătoriei de a obține despăgubiri pentru prejudiciile (se subînțelege materiale și morale) cauzate prin desfacerea căsătoriei: *Distinct de dreptul la prestația compensatorie prevăzut la art. 390, soțul nevinovat, care suferă un prejudiciu prin desfacerea căsătoriei, poate cere soțului vinovat să îl despăgubească. Instanța de tutelă soluționează cererea prin hotărârea de divorț.* Această reglementare a dreptului la despăgubiri pentru prejudicii cauzate de divorț poate fi considerată până la urmă un caz particular de răspundere civilă delictuală<sup>1</sup>. Reglementarea de drept comun din primele două alineate ale art. 1.349 NCC<sup>2</sup> este poate chiar mai generoasă, chiar dacă nespecifică, prin aceea că nu condiționează, așa cum face reglementarea specială din art. 388 NCC, antrenarea

răspunderii civile de un anumit cadru procesual sau de „nevinovăția” creditorului, pe când răspunderea specială se antrenează doar dacă despăgubirile se solicită în cadrul procesului de divorț (din interpretarea *per a contrario* a prevederilor tezei finale a art. 388 NCC conform căroră *instanța de tutelă soluționează cererea prin hotărârea de divorț*) și doar dacă solicitarea de despăgubiri e formulată de soțul „nevinovat” în cadrul unui divorț unde se statuează asupra culpei.

Așa cum s-a arătat în doctrina recentă<sup>3</sup>, dreptul la despăgubiri se naște doar în cazul defacerii căsătoriei din culpa exclusivă a potențialului debitor, pentru orice prejudicii de natură materială sau morale cauzate ca urmare a defacerii căsătoriei. Având în vedere contextul acestei răspunderi civile speciale, probabilitatea dovedirii existenței unor prejudicii materiale este marginală<sup>4</sup>, fiind dificilă dovedirea existenței unei legături de cauzalitate între divorț și consecințele patrimoniale nefavorabile ale acestui eveniment care, prin ipoteză, nu s-a produs încă (despăgubirile trebuie solicitate în cadrul procesului de divorț pentru prejudicii ce se vor produce ca urmare a divorțului).

2. Inspirația pentru această reglementare din art. 388 NCC este, cel mai probabil, forma anterioară a art. 266 din Codul civil francez, care prevede astăzi, în urma modificărilor din 2004 aduse prin Legea nr. 439 din 26 mai 2004<sup>5</sup> că daunele-interese pot fi acordate unuia dintre soți pentru repararea consecințelor de *o gravitate deosebită* (sublinierea noastră) pe care le suferă din cauza disoluției căsătoriei, fie că este pârât într-un divorț pentru alterarea definitivă a legăturii conjugale (echivalentul *grosso modo* din dreptul actual francez al divorțului pentru separare în fapt care a durat mai mult de 2 ani din art. 373 lit. c NCC) care nu a cerut și el defacerea căsătoriei sau că divorțul este pronunțat din culpa exclusivă a celuilalt soț, aceste daune-interese putând fi solicitate doar cu ocazia procesului de divorț<sup>6</sup>. Reglementarea franceză a unei răspunderi delictuale speciale cu ocazia divorțului își are originile în 1941, consacrand o jurisprudență anterioară bazată pe prevederile dreptului comun<sup>7</sup>. Reglementarea de până în 2004 era mai puțin restrictivă decât cea actuală, în sensul neprevederii condiției gravității deosebite a prejudiciului ci doar a posibilității reparării prejudiciului material sau moral cauzat celuilalt soț de disoluția căsătoriei din culpa exclusivă a unuia dintre soți<sup>8</sup>.

În dreptul francez se fac distincții subtile între răspunderea bazată pe art. 266 C.civ. francez, care ar privi doar repararea prejudiciilor născute din ruperea legăturii conjugale, și răspunderea de drept comun bazată pe prevederile art. 1382 C.civ. francez, care redevine utilă atunci când se solicită compensarea unor prejudicii distincte<sup>9</sup>, materiale sau morale, chiar și cu prilejul divorțului. Unii autori apreciază că cele două prevederi legale au obiecte distincte, nefiind aplicabil adagiul *specialia generalibus derogant*, cu consecința practică a nelegalității respingerii unor pretenții întemeiate pe



dreptul comun când condițiile acestuia sunt reunite<sup>10</sup>. Forma anterioară anului 2004 a art. 266 C.civ.fr. menționa expres posibilitatea reparării pe acest temei atât a prejudiciilor morale cât și a celor materiale, dar modificarea din 2004 a lăsat să planeze incertitudini asupra temeiului de drept comun sau special al compensării prejudiciilor morale născute cu ocazia divorțului<sup>11</sup>.

**3.** Deși această reglementare românească (art. 388 NCC) a fost receptată ca o mare noutate în anul 2011<sup>12</sup>, credem că, în realitate, aplicabilitatea sa practică și consecințele patrimoniale pe care le va produce vor fi destul de reduse datorită multiplelor probleme de dovedire a tuturor elementelor răspunderii civile delictuale (și este bine știut adevărul adagiului *idem este non esse et non probari*) în contextul deosebit de restrictiv, material și procedural, reglementat de această nouă normă legală.

Textul art. 388 NCC este destul de laconic, din cuprinsul său rezultând următoarele elemente: distincția categorică între dreptul la despăgubiri și dreptul la prestație compensatorie (reglementată de art. 390 NCC), limitarea subiectului activ al raportului juridic de răspundere civilă la soțul „nevinovat”, restrângerea simultană atât a sferei faptelor ilicite cauzatoare de prejudicii cât și a raportului de cauzalitate la cele legate de „desfacerea căsătoriei”, limitarea subiectului pasiv al raportului juridic de răspundere la soțul „vinovat”, limitarea procedurală a posibilității de a obține despăgubiri la „hotărârea de divorț”. Vom analiza pe rând fiecare dintre aceste elemente pentru a vedea cum se articulează specificul lor pe „scheletul” răspunderii civile delictuale de drept comun.

**4.** Prima delimitare categorică introdusă de legiuitorul român este între despăgubirile reglementate de art. 388 NCC și o altă mare noutate a divorțului reglementat de NCC, posibilitatea de a obține o prestație compensatorie, aceasta din urmă reglementată extensiv de art. 390-395. Având în vedere noutatea ambelor reglementări, preluate pe aceeași filieră francofonă<sup>13</sup>, este firească grija legiuitorului de a face o necesară distincție între despăgubiri și prestația compensatorie, mai ales că cele două se pot cumula și că există o multitudine de elemente superficiale de apropiere între reglementări, fiecare prestație fiind posibil a fi acordată doar cu ocazia divorțului și doar soțului nevinovat. Prestația compensatorie reglementată de art. 390-395 NCC nu este însă o formă a răspunderii civile delictuale ci mai degrabă o formă mai „generoasă” a pensiei de întreținere. Spre deosebire de această din urmă, prestația compensatorie nu este condiționată de starea de nevoie decurgând din incapacitatea de a munci ci presupune o simplă disparitate a nivelului de trai. Art. 390 al. 3 NCC prevede expres că prestația compensatorie și pensia de întreținere între soți nu se pot cumula.

Doctrina recentă consideră că prestația compensatorie ar avea un caracter hibrid între indemnizație<sup>14</sup> reparatorie și prestație de întreținere<sup>15</sup>, deși caracterul său de reparație este contestabil prin prisma legăturii doar indirecte de cauzalitate între fapta ilicită a debitorului (care a constituit prin ipoteză motivul de divorț din culpă exclusivă) și scăderea după divorț a nivelului de trai al celuilalt soț „nevinovat”, scădere produsă ca urmare a lipirii sale de sprijinul material din timpul căsătoriei.

5. Despăgubirile reglementate de art. 388 NCC se pot acorda doar în situațiile în care subiectul activ al raportului obligațional este un soț „nevinovat” iar subiectul pasiv este soțul „vinovat” de divorț. Această caracterizare a subiecților raportului obligațional presupune cu necesitate existența unui tip de divorț în urma căruia instanța statuează asupra culpei soților, fiind astfel excluse implicit divorțul prin consimțământ mutual, inițial sau survenit, reglementat de art. 373 lit. a NCC, divorțul motivat de starea de sănătate a unui dintre soți reglementat de art. 373 lit. d NCC (unde art. 381 NCC exclude expres orice mențiune privind culpa soților), precum și divorțul din culpă comună sau din culpa exclusivă a creditorului<sup>16</sup>. Despăgubirile se pot acorda în cazul divorțului la cererea unuia dintre soți (art. 373 lit. b NCC) fie pentru reclamant, dacă desfacerea căsătoriei se datorează culpei exclusive a pârâtului, fie pentru pârât în baza unei cereri reconvenționale, dacă desfacerea căsătoriei se datorează culpei exclusive a reclamantului-pârât reconvențional<sup>17</sup>. Art. 388 NCC mai poate opera în folosul pârâtului inițial, dacă există o cerere reconvențională în acest sens, și în cazul divorțului pentru separație de fapt care a durat mai mult de 2 ani (reglementat de art. 373 lit. c NCC), unde culpa exclusivă în desfacerea căsătoriei este atribuită *ex lege* reclamantului (art. 379 al. 2 NCC).

6. Particularitățile care vor cauza, în opinia noastră, cea mai severă restrângere a aplicabilității practice a acestui tip special de răspundere delictuală sunt însă cele legate de restrângerea simultană atât a sferei faptelor ilicite cauzatoare de prejudicii cât și a raportului de cauzalitate la cele legate de *desfacerea căsătoriei*. Practic este necesar ca, încă înainte de desfacerea căsătoriei (întrucât ne aflăm, prin ipoteză, în cursul procesului de divorț, când desfacerea căsătoriei este o simplă eventualitate), creditorul să anticipeze, să solicite și mai ales să probeze prejudiciile materiale sau morale pe care viitoarea desfacere a căsătoriei i le va cauza<sup>18</sup>. *Stricto sensu*, evenimentul prejudiciabil este chiar desfacerea căsătoriei în sine, și eventualele prejudiciile materiale sau morale trebuie să se afle în legătură de cauzalitate chiar cu divorțul în sine. Într-o interpretare riguroasă a textului legal în vigoare, faptele care constituie motivele de divorț propriu-zise (de exemplu infidelitatea, încălcarea obligației de respect sau de sprijin moral, încălcarea nemotivată a obligației soților de a locui împreună, violența

conjugală etc.) nu ar fi cele vizate de art. 388 NCC întrucât acesta se referă la *prejudiciu* [cauzat] *prin desfacerea căsătoriei* ori motivele de divorț tind să susțină existența unui prejudiciu (de regulă moral) prin chiar *continuarea căsătoriei* în aceste condiții improprii. Practic, prejudiciile reparabile pe temeiul art. 388 NCC trebuie să se afle în legătură de cauzalitate cu actul jurisdicțional al divorțului sau cel puțin cu procesul de divorț sau cu circumstanțele sale (divorțul din culpă fiind întotdeauna unul judiciar, divorțul administrativ sau cel pe cale notarială fiind ambele divorțuri prin acordul soților, unde nu se statuează în niciun fel asupra culpei).

Pe melegurile dreptului civil francez, de unde doctrina de specialitate română își trage frecvent seva, jurisprudența merge într-o direcție oarecum similară. Unele decizii izolate susțin un punct de vedere foarte restrictiv, arătând că desfacerea căsătoriei este în măsură să repare în sine sau cel puțin să facă să înceteze producerea unor prejudicii de natură nepatrimonială, iar pentru despăgubirile întemeiate pe art. 266 C.civ. fr. (corespunzător art. 388 NCC) ar fi necesar un prejudiciu material sau moral distinct. Această orientare este puternic dezavuată de Curtea de Casație și de doctrina de specialitate<sup>19</sup>, arătându-se că art. 266 C.civ. francez este prin excelență baza legală a reparării prejudiciilor cauzate prin ruperea legăturii conjugale, art. 1382 C.civ. fr. servind pentru repararea celorlaltor prejudicii, de exemplu adulterul fiind o faptă ilicită care duce la declanșarea incidenței art. 266 C.civ. fr., dar aceeași faptă poate cauza și alte prejudicii reparabile pe temeiul dreptului comun, susținându-se chiar că prestația compensatorie este de fapt calea prin care se repară prejudiciul material cauzat de divorț în sine prin scăderea nivelului de trai<sup>20</sup>. S-a mai arătat într-o formulare concisă că prestația compensatorie repară prejudiciul cauzat de divorțul propriu-zis, despăgubirile speciale servesc la repararea de către soțul exclusiv vinovat de divorț a prejudiciului cauzat de circumstanțele divorțului iar dreptul comun intervine unde e vorba de prejudicii cauzate de circumstanțele vieții de cuplu în general<sup>21</sup>.

7. Un alt aspect care face și mai dificilă obținerea de despăgubiri în aceste condiții restrictive este și respectarea cerințelor de drept comun privind prejudiciul, condiții precizate de doctrina de drept civil: să fie cert, direct, personal și să rezulte din încălcarea sau atingerea unui drept sau a unui interes legitim<sup>22</sup>. În toate cazurile reglementate de art. 388 NCC, prejudiciul nu poate fi decât unul viitor, astfel că stabilirea caracterului său cert presupune ca prejudiciul viitor să fie unul sigur, atât sub aspectul existenței cât și al întinderii sale, prejudiciile viitoare și eventuale neputând da naștere la reparare până când nu este sigură producerea lor<sup>23</sup>. Caracterul direct al prejudiciului presupune, în contextul art. 388 NCC, existența unei legături de cauzalitate între desfacerea căsătoriei și rezultatul dăunător<sup>24</sup>, ceea ce nu este atât de ușor de dovedit la momentul la care divorțul însuși este o simplă eventualitate. Noua legislație civilă

(art. 1385 al. 4 NCC) permite însă, după modelul consacrat de jurisprudența franceză chiar pe temeiul unor reglementări cvasi-identice cu vechiul nostru Cod civil din 1864, și repararea prejudiciilor cauzate prin pierderea unei șanse de a obține un avantaj sau de a evita o pagubă, reparația urmând a fi proporțională cu *probabilitatea* obținerii avantajului sau evitării pagubei.

8. În Franța, condițiile prestației compensatorii întemeiate pe art. 270 și urm. C.civ. fr. sunt mult mai puțin restrictive decât în NCC, lipsind condiția duratei de minim 20 de ani a căsniciei și condiția culpei exclusive la divorț a debitorului prestației<sup>25</sup>. În această situație, pe temeiul art. 266 C.civ. fr. în forma în vigoare între 1975-2004 sau în forma mai restrictivă în vigoare din 2005 (care prevede condiția prejudiciului de o *gravitate deosebită*), practica judiciară și doctrina de specialitate au apreciat că se justifică acordarea de despăgubiri pentru: cheltuielile de mutare și stabilire în altă locuință, pierderea unei șanse de câștig în întreprinderea celui alt soț<sup>26</sup>, pentru prejudiciul moral constând în singurătatea morală și afectivă creată de divorț după o îndelungată viață în comun, părăsirea soției pentru o altă femeie mai tânără, prejudicii morale rezultate din părăsirea soției după 30 de ani de căsnicie pentru o altă femeie lăsându-i sarcina îngrijirii fiicei adulte dar afectate de un handicap, expunerea soției la stigmatizare socială ca urmare a statutului de femeie divorțată, conceperea unor copii cu o altă femeie înaintea divorțului, refuzul de a consimți la un divorț prin acord<sup>27</sup>, scandalul creat de soț în jurul soției sale aflate la o vârstă înaintată și care o expunea oprobriului public, abandonarea de către soție a soțului și copiilor aflați în fața unor dificultăți financiare create chiar de ea pentru a locui cu un alt bărbat<sup>28</sup>, mai rar prejudicii materiale rezultând din expunerea soției la urmărirea creditorilor în urma insolvenței soțului, abandonarea soției într-o stare psihologică și materială precară ca urmare a desfacerii căsătoriei<sup>29</sup>.

9. În ceea ce privește natura despăgubirilor întemeiate pe echivalentul francez al art. 388 NCC, opiniile doctrinare sunt destul de nuanțate, apreciindu-se că în versiunile mai vechi ale legii franceze putea fi regăsită mai accentuat ideea de răspundere și de pedeapsă privată în privința soțului vinovat [în primul rând] de desfacerea căsătoriei, iar ultima versiune din 2004 a art. 266 C.civ.fr. poate justifica ideea de răspundere obiectivă, fără culpă<sup>30</sup>, mai ales când intervine în ipoteza de divorț întemeiat obiectiv pe ruperea definitivă a legăturii conjugale<sup>31</sup> (echivalentul divorțului din NCC pentru separare de fapt care a durat mai mult de 2 ani, unde culpa la divorț se atribuie *ex lege* reclamantului) sau chiar ideea mai veche dar curajoasă a profesorului J. Carbonnier că sunt daune-interese pentru rezilierea abuzivă a căsătoriei-contract<sup>32</sup>. Nu există practic o legătură directă de cauzalitate între fapta ilicită a debitorului, care a dus la desfacerea căsătoriei, și prejudiciul care rezultă în mod obiectiv din însăși faptul desfacerii căsătoriei<sup>33</sup>.

10. Și în dreptul nostru, „descifrarea” rațională și eficientă practic a art. 388 NCC ar fi în sensul „relaxării” cerinței de drept comun din materia răspunderii civile privind existența unei legături directe de cauzalitate între fapta ilicită a debitorului și prejudiciu, fapta ilicită în circumstanțele normei legale suscitată fiind deseori chiar motivul de divorț, iar prejudiciul reparabil pe acest temei apare doar indirect, ca urmare a divorțului în sine. Poate că nu este deplasată nici considerarea răspunderii întemeiate pe art. 388 NCC ca o răspundere obiectivă, culpa și fapta ilicită a debitorului fiind legate (atunci când există în realitate și nu sunt atribuite *ex lege* ca în cazul divorțului întemeiat pe separația de fapt care a durat mai mult de 2 ani) de motivul de divorț propriu-zis, pe când prejudiciul apare ca o consecință destul de indirectă a acestora, fiind legat în realitate de desfacerea căsătoriei în sine.

Prestația compensatorie în dreptul nostru este mult mai restrictiv reglementată ca în dreptul francez actual, astfel că art. 388 NCC este chemat să o suplinească în acele situații în care căsnicia nu durase minimum 20 de ani, putând fi considerat un prejudiciu reparabil și cel produs printr-un divorț din culpă exclusivă atunci când acesta lezează interesul legitim al soțului nevinovat în menținerea unui nivel de trai comparabil cu cel din timpul căsătoriei. În dreptul francez, sub aspectul reparării prejudiciilor materiale, s-a apreciat că ar exista un anumit raport de subsidiaritate între despăgubirile speciale reglementate de art. 266 C.civ. fr. și prestația compensatorie reglementată de art. 270 și urm. C.civ. fr.<sup>34</sup>

Prejudiciile morale legate de circumstanțele divorțului pot fi și ele anticipate încă din timpul procesului, putându-se prevedea că acestea vor constitui majoritatea situațiilor în care se solicită acordarea de despăgubiri pe acest temei special: provocarea de suferințe emoționale, atingerile aduse imaginii publice a celuilalt soț etc. Și prejudiciile materiale legate de previzibila schimbare a domiciliului soțului nevinovat în urma desfacerii căsătoriei sunt și ele, de cele mai multe ori, asemeni dreptului francez, prejudicii viitoare și sigure, dar în dreptul nostru există și un temei special de mai largă aplicabilitate (art. 324 al. 2 NCC) pentru indemnizarea soțului căruia nu i s-a atribuit beneficiul contractului de închiriere asupra locuinței comune cu cheltuielile de instalare într-o altă locuință<sup>35</sup>, cu singura condiție ca beneficiarul să nu fie exclusiv vinovat de desfacerea căsătoriei. În ceea ce privește celelalte prejudicii suferite de un soț din cauza faptelor ilicite ale celuilalt, prejudicii care nu sunt o consecință directă a divorțului sau a circumstanțelor divorțului, credem că și în dreptul nostru rămâne loc pentru răspunderea civilă delictuală de drept comun, mai ales atunci când prejudiciul este constatat sau devine cert abia după pronunțarea divorțului, când calea prevăzută de art. 388 NCC este închisă definitiv<sup>36</sup>.

**11.** În ceea ce privește regimul juridic al despăgubirilor reglementate de art. 388 NCC, dacă acestea nu se stabilesc și nu se achită pe cale amiabilă, prin mediere, conciliere sau tranzacție<sup>37</sup>, calea judiciară rămâne deschisă doar în cursul procesului de divorț, prin formularea de către reclamant a unui capăt de cerere accesoriu cererii principale de divorț sau printr-o cerere reconvențională a pârâtului. Despăgubirile se vor stabili conform principiului reparării integrale a prejudiciului (consacrat expres de art. 1385 al. 1 NCC), fără a ține cont de starea materială a debitorului și, având în vedere interpretarea coroborată a prevederilor art. 388 NCC care vorbește doar de despăgubiri și ale art. 1386 al. 1 NCC care distinge între repararea în natură a prejudiciului și despăgubiri, credem că ele se vor putea stabili numai în bani, fie într-o sumă globală sau într-o rentă periodică. Problema posibilității de reparare a prejudiciului prin prestații în natură este controversată, în doctrina noastră recentă<sup>38</sup> și în jurisprudența franceză mai veche<sup>39</sup> exprimându-se opinia că este admisibilă în acest context acordarea unui drept de uzufruct asupra unui bun al debitorului. Oricum, stabilirea reparării în natură a prejudiciului va naște întotdeauna dificultăți practice, mai ales legate de executarea silită.

**12.** În concluzie, art. 388 NCC este destinat să faciliteze obținerea de despăgubiri de soțul căruia nu i se poate imputa desfacerea căsătoriei, de la celălalt soț, cu ocazia procesului de divorț, fără a marca în mod necesar o ruptură cu dreptul comun al răspunderii civile delictuale. Această reglementare specifică vine doar să accentueze că orice faptă prejudiciabilă poate da naștere la despăgubiri, împrejurarea că între subiecții raportului de răspundere civilă există un proces de divorț nefiind exoneratoare de răspundere. Simpla desfacere a căsătoriei nu constituie o veritabilă reparație, prejudiciile morale sau materiale ocazionate de divorț meritând o examinare mai atentă.

Specificul reglementării din art. 388 NCC față de dreptul comun al răspunderii civile delictuale este pe terenul cauzalității, fiind acceptată și o legătură indirectă de cauzalitate între fapta ilicită propriu-zisă, care constituie de multe ori motivul divorțului, și prejudiciul moral, prejudiciul fiind datorat în realitate desfacerii căsătoriei, care nu are în sine un caracter ilicit.

---

\* Avocat, Baroul Cluj; [marius\\_floare@yahoo.com](mailto:marius_floare@yahoo.com).

<sup>1</sup> Fl. Baiaș, *Dreptul la despăgubiri*, în Fl. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, pp. 421-422.

<sup>2</sup> ART. 1.349 - **Răspunderea delictuală**

(1) Orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune și să nu aducă atingere, prin acțiunile ori inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane.

(2) Cel care, având discernământ, încalcă această îndatorire răspunde de toate prejudiciile cauzate, fiind obligat să le repare integral.

<sup>3</sup> E. Florian, *Dreptul familiei*, Ediția a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp.134-136.

<sup>4</sup> Idem, p. 135.

<sup>5</sup> Art. 266 C.civ. francez:

*Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à l'un des époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage, soit lorsqu'il est défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint.*

*Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce.*

<sup>6</sup> H. Bosse-Platière, *Dommages et intérêts*, în P. Murat (coord.), *Droit de la famille*, 5ème édition, Dalloz, 2010, p. 386.

<sup>7</sup> Ph. LeTourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Huitième édition, Dalloz Action, Paris, 2010, p. 1483.

<sup>8</sup> H. Bosse-Platière, loc. cit., p. 385.

<sup>9</sup> J. Hauser, *Réparation du préjudice moral : 266 ou 1382 ?*, RTD civ. nr. 2/2007, p. 321.

<sup>10</sup> Ph. Le Tourneau, op. cit., p. 1482.

<sup>11</sup> J. Hauser, *Réparation du préjudice moral : 266 ou 1382 ?*, loc. cit., p. 321.

<sup>12</sup> C.-M. Crăciunescu, D. Lupașcu, *Mica reformă a justiției și marea reformă a divorțului*, Pandectele Române, nr. 1/2011, p. 32.

<sup>13</sup> A se vedea art. 270 și urm. C.civ. fr.; H. Bosse-Platière, *Régime de la prestation compensatoire* în P. Murat (coord.), *Droit de la famille*, 5ème édition, Dalloz, 2010 pp. 298-336.

<sup>14</sup> J. Hauser, *Divorce pour altération du lien conjugal, pour faute et séparation de corps : dommages-intérêts sur la base de l'article 1382 du code civil*, RTD civ. nr. 2/2012, p. 105.

<sup>15</sup> E. Florian, op. cit., p. 140.

<sup>16</sup> E. Florian, op. cit., p. 134.

<sup>17</sup> Pentru discuții asupra admisibilității divorțului din culpa exclusivă a reclamantului în lipsa unei cereri reconvenționale de desfacere a căsătoriei în noua legislație, a se vedea E. Florian, *Consideratii asupra divorțului din culpa exclusivă a soțului reclamant, în lipsa cererii reconvenționale a pârâtului, în lumina noului Codului civil și a noului Cod de procedura civilă*, Dreptul nr. 12/2012, pp. 31-39.

<sup>18</sup> E. Florian, op. cit., pp. 134-135.

<sup>19</sup> Ph. Le Tourneau, op. cit., p. 1481; J. Hauser, *L'éternel retour sur les dommages-intérêts*, RTD civ. 4/2005, p. 767 și Decizia nr. 11576 iulie 2005 a Secției I Civile a Curții de Casație a Franței acolo citată.

<sup>20</sup> J. Hauser, *Divorce pour altération du lien conjugal, pour faute et séparation de corps : dommages-intérêts sur la base de l'article 1382 du code civil*, loc. cit. supra, p. 105.

<sup>21</sup> J. Hauser, *Dommages-intérêts modèle 1382*, RTD civ. nr. 2/1996, p. 372.

<sup>22</sup> L. Pop în L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 416.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Idem, p. 418.

<sup>25</sup> H. Bosse-Platière, *Régime de la prestation compensatoire*, loc. cit., p. 301.

<sup>26</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I, « Quadrages », PUF, nr. 607, apud H. Bosse-Platière, *Dommages et intérêts*, loc. cit. supra, p. 386.

<sup>27</sup> A se vedea bogata jurisprudență indicată de H. Bosse-Platière, *Dommages et intérêts*, loc. cit. p. 391.

<sup>28</sup> Ph. Le Tourneau, op. cit., p. 1483

<sup>29</sup> H. Bosse-Platière, *Dommages et intérêts*, loc. cit., pp. 391-392.

<sup>30</sup> Idem, p. 387.

<sup>31</sup> O. Matocq, Y. Favier, *Divorces autres que par consentement mutuel*, în P. Murat (coord.), *Droit de la famille*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010, p. 252.

<sup>32</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I, « Quadriges », PUF, p. 1371, apud H. Bosse-Platière, *Dommages et intérêts*, loc. cit., p. 387.

<sup>33</sup> M.-B. Maizy, C.C. Beaufour, *Conséquences patrimoniales liées à la faute*, AJ Famille, nr. 2/2011, pp.82-83.

<sup>34</sup> Ph. LeTourneau, op. cit., p. 1483.

<sup>35</sup> E. Florian, op. cit., pp. 133 și 135.

<sup>36</sup> În același sens, a se vedea E. Florian, op. cit., p. 135.

<sup>37</sup> E. Florian, op. cit., p. 136.

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> A se vedea decizia din 26 ianuarie 1983 a Secției a II-a Civile a Curții de Casație a Franței și decizia diametral opusă din 27 ianuarie 1993 a aceleiași instanțe, ambele indicate de H. Bosse-Platière, *Dommages et intérêts*, loc. cit., pp. 392-393.



**ARTICOLE**

**BRIEF CONSIDERATIONS REGARDING THE ESTABLISHMENT OF A BANKING  
UNION IN THE EUROPEAN UNION**

**Andra FLORIAN\***

**Abstract:** *This paper analyzes whether the recent trends regarding the European financial supervisory system are able to establish a better strong decision-making center. Nevertheless an European Banking Union has its own advantages and disadvantages, but the question is if by empowering the ECB to supervise banks, will it have a greater and more benefic impact in case of a new crisis? After all, both the Central Bank and national supervisors must continue to work closely together in order to provide a better transparency and connection between them. The reform of the European Banking Union is one of the greatest challenges for the Member States. In what follows, I will try to present both the positive and less positive sides of it, related to various official arguments in the economical literature.*

**Key words:** banking union, Single Supervisory Mechanism, financial trilemma, Monetary Policy, independence, European Central Bank, financial supervision, European Banking Authority

During the 2007-2009 financial crisis, the European Central Bank (ECB) was the only European institution effectively able to fight against the jeopardy that threatened the inter-bank market. In spite of holding a strong leadership and a financial stability of the Euro Area<sup>1</sup>, the potential bank failures were handled by national authorities and this led to inefficient global results.

The lack of a competent cross-border resolution framework was emphasized at the same time with the events regarding *Lehman Brothers*, *Fortis* and the *Icelandic Banks* in 2007-2009. This financial crisis highlighted how the absence of a suitable management system can damage the financial institutions.

Although over the past years the ECB played a positive role in the economical recovery throughout the bank crises, the present financial reforms are not sufficient to counteract the risks that might jeopardize the Euro Area, in case of new financial issues. Whereas further steps are needed against this problem, the Commission has called for a Banking Union in order to boost the confidence in Euro and

improve the banking domain's footing<sup>2</sup>. The mechanism through which, the ECB shall assume more responsibilities related to the financial stability of all Euro Area banks, was proposed by the European Commission in order to strengthen the Economic and Monetary Union on 12<sup>th</sup> of September, 2012<sup>3</sup>.

The Single Supervisory Mechanism represents the first pillar of the banking union. Nevertheless, the banking union also consists of the next three integral parts:

- *The establishment of a common Deposit Protection;*
- *The Single RuleBook for banking regulation,* in order to improve both transparency and enforcement;<sup>4</sup>
- *New rules for Bank recovery and resolution,* based on the idea of a single and harmonized framework for resolution.

One step in the first package's purpose is to adopt the legislative proposal on deposit guarantee schemes, by providing a harmonized framework.

Regarding the second building block of the Banking Union, it appears as a mandatory requirement in order to remove the danger of divergent national rules. In order to succeed in this, regulation will be directly applicable and also will establish a single set of capital rules. Moreover, the Internal Market Commissioner Michel Barnier said that in order to not be forced to feel again the consequences of a new financial crisis, the above mentioned proposal shall be adopted for a stronger and more responsible banking sector.<sup>5</sup>

The goal of the third proposal is to consider both the **directive** - regarding the access to deposit-taking activities - and the **regulation** - consisting of prudential requirements credit institutions and investment firms - as a package in pursuance of a safer financial system.

The Banking Union also implies a wider Consumer Protection and Confidence in the Financial Service. This element's purpose is to develop a better coverage which now includes not only small, medium and large companies but also all currencies. Moreover, it is expected that this component ensures a better provision of information in the benefit of the bank account holders as well as a long-term and responsible financing.<sup>6</sup>

Following these steps, even if the banks may confront with future problems, the public will gain confidence in banks. Moreover, in this case, the costs for the taxpayer will also be minimized.

In order to succeed in this process, (i) more severe and prudential requirements for banks have been proposed; (ii) the coverage of national Deposit Guarantee Schemes (DGS) has already been raised to a harmonised level of €100,000 per depositor, per institution since 31<sup>st</sup> of December, 2010<sup>7</sup>; (iii) the Commission's proposal on recovery and resolution tools for banks in crisis is meant to strengthen Europe's banking system.

The task of applying these rules in the same way in EU rests upon national supervisors and the ECB. In a similar manner, The Commission has also proposed that the European Banking Authority (EBA) develop a Single Supervisory Handbook to “preserve the integrity of the single market and ensure coherence in banking supervision for all 27 EU countries”.<sup>8</sup> The EBA has a decisive role in achieving its goal, especially thanks to the instruments and powers delivered by its founding regulation. Therefore, the proposal regarding the Single Supervisory Handbook is looking to standardize the different approaches between the Member States because of the potential fragmentation of the Single Market.<sup>9</sup>

The Single Market for financial services is based on common rules which ensure that in accordance to the Treaty, banks and other financial institutions not only benefit of free establishment and provision of services, but they are also subject of the same rules. In the proposal’s view, the creation of the Banking Union must not affect the integrity of the Single Market.

Mr. Vives, Professor of Economics and Finance at IESE Business School in Barcelona, made an extremely relevant point of view round Europe’s Regulatory “Chaos”<sup>10</sup>. According to his opinion, *“in the euro zone there is one common currency but many national supervisory authorities. So the responsibilities for financial stability remain in national hands.”* As for the proposal above, he emphasizes the benefits of empowering committees for banking, insurance and security with specific tasks related to macroprudential supervision of credit institutions. Professor Mr. Vives also presents the current situation of the financial system in Netherlands. To sum it up, this system implies that powers and supervision are separated, so that this ensures *“economies of scale in information gathering, a single authority in a crisis and no interference with transparency requirements and investor protector issues.”* Yet, he states that applying the Netherlands financial system to the EU level may be difficult due to the lack of integration. However, Prof. Vives claims that EU could only reach its purpose depending on the right implementation of a both single supervisor for large cross-border groups and a burden-sharing procedure in crisis<sup>11</sup>.

During a past conference at the London School of Economics, there were debated the consequences of implementing the third element of the Banking Union. In the presentation sustained<sup>12</sup>, there were made a few noticeable remarks with regard to the benefits of a European Banking Union: if its components are being prudentially and carefully implemented, the positive effects, such as: (i) standards consistently being applied across the UE; (ii) intern conflicts of interest being avoided or (iii) national fragmentation of financial market being reduced, may positively be seen in the next future<sup>13</sup>.

On one hand, it is precisely presented the importance of adopting common rules and institutional arrangements and it is also highlighted the positive idea of incorporation of bail-in instruments.

On the other hand, the presentation shows that if the directive's requirements for bank recovery and resolution are not implemented at the same time as the SSM, it may cause uncertainty on the EU background.

Beyond the institutional arrangements, the directive is not clear with regard to cooperation between the ECB and the Resolution Authority<sup>14</sup>.

Due to the both positive and insecure consequences caused by a wider supervision of the ECB, at the London School of Economics conference was sustained the following relevant idea: by empowering the ECB to sign a *resolution contract* with each member state, it will be easier to obtain a **greater recapitalization of the banks**.

At the Council meeting on 12<sup>th</sup> of December, 2012, the EU finance ministers agreed on the general approach on the legislative package regarding the SSM. This mechanism represents a key element in the EU's plan to establish a banking union. Therefore, its purpose is to *"restore confidence in the banking industry. Such a development will enable the vicious circle between and sovereigns to be broken"*, said Vassos Shiarly, Cyprus' minister of finance. Moreover, the non-euro area Member States will also be able to participate in this mechanism.

The Single Supervisory Mechanism consists of empowering the ECB to have the ultimate responsibility for specific supervisory tasks in the financial domain but also of allowing national central banks to play an important role in daily activities and implement the ECB's decisions. The SSM will operate as a *"strong decision making center"*, a very much decentralised one, where the ECB will be assisted by national supervisory authorities. Both this mechanism and other measures, such as creating a common system of deposit protection, are essential elements of banking union process<sup>15</sup>. The President of the European Commission, José Barroso also concluded in a debate at the European Policy Centre that *"this is the best, and indeed the only way forward that can give our citizens the prosperity, our businesses the opportunities, and our young people the futures that they all deserve"*.

One of the main objectives in establishing the SSM is to approach the "financial trilemma" issue. The so-called financial trilemma states that financial stability, financial integration and national financial policies are incompatible<sup>16</sup>. Any two of the three objectives can be combined, but not all three. This goal is the more desirable as the current financial crisis brought to light the fact that one country's financial system can rapidly threaten the stability of the whole euro area banking system. Moreover, the spillover effects between banks and sovereigns would be diminished by establishing the SSM.

Regarding the Supervisory board, the ECB's monetary and supervisory tasks will be strictly separated, in order to avoid any potential conflicts of interest between the objective of monetary policy and banking supervision. However, contrary opinions have been brought to the economic literature on this issue, even if supervision and monetary policy are completely different on many aspects<sup>17</sup>. In accordance to them, coordination is more desirable instead of separation, due to the fact that during a crisis, major decisions on individual banks are very frequently taken. Therefore, it may appear as a must that the two components should not be separated exactly because the stability of the financial system represents the biggest threat to a monetary policy<sup>18</sup>. Moreover, due to the fact that most bank crisis are explosive and sometimes threaten to affect the whole financial system, decisions must be made in a short time. As a consequence, the supervisors must always be ready and perfectly informed<sup>19</sup>. Even if, such organizational problems do exist, a Central Bank will feel that it needs to be in continuous contact with the supervisory body, however that may be organized<sup>20</sup>.

The legislative proposal on the SSM also contains one regulation which is about to modify the existing regulation on the EBA. The changes to the EBA are mainly related to procedural matters and its goal is to ensure an effective decision making process regarding the single market.

One of the greatest advantages of involving the central bank in bank regulation and supervision is the crisis resolution. If the central bank has supervisory powers, it may be able to act more effectively through the banking system in times of crisis. Furthermore, on the basis on the information received, the ECB may decide whether it is necessary to exercise directly supervision on one or more credit institutions<sup>21</sup>. Yet, the economic literature is not unanimous on this issue. There have been emphasized arguments on the disadvantages of combining monetary policy and supervision. According to them, this could result not only in conflicts of objectives but also it would decrease the credibility of the central bank as a prudential supervisor<sup>22</sup>.

As a response to these, Mr. Vítor Constâncio, Vice-President of the ECB stated that there are some "true" risks but also some "false" risks.

If the Central Bank gets to be responsible for both price stability and bank supervision, any negative event may affect its reputation. "*...supervision is an area that can never be perfect as it lacks the resources to see everything, meaning that accidents are always possible*", said Mr. Constâncio.

Due to the fact that the ECB's monetary and supervisory tasks will be strictly separated, the argument regarding the conflicts of interest between the ECB's functions cannot be taken in consideration. According to Mr. Constâncio,

the clear goal of price stability will not be compromised in the future, as well as it was not compromised in the past either. In addition to this, the “full inclusiveness” of the SSM, is guaranteed by the main feature given to the ECB of having access to the data referring to all credit institutions<sup>23</sup>.

Another important element of the SSM regulation is represented by the macro-prudential tasks given to the ECB. It exposes not only the Member States’ aptitude to “deepen European integration”<sup>24</sup>, but also the ECB’s ability to apply higher requirements and take more prudential measures.

Having a single European supervisor may increase the probability that the applicable rules would be more uniform in the financial sector of the EU Member States<sup>25</sup>.

One of the most important advantages for Romania, is definitely its integration into an area covered by rules. In spite of this, due to the fact that the National Romanian Bank is a key element in keeping a balance in the economic domain, being part of a banking union may negatively affect this balance. Similarly, according to Mr. Mugur Isărescu, Governor of the National Bank of Romania, if the Single RuleBook is being implemented, this may not have positive effects on Romania’s financial system. Moreover, the local subsidiaries of the states that have not adhered at the banking union, may be able to not apply the more prohibitive legislation.

In order to sustain the previous idea, Mircea Cosea, Professor of Economy, stated that due to the fact that approximately 80 % of the banking system in Romania is coordinated by foreign banks and have subsidiaries in Romania, they still need to obey the rules imposed by the National Bank of Romania. In this way, the national bank would lose her position regarding the monetary policy. However, I consider that a banking union is required in order to strengthen the European banking system and consequently, this can only have a positive impact even on the national authorities.

In conclusion, a few remarks may be done with regard to the arguments presented above:

The implementation of the SSM is a must in order to rise up the probability of a better management in crisis situations. Even if the national authorities of the Member States might take some good decisions on financial issues, an overlook at a higher scale is required. Although some procedural and functional aspects, such as coordination or separation of the monetary policy and banking supervision are not unanimous yet, the banking union represents one of the goals that should promptly be taken in consideration and transposed into substance.

\* Student anul IV UBB Cluj-Napoca; [florian.andra@yahoo.com](mailto:florian.andra@yahoo.com).

- <sup>1</sup> Schoenmaker, Dirk (2011), *Banking Supervision and Resolution: The European Dimension*, p.1 (via SSRN)
- <sup>2</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: *A Roadmap towards a Banking Union*, Brussels, 12<sup>th</sup> September, 2012, COM(2012) 510 final.
- <sup>3</sup> The proposal is based on the article 127 (6) of the Treaty of Lisbon, according to which: “The Council, acting by means of regulations in accordance with a special legislative procedure, *may unanimously*, and after consulting the European Parliament and the European Central Bank, *confer specific tasks upon the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions and other financial institutions* with the exception of insurance undertakings”.
- <sup>4</sup> European Commission (2011), Press Release: *Commission wants stronger and more responsible banks in Europe*, 20<sup>th</sup> July, 2011 (available at [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-915\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-915_en.htm?locale=en)).
- <sup>5</sup> European Commission (2011), Press Release: *Commission wants stronger and more responsible banks in Europe*, 20<sup>th</sup> July, 2011 (available at [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-915\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-915_en.htm?locale=en)).
- <sup>6</sup> European Commission (2010), Press Release: *Commission proposes package to boost consumer protection and confidence in financial services*, Brussels, 12<sup>th</sup> July, 2010 (available at [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-10-918\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-918_en.htm?locale=en)).
- <sup>7</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: *A Roadmap towards a Banking Union*, Brussels, 12<sup>th</sup> September, 2012, COM(2012) 510 final.
- <sup>8</sup> European Commission (2012), Press Release: *Commission proposes new ECB powers for banking supervision as part of a banking union*, Brussels/Strasbourg, 12<sup>th</sup> September, 2012 (available at [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-953\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-953_en.htm)).
- <sup>9</sup> Idem.
- <sup>10</sup> Vives, Xavier (2009), *Europe’s Regulatory Chaos*, The Wall Street Journal [Internet] 18<sup>th</sup> March, 2009. (available at <http://online.wsj.com/article/SB123733224322763155.html>)
- <sup>11</sup> Idem.
- <sup>12</sup> European Shadow Financial Regulatory Committee (2012), *Resolution and recovery in a European Banking Union*, Statement No. 36, London, 22<sup>nd</sup> October, 2012 (available at [http://www2.lse.ac.uk/fmg/events/conferences/past-conferences/2012/European\\_Banking\\_Union/ESFRC-Statement.pdf](http://www2.lse.ac.uk/fmg/events/conferences/past-conferences/2012/European_Banking_Union/ESFRC-Statement.pdf)).
- <sup>13</sup> European Shadow Financial Regulatory Committee (2012), *Resolution and recovery in a European Banking Union*, Statement No. 36, London, 22<sup>nd</sup> October, 2012 (available at [http://www2.lse.ac.uk/fmg/events/conferences/past-conferences/2012/European\\_Banking\\_Union/ESFRC-Statement.pdf](http://www2.lse.ac.uk/fmg/events/conferences/past-conferences/2012/European_Banking_Union/ESFRC-Statement.pdf)).
- <sup>14</sup> European Shadow Financial Regulatory Committee (2012), *Resolution and recovery in a European Banking Union*, Statement No. 36, London, 22<sup>nd</sup> October, 2012 (available at [http://www2.lse.ac.uk/fmg/events/conferences/past-conferences/2012/European\\_Banking\\_Union/ESFRC-Statement.pdf](http://www2.lse.ac.uk/fmg/events/conferences/past-conferences/2012/European_Banking_Union/ESFRC-Statement.pdf)).
- <sup>15</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: *A Roadmap towards a Banking Union*, Brussels, 12<sup>th</sup> September, 2012, COM(2012) 510 final.
- <sup>16</sup> The classical monetary trilemma is built on the Mundell-Fleming model of an open economy under capital mobility.
- <sup>17</sup> For example, they are different on their implementation, the nature of the decisions being taken or the professional terms required for the staff.
- <sup>18</sup> Beck, Thorsten and Gros, Daniel (2012), *Monetary Policy and Banking Supervision: Coordination instead of separation*, No. 286, 12 December 2012 (via SSRN).
- <sup>19</sup> Wyplosz Charles, in Thorsten Beck (ed) 2012, *Banking Union for Europe – Risks and challenges*, VoxEU eBook (available at <http://www.voxeu.org/content/banking-union-europe-risks-and-challenges>).

- <sup>20</sup> Goodhart, C.A.E. (2010), *The Organisational Structure of Banking Supervision*, FSI Occasional Papers, No.1 – November 2000–10–25 , Financial Stability Institute, Bank for International Settlements, Basel, Switzerland, pp. 2-6 (available at <http://www.sa-dhan.net/Adls/Dl6/Baselcommittee/TheOrganisationalStructure.pdf>) .
- <sup>21</sup> Constâncio Vitor, *Establishing the Single Supervisory Mechanism*, at the BAFT-ISA 2013 Bank-to-Bank Forum, 29<sup>th</sup> January 2013 (available at [http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2013/html/sp130129\\_1.en.html](http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2013/html/sp130129_1.en.html)).
- <sup>22</sup> Beck, Thorsten and Gros, Daniel (2012), *Monetary Policy and Banking Supervision: Coordination instead of separation*, No. 286, 12 December 2012, pp.6-7 (via SSRN).
- <sup>23</sup> Constâncio Vitor, *Establishing the Single Supervisory Mechanism*, at the BAFT-ISA 2013 Bank-to-Bank Forum, 29<sup>th</sup> January 2013 (available at [http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2013/html/sp130129\\_1.en.html](http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2013/html/sp130129_1.en.html)).
- <sup>24</sup> Idem.
- <sup>25</sup> Ioannidou, Vasso, in Thorsten Beck (ed) 2012, *Banking Union for Europe – Risks and challenges*, VoxEU eBook (available at <http://www.voxeu.org/content/banking-union-europe-risks-and-challenges>).



## **ARTICOLE**

### **ESTE PARLAMENTUL EUROPEAN EGALUL CONSILIULUI UNIUNII EUROPENE ÎN URMA TRATATULUI DE LA LISABONA?**

Carmen LAZĂR\*

**Résumé.** *Est-ce le Parlement Européen l'égal du Conseil de l'Union Européenne suite au Traité de Lisbonne?* De toutes les institutions de l'Union Européenne le Parlement est celui qui a souffert les plus nombreux changements, dans le sens d'une augmentation de ses attributions. D'une Assemblée dont les membres étaient délégués par les parlements nationaux et qui n'avait que des pouvoirs consultatifs on est passé à une Assemblée élue par suffrage universel direct par les citoyens des Etats membres, puis au Parlement Européen, et les attributions se sont multipliées et étendues aux domaines dans lesquels elles n'existaient pas, à la consultation s'ajoutant la participation à l'adoption du budget, l'avis conform devenu aujourd'hui approbation, la codécision devenue aujourd'hui procédure législative ordinaire, ainsi que les procédures législatives spéciales dans lesquelles le Parlement décide seul. Aussi, le Parlement est impliqué sous la forme de la consultation ou de l'approbation dans la procédure de la conclusion des accords internationaux de l'Union. Enfin, Le Parlement est impliqué dans la procédure de la révision normale des traités de l'Union, dans diverses procédures de révision simplifiées de ceux-ci, dans la procédure d'adhésion de nouveaux Etats et dans la procédure de retrait de l'Union d'un Etat membre.

**Mots clé:** *Parlement Européen, Conseil de l'Union Européenne, consultation, avis conforme, approbation, codecision, procédure législative ordinaire, procédures législatives spéciales, accords internationaux, révision normale, révisions simplifiées, retrait, adhésion*

**Cuvinte cheie:** *Parlament European, Consiliul Uniunii Europene, consultare, aviz conform, aprobare, codecizie, procedură legislativă ordinară, proceduri legislative speciale, acorduri internaționale, revizuire normală, revizuirii simplificate, retragere, aderare*

Dintre toate instituțiile Uniunii Europene Parlamentul a suferit cele mai multe schimbări, toate de altfel în sens pozitiv, adică în cel al îmbunătățirii componenței sale și al creșterii atribuțiilor sale, în scopul acoperirii a ceea ce a fost și continuă să fie numit "deficitul democratic" al Uniunii. În cele ce urmează vom trata, după un scurt istoric al instituției, problema atribuțiilor Parlamentului, mai precis vom ridica întrebarea dacă la ora actuală Parlamentul este egalul Consiliului Uniunii, fără a avea pretenția de

a da un răspuns în acest sens. Pe baza informațiilor oferite de noi cititorul își va da, eventual, singur răspunsul, deși convingerea noastră este că un răspuns cert, absolut, într-un sens sau altul, este de fapt imposibil.

## **I. Scurt istoric**

Parlamentul se numea la începuturile sale, adică la momentul creării Comunității Europene a Cărbunelui și Oțelului, în 1952, Adunare comună și era compus din delegați ai parlamentelor naționale, deși tratatul Comunității prevedea și posibilitatea alegerii lui prin vot universal direct după procedura electorală a fiecărui stat; rolul său era consultativ – exceptând procedura simplificată de revizuire a tratatului, în care își dădea aprobarea - și de control politic asupra celorlalte instituții comunitare, cu dreptul de a demite Înalta Autoritate (viitoarea Comisie) prin moțiuni de cenzură, deși nu participa în niciun fel la numirea membrilor ei, nici la cea a membrilor celorlalte instituții. Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene și Tratatul de instituire a Comunității Europene a Energiei Atomice, ambele din 1957 și intrate în vigoare în 1958, creau tot o Adunare, cu același rol și componență ca în prima Comunitate, cu precizarea însă că consultarea sa se aplica și în procedura normală de revizuire a tratatelor; în plus, cele două tratate prevedeau obiectivul alegerii membrilor Adunării prin vot universal direct, după o procedură electorală uniformă pentru toate statele, pe baza unui proiect ce urma să fie elaborat de Adunarea însăși, iar Convenția anexată la tratate prevedea, printre altele, o Adunare unică pentru cele trei Comunități. În paralel cu aceste două tratate Adunarea și-a atribuit singură denumirea de Adunare parlamentară, pentru ca mai apoi, în 1962, să o ia pe cea de Parlament European, mai corespunzătoare atribuțiilor din acel moment.

Prin Tratatul din 1970 (intrat în vigoare în 1971) care modifică unele dispoziții bugetare Adunarea este implicată în procedura adoptării bugetului, dobândind dreptul de a propune modificări oricăror cheltuieli, obligatorii sau nu; ultimul cuvânt însă aparține Consiliului. Tratatul din 1975 (intrat în vigoare în 1977) care modifică unele dispoziții financiare face încă un pas înainte și acordă Adunării dreptul de a aduce amendamente cheltuielilor neobligatorii - ultimul cuvânt în privința lor aparținându-i – și dreptul formal de adoptare a bugetului<sup>1</sup>.

Prin Decizia din 1976 (intrată în vigoare în 1978) a reprezentanților statelor membre reuniți în Consiliu<sup>2</sup> s-a stabilit alegerea membrilor Adunării prin vot universal direct, fără a se reuși însă și adoptarea unei proceduri electorale uniforme, astfel că alegerile urmau să se desfășoare pe baza procedurilor electorale naționale. Primele alegeri de acest fel au avut loc în 1979. Adunarea devenea astfel prima instituție cu adevărat democratică și, deci, legitimă a Comunităților<sup>3</sup>.

Actul Unic European din 1986 (intrat în vigoare în 1987), alt tratat modificator al celor fondatoare, consacră denumirea de Parlament European și introduce, numai pentru Comunitatea Economică Europeană, procedura de cooperare și cea de aviz conform (inclusiv la aderarea unui nou stat) ca forme mai puternice de asociere a Parlamentului la procesul decizional. Cooperarea putea fi asimilată unui veto suspensiv, deoarece poziția negativă a Parlamentului privind un proiect de act legislativ necesita unanimitatea în Consiliu; acesta avea, deci, ultimul cuvânt dar nu și-l putea impune cu ușurință peste voința Parlamentului. Cooperarea se situa ca forță juridică între consultare și avizul conform. Acesta din urmă presupune că decizia nu poate fi luată dacă poziția Parlamentului este negativă, ceea ce îl asimilează unui veto decisiv; Consiliul nu poate decide fără aprobarea Parlamentului.

Tratatul asupra Uniunii Europene sau Tratatul de la Maastricht din 1992 (intrat în vigoare în 1993) aduce schimbări importante pentru Parlament. Astfel, președintele Comisiei este desemnat de guvernele statelor membre cu consultarea Parlamentului și întreaga Comisie trebuie aprobată de Parlament înainte de a fi numită tot de guverne; se realizează astfel corelarea între participarea Parlamentului la numirea Comisiei și posibilitatea de a pune capăt mandatului ei prin moțiuni de cenzură. În fosta Comunitate Economică Europeană, devenită prin acest tratat Comunitatea Europeană, este lărgită sfera avizului conform al Parlamentului și se introduce procedura de codecizie, prin aceasta din urmă un act legislativ fiind adoptat în comun de către Consiliu și Parlament. Apare Mediatorul european – asemănător Ombudsmanului din unele state și Avocatului Poporului de la noi -, persoană fizică independentă numită de Parlament pentru investigarea cazurilor de abuz sau neglijență în activitatea instituțiilor și organelor Uniunii; statutul și condițiile generale de exercitare a mandatului său sunt stabilite de Parlament. În completarea prevederilor menționate Tratatul de la Amsterdam din 1997 (intrat în vigoare în 1999) înlocuiește consultarea Parlamentului la desemnarea președintelui Comisiei cu aprobarea lui, simplifică procedura de codecizie și suprimă procedura de cooperare (cu o singură excepție), domeniile de aplicare a acesteia fiind transferate procedurii de codecizie. Tratatul de la Nisa din 2002 (intrat în vigoare în 2003). Tratatul de la Nisa nu aduce mari inovații pentru Parlament, în afara faptului că suprimă și cazul rămas în sfera procedurii de cooperare și simplifică mai mult procedura de codecizie. Ceea ce este însă demn de remarcat este faptul că în 2000, în paralel cu semnarea Tratatului de la Nisa, Parlamentul a adoptat împreună cu Consiliul și Comisia Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene, acord interinstituțional căruia nu i s-a recunoscut valoare juridică de către instanțele Uniunii<sup>4</sup>; prin acest document Parlamentul își afirmă angajamentul ferm față de respectarea drepturilor omului în activitatea sa de legiferare.

Tratatul ce instituie o Constituție pentru Europa din 2004, numit și Tratatul constituțional, nu a mai intrat niciodată în vigoare, fiind abandonat definitiv după respingerea sa în urma referendumurilor din Franța și Irlanda. Ar fi prezentat un interes pur istoric să arătăm cea anume aduce el nou pentru Parlament. Dar, deoarece prevederile sale în această privință au fost preluate integral de Tratatul de la Lisabona, un asemenea demers nu-și mai are sensul, în partea a II-a a studiului urmând oricum să prezentăm situația actuală, creată de ultimul (deocamdată) tratat modificator.

## **II. Statutul Parlamentului European la ora actuală**

Când vorbim despre eventuala egalitate a Parlamentului cu Consiliul, ne referim la cazurile în care el decide singur - proceduri legislative speciale -, la cele în care el decide împreună cu Consiliul - procedura legislativă ordinară, procedura bugetară<sup>5</sup> și unele proceduri de revizuire simplificată a tratatelor - și la cele în care el își dă aprobarea la deciziile adoptate de Consiliu - proceduri legislative speciale (inclusiv cea de încheiere a acordurilor internaționale ale Uniunii), procedura de revizuire normală a tratatelor (în una din variantele ei), unele proceduri de revizuire simplificată a tratatelor, alte cazuri<sup>6</sup>. Aceasta deoarece consultarea și extensiunea ei - concertarea - presupun un aviz facultativ, de care Consiliul nu este obligat să țină cont.

Principalul mijloc prin care se exprimă poziția egală a Parlamentului cu Consiliul este procedura legislativă ordinară, adică adoptarea unui act juridic de orice tip (regulament, directivă, decizie), pe baza tratatelor, de către Parlament și Consiliu împreună. Nu este locul să descriem aici desfășurarea procedurii; vom spune doar că în toate fazele ei (cele două lecturi de dinaintea concilierii, concilierea și cea de-a treia lectură) cele două instituții se află pe picior de egalitate, niciuna neputând face ca actul să fie adoptat peste voința celeilalte. Este adevărat că nepronunțarea Parlamentului echivalează întotdeauna cu o aprobare, în timp ce Consiliul trebuie întotdeauna să se pronunțe în mod expres, de unde ar putea să pară că cel din urmă are o ușoară superioritate în fața primului; dar, lăsând la o parte faptul că nimic nu împiedică Parlamentul să-și exprime expres poziția, punând astfel capăt unei prezumții de aprobare, aceasta nu este decât o consecință a faptului că cel sesizat primul cu o inițiativă legislativă este totdeauna Consiliul, de aceea nepronunțarea lui nu poate produce efecte. În mod similar, pe plan național, în sistemele parlamentare bicamerale, una din camere este sesizată prima (fie la alegerea inițiatorului, fie în ordinea prevăzută de Constituție), dar nimeni n-a afirmat vreodată că acea cameră îi este superioară celeilalte; mai mult chiar, în sistemul românesc camera decizională, deci cea care îi este realmente superioară celeilalte într-un caz concret, este sesizată a doua, nu prima!

La ora actuală, procedura legislativă ordinară a devenit regula în luarea deciziilor în cadrul Uniunii, cele mai multe domenii căzând în sfera ei; în schimb, în cadrul Comunității Europene a Energiei Atomice cazurile în care se aplică această procedură sunt puține<sup>7</sup>.

Procedura bugetară presupune concursul Consiliului și Parlamentului, în linii mari modul ei de desfășurare fiind de altfel similar celui de la procedura legislativă ordinară. Totuși, ea prezintă particularități care ne îndreptățesc să considerăm că Parlamentul a dobândit o ușoară superioritate față de Consiliu și că, deci, bugetul este mai degrabă rezultatul voinței Parlamentului decât al acordului de voință al ambelor instituții. Astfel, a fost suprimată distincția între cheltuieli obligatorii<sup>8</sup> – pentru care Consiliul avea ultimul cuvânt – și cheltuieli neobligatorii<sup>9</sup> – pentru care Parlamentul avea ultimul cuvânt; faza concilierii este declanșată de refuzul Consiliului de a accepta amendamentele aduse de Parlament la poziția primului din faza anterioară, ceea ce demonstrează că Parlamentul nu poate fi obligat să accepte varianta Consiliului; după faza concilierii, dacă Consiliul respinge proiectul comun în timp ce Parlamentul îl aprobă în mod expres, acesta din urmă își poate reconfirma total sau inițial amendamentele anterioare, adoptând bugetul în funcție de aceasta; mai mult chiar, și formal bugetul este – și era și anterior Tratatului de la Lisabona - cuprins într-o decizie a Parlamentului, el nefigurând deci ca act comun al celor două instituții. Pe de altă parte, deși bugetul trebuie să respecte cadrul financiar plurianual, acesta este adoptat prin regulament al Consiliului dar cu aprobarea Parlamentului.

În ceea ce privește procedurile legislative speciale<sup>10</sup>, atât Parlamentul cât și Consiliul pot adopta acte legislative. Dar este de remarcat că: procedurile în care Parlamentul este singurul autor al unui act legislativ nu există în cadrul Comunității Europene a Energiei Atomice iar în cadrul Uniunii numărul lor este semnificativ mai mic decât cel în care Consiliul decide singur (mai precis trei!); în aceste cazuri actele adoptate nu reglementează de fapt relații sociale<sup>11</sup>; în timp ce în cazurile în care Consiliul decide singur nu se cere întotdeauna aprobarea Parlamentului, acesta putând fi doar consultat<sup>12</sup>, Parlamentul are întotdeauna nevoie de aprobarea Consiliului și chiar de a Comisiei!<sup>13</sup>

În privința procedurii de încheiere a acordurilor internaționale ale Uniunii și Comunității Europene a Energiei Atomice – care este tot o procedură legislativă specială, deoarece actele de încheiere a acordurilor sunt formal tot acte legislative - trebuie de asemenea să facem o distincție între aceste două organizații. Astfel, în cadrul Uniunii Parlamentul este chemat să-și dea aprobarea la unele acorduri<sup>14</sup>, dar cele mai multe necesită doar consultarea sa. În schimb, în cadrul Comunității acordurile sunt de regulă încheiate de Comisie, cu aprobarea Consiliului sau doar cu informarea lui, prin excepție acordurile de asociere sunt încheiate de Consiliu cu consultarea Parlamentului; deci, aici rolul Parlamentului este redus atât cantitativ cât și calitativ.

În ceea ce privește procedura normală de revizuire a tratatelor, comună atât Uniunii cât și Comunității Europene a Energiei Atomice, Parlamentul trebuie să-și dea aprobarea în cazul în care Consiliul European decide să nu convoace o Convenție în prealabil întrunirii Conferinței reprezentanților guvernelor statelor membre; dacă, din contră, Consiliul European decide convocarea unei Convenții, Parlamentul este doar consultat. Această diferență se explică probabil prin faptul că întrunirea unei Convenții este de mare importanță pentru Parlament, ea cuprinzând și reprezentanți ai acestuia.

În cadrul unor proceduri simplificate de revizuire<sup>15</sup> Parlamentul este implicat fie prin aprobarea deciziilor Consiliului sau ale Consiliului European, fie prin participarea la luarea deciziei împreună cu Consiliul. Astfel, cazurile în care Parlamentul trebuie să-și dea aprobarea sunt: autorizarea de către Consiliul European a folosirii majorității calificate în Consiliu în cazuri în care se aplică unanimitatea; autorizarea de către Consiliul European a folosirii procedurii legislative ordinare în cazuri în care se aplică o procedură specială având ca unic decident Consiliul; completarea de către Consiliu a drepturilor cetățenilor Uniunii; adoptarea de către Consiliu a unei proceduri electorale uniforme pentru alegerea Parlamentului; stabilirea de către Consiliu a mijloacelor de atingere a obiectivelor stabilite de tratate, dacă acestea nu le prevăd. Cazurile în care Parlamentul decide împreună cu Consiliul sunt: stabilirea măsurilor de facilitare a liberei circulații a cetățenilor Uniunii, dacă tratatele nu le prevăd<sup>16</sup>; modificarea sub unele aspecte a Statutului Sistemului European al Băncilor Centrale și Băncii Centrale Europene; modificarea Statutului Curții de Justiție a Uniunii Europene sub aspectul creării de alte instanțe specializate auxiliare ale Tribunalului

În procedura de aderare a unui stat terț la Uniune Parlamentul este chemat să-și dea aprobarea la decizia Consiliului de admitere a respectivului stat, decizie prin care se constată că acesta îndeplinește condițiile de admisibilitate prevăzute de tratate. În schimb, aprobarea Parlamentului nu mai e cerută și la semnarea tratatului de aderare, care are loc la finalizarea negocierilor, ulterior adoptării deciziei de admitere; aceasta este normal, procesul de adoptare a tratatului fiind integral interguvernamental.

În schimb, în procedura de retragere a unui stat membru din Uniune, dat fiind că nu mai există o decizie prealabilă acordului de retragere și că procesul nu mai e interguvernamental, acordul fiind încheiat între Uniune și statul doritor și nu între state, aprobarea Parlamentului vizează acordul însuși, deci conținutul lui.

Nu putem încheiat fără a aminti de domeniul politicii externe și de securitate comune, domeniu cu un regim juridic aparte. Anterior Tratatului de la Lisabona el a constituit pilonul II al Uniunii, pilon interguvernamental, și și-a păstrat și actualmente acest caracter. Conform Tratatului asupra Uniunii Europene – unul din cele două tratate care stau la baza Uniunii - în acest domeniu nu se adoptă acte legislative<sup>17</sup>, nu se poate proceda la armonizarea reglementărilor naționale iar competența Curții de

Justiție a Uniunii este limitată la două cazuri<sup>18</sup>. Rolul Parlamentului este foarte redus, fiind limitat la consultarea – în puține cazuri, de altfel – și la informarea lui, precum și la adresarea de întrebări și de recomandări către Consiliu și către Înalțul Reprezentant pentru Afaceri Externe și Politica de Securitate.

### III. Concluzii

Ce concluzie cu privire la eventuala egalitate a Parlamentului cu Consiliul permit să se tragă cele spuse mai sus? Este greu de zis, dat fiind că atribuțiile Parlamentului sunt atât de variate, atât cantitativ cât și calitativ. Se poate însă afirma fără teama de a greși că Parlamentul a făcut progrese spectaculoase și că, dacă nu este perfect egal cu Consiliul, este aproape egal cu acesta. Așa cum preconizau și preconizează unii, Parlamentul și Consiliul ar putea forma un legislativ bicameral, ca în statele federale, primul fiind camera populară și reprezentând cetățenii iar al doilea fiind camera componentelor federației și reprezentând aceste componente. Deși ideea unei Uniuni-stat federal nu pare realizabilă în viitorul apropiat, ideea unui legislativ bicameral este perfect realizabilă – chiar în lipsa realizării primei idei - deoarece situația actuală se apropie de așa ceva.

---

\* Conf.univ. UBB Cluj-Napoca; [crmn Lazar@yahoo.fr](mailto:crmn Lazar@yahoo.fr).

<sup>1</sup> aceasta înseamnă că, deși bugetul este rezultatul acordului de voință al Consiliului și Parlamentului, el este conținut într-o decizie a acestuia din urmă

<sup>2</sup> o astfel de decizie nu se confundă cu o decizie a Consiliului, deși îmbracă forma ei și uneori este adoptată după aceeași procedură și este publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene; într-adevăr, avem de-a face cu reuniuni diplomatice în cadrul Consiliului ale reprezentanților statelor iar deciziile lor sunt de fapt convenții în formă simplificată între state (creație a practicii; a se vedea J. Boulouis, "Droit institutionnel de l'Union Européenne", Ed. Montchrestien, Paris, 1995, p.217; J. Rideau, "Droit institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes", LGDJ, Paris, 1999, p.232-233); deși, având în vedere natura lor, ele aparțin dreptului internațional public, sunt considerate ca făcând parte din *acquis*-ul Uniunii dat fiind că sunt adoptate pentru atingerea unor obiective ale tratatelor și cu participarea tuturor statelor membre; problema apare atunci când, de exemplu, sunt adoptate pentru revizuirea simplificată a tratatelor, ca în cazul menționat, deși tratatele prevăd adoptarea unei decizii a Consiliului, deoarece procedurile de revizuire prevăzute de tratate sunt obligatorii (a se vedea hot. C.J. "Defrenne I" 43/75 din 8.04.1976, publicată pe site-ul [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7045/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7045/); hot. C.J. "Bulk Oil" 174/84 din 18.02.1986, idem; J.P. Jacqué, "Droit institutionnel de l'Union Européenne", Dalloz, Paris, 2009, p.525-526; în sensul că statele rămân suverane să modifice tratatele de bază pe alte căi decât cele prevăzute, dacă ele corespund acordului lor de voință, a se vedea J. Rideau, op.cit., p.112; în J.H.H. Weiler, "Constituția Europei", Ed. Polirom, Iași, 2009, p.142; G. Isaac, "Droit communautaire général", Ed. Armand Colin, Paris, 2001, p.126; Manin, Ph., "Les Communautés Européennes, l'Union Européenne", Ed. Pedone, Paris, 1998, p.56 )

<sup>3</sup> adunarea reprezenta, în formula utilizată de tratatele de atunci, popoarele statelor membre; actualmente se prevede că Parlamentul reprezintă cetățenii Uniunii; oricum, nu putea și nu poate fi vorba de un popor sau de o națiune europeană, adică de un *demos* european, care nu există (a se vedea

- D. Gabor, I. Bălan, "Suveranitate națională și integrare europeană: va fi Uniunea Europeană prototipul noului stat post-modern?" în volumul "Suveranitate națională și integrare europeană", Iași, Editura Polirom, 2002, p.354-357; J. Nergelius, "The constitutional dilemma of the European Union", Europa Law Publishing, Groningen, 2009, p.24; acest ultim autor, care îi citează și pe alții, arăta însă că *demos*-ul specific poate fi și civico-politic, nu neapărat etno-cultural, a se vedea p.23-25, 33, 101, 103-105); diferența între formulările menționate ar putea fi considerată o încercare de a institui, pentru viitor, o cetățenie europeană independentă de cea națională, între Uniune și cetățenii săi creându-se legături directe, fără intermedierea statelor membre (a se vedea M.-F. Pop, "Noile valențe ale cetățeniei europene după Tratatul de la Lisabona: importanța Cartei drepturilor fundamentale", în S. Gherghina ș.a., volumul "Tratatul de la Lisabona: UE către reformă instituțională și consens", Ed. Dacia, Cluj-Napoca, p.255)
- <sup>4</sup> hot. T.P.I. "max.mobil/Comisie" 54/99 din 30.01.2002, publicată pe site-ul menționat anterior; dec. T.P.I. "Westdeutsche Landesbank Girozentrale/Comisie" 228 și 233/99 din 6.03.2003, idem; hot. C.J. "Runevic-Vardyn și Vardyn" 391/09 din 2.05.2011, idem; hot. C.J. "Parlament/Consiliu" 540/03 din 27.06.2006, idem; hot. C.J. "Unibet" 432/05 din 13.03.2007, idem; hot. C.J. "Dynamic Medien" 244/06 din 14.02.2008, idem; în toate aceste hotărâri instanțele fac referire la dispozițiile Cartei ca la principii generale ale dreptului, nu ca la un document care este izvor de drept prin el însuși, întocmai ca în cazul C.E.D.O.
- <sup>5</sup> deși procedura bugetară este considerată de tratate tot o procedură specială, am menționat-o separat deoarece prezintă particularitatea că atât Consiliul cât și Parlamentul își dau concursul la adoptarea bugetului într-un mod similar celui de la procedura legislativă ordinară; pe de altă parte, ea prezintă în modul de desfășurare particularități și față de aceasta din urmă
- <sup>6</sup> de exemplu, autorizarea unei cooperări consolidate într-un domeniu supus procedurii legislative ordinare; constatarea că într-un stat există un risc clar de încălcare a drepturilor omului; constatarea că într-un stat s-au produs astfel de încălcări în mod masiv și persistent; actele adoptate în aceste cazuri nu pot fi considerate legislative (deoarece nu reglementează nimic), deci nici procedurile de adoptare a lor nu sunt legislative
- <sup>7</sup> dealtfel ele nici nu sunt specifice Comunității ci sunt comune celor două organizații, având ca obiect statutul funcționarilor, actele financiare referitoare la buget, aspecte din Statutul Curții de Justiție a Uniunii Europene
- <sup>8</sup> adică impuse de tratate
- <sup>9</sup> adică neimpuse de tratate
- <sup>10</sup> Tratatul asupra funcționării Uniunii Europene folosește pluralul, nu singularul, deoarece, exceptând faptul că organul decizional este Parlamentul sau Consiliul iar cealaltă instituție este asociată prin consultare sau aprobare, restul elementelor pot diferi (de exemplu inițiatorul, alte organe consultate sau implicate în alt fel, modul de desfășurare etc.).
- <sup>11</sup> este vorba de statutul și condițiile de exercitare a mandatului membrilor săi, de statutul și condițiile de exercitare a mandatului Mediatorului și de condițiile exercitării dreptului de anchetă de către comisia de anchetă a Parlamentului; deci, actele adoptate nu au impact asupra vieții sociale
- <sup>12</sup> în Comunitatea Europeană a Energiei Atomice nu există dealtfel decât varianta consultării
- <sup>13</sup> în cel de-al treilea caz menționat la nota 11
- <sup>14</sup> aceste acorduri sunt: acordul de aderare a Uniunii la Convenția Europeană a Drepturilor Omului; acordurile de asociere; acordurile care introduc proceduri de cooperare; acorduri încheiate în domenii în care se aplică procedura legislativă ordinară sau o procedură legislativă specială în care se cere aprobarea Parlamentului; acordurile cu consecințe financiare importante



- <sup>15</sup> menționăm că le-am inclus în aceste proceduri nu numai pe cele numite astfel de Tratatul asupra Uniunii Europene și de Tratatul asupra funcționării Uniunii Europene (de fapt introduse de Tratatul de la Lisabona), ci și pe cele pe care tratatele le numesc proceduri legislative ordinare; aceasta deoarece, în primul rând, este vorba de modificări ale tratatelor, iar în al doilea rând unele decizii în acest sens sunt supuse aprobării statelor membre; or, nu se poate concepe teoretic ca modificarea actului constituțional să se facă prin acte inferioare ca forță juridică și nu se poate concepe, din punctul de vedere al dreptului Uniunii, ca actele de drept derivat să fie supuse aprobării statelor; dealtfel anterior Tratatului de la Lisabona doctrina de drept comunitar le considera astfel și le includea în dreptul primar, nu în cel derivat (a se vedea J.P. Jacqué, op.cit., p.514 și p.525); aceasta calificare nu schimbă însă considerațiile legate de intensitatea implicării Parlamentului în procesul decizional
- <sup>16</sup> acesta este de fapt o dispoziție particulară a celei menționate anterior
- <sup>17</sup> actele adoptate aici sunt acte *sui generis*, toate purtând denumirea generică de "decizii" urmată de un alt calificativ
- <sup>18</sup> acestea sunt: măsurile restrictive față de particulari, ele putând fi atacate cu acțiune în anulare; punerea în aplicare a politicii externe și de securitate nu poate afecta procedurile și atribuțiile instituțiilor din celelalte domenii de competență ale Uniunii, după cum nici punerea în aplicare a celorlalte politici nu poate afecta procedurile și atribuțiile instituțiilor din cadrul politicii externe și de securitate, controlul judiciar al Curții limitându-se la verificarea respectării acestei prevederi

## INFRAȚIUNILE PREVĂZUTE ÎN CADRUL LEGII NR. 10/1995 PRIVIND CALITATEA ÎN CONSTRUCȚII

Alexandru RÎȘNIȚĂ\*

**Abstract: Construction Related Crimes in the Romanian Law no. 10/1995 Regarding Quality in Construction.** *The current article has set its aim to surpass the Romanian doctrine's standstill concerning construction related crimes, especially by analyzing the manner in which other legal systems have dealt with the possible issues surrounding this area. The study starts by exploring the origins and nomenclature of Law no. 10/1995 regarding quality in construction. Throughout this stage, the author points out the pros, cons and possible interpretation quandaries of the current legal text.*

*Moving on, the author analyzes the criminal provision stipulated in article 31 of the Law at hand, alongside providing a short glimpse of some analogous European legal provisions. During this phase, dismantling other authors' thought-to-be obsolete opinions on the matter becomes the writer's main concern.*

*After scrutinizing all the basic issues surrounding this article, the breakdown of the criminal provisions of article 32 enters the spotlight.*

*Both during and subsequent to the examination of these two articles, the author is aptly devoted to proposing a series of compulsory changes that would remodel Law nr. 10/1995 into a suitable overseer of quality in construction. Currently, this Law's criminal provisions are seldom applied, because of the legislator's ambiguous choice of syntax, the high penalties, and the jumbled action-result coupling.*

**Cuvinte cheie:** *construcții, anexe gospodărești, proiectare, expertizare, verificare, continuarea a lucrărilor, lucrări executate necorespunzător, organe de control, valoare socială*

**Key-Words:** *buildings, appended structures, project designing, building expertise and ascertainment, continued work on a construction site, improper buildings, overseers, social value*

### 1. Scurt istoric al reglementărilor anterioare

Primele cazuri de răspundere penală a persoanelor responsabile de calitatea construcțiilor apar în Babylonia anilor 1772 î.e.n., prin introducerea Codului lui Hammurabi, unde, conform legii talionului care domina cadrul legislativ al acelor vremuri, dacă un constructor executa o casă care ulterior se prăbușea generând un rezultat dăunător proprietarului acesteia, primul era constrâns să sufere în mod egal<sup>1</sup>.

Societatea românească modernă a cunoscut prima reglementare în domeniu prin intrarea în vigoare a Legii nr. 8/1977<sup>2</sup> privind asigurarea durabilității, siguranței în exploatare, funcționalității și calității construcțiilor. Art. 78 și art. 79 ale acestei legi au constituit baza conceptual-teoretică a sancțiunilor din viitoarele reglementări privind calitatea în construcții<sup>3</sup>. Astfel, după două tentative legislative nereușite și problematice atât din punct de vedere constituțional, cât și din punct de vedere al aplicării legii penale în timp<sup>4</sup> și anume O.G. nr. 25/1992<sup>5</sup> și mai apoi O.G. nr. 2/1994<sup>6</sup>, legiuitorul român a adoptat Legea nr. 10/1995<sup>7</sup> privind calitatea în construcții, ale cărei incriminări penale constituie obiectul prezentului studiu. Fiind o creație autohtonă, legea nu își găsește un omolog real în expresia unei legi speciale, pe plan internațional marea majoritate a statelor incriminând acest gen de infracțiuni în diferite texte ale codurilor penale naționale, la care vom face referire pe parcurs.

## 2. Precizări conceptuale

Înainte de a trece la analiza incriminărilor din prezenta lege, considerăm a fi de maximă importanță delimitarea clară a domeniului ei de aplicare prin interpretarea teleologică a unor termeni. În primul rând trebuie analizat conceptul de *construcții* la care face referire legea. Astfel, art. 2 alin. (1) prevede că noțiunii de construcții i se circumscriu “construcțiile<sup>8</sup> de orice categorie și instalațiile aferente acestora<sup>9</sup>”. Totodată prin alin. (2) al aceluiași articol sunt exceptate de la prevederile legii unele categorii de construcții, generând astfel o gamă reziduală de edificii supuse prevederilor legale. Categoriile exceptate sunt următoarele: clădirile pentru locuințe cu parter și parter plus un etaj și anexele gospodărești situate în mediul rural și în satele ce aparțin orașelor, precum și construcțiile provizorii.

Prima categorie este compusă din clădirile pentru locuințe cu parter și parter plus un etaj. Dilema ce se naște în jurul acestui text este strâns legată de o operațiune edificatorie în vogă în ultima perioadă și anume mansardarea. Mansarda este un spațiu funcțional cuprins între învelitoare și ultimul nivel al unei clădiri, care asigură respectarea cerințelor de siguranță, protecție și confort corespunzătoare utilizării specifice (de locuire), și care se include în numărul de niveluri supraterane<sup>10</sup>. Astfel, este evident că o clădire cu parter plus etaj și mansardă nu s-ar putea integra printre excepțiile enumerate, fiind calificată ca o clădire cu trei niveluri. Problematică este situația locuințelor cu parter plus mansardă, la care legea nu face referire. Considerăm că prin enumerarea “parter și parter plus un etaj” legiuitorul a avut în vedere nivelurile supraterane ale clădirilor și implicit înălțimea, factor esențial în evaluarea rezistenței și stabilității acestora<sup>11</sup>. Ținând cont de faptul că atât clădirile cu parter plus un etaj, cât și cele cu parter plus mansardă, au două niveluri supraterane, iar

condițiile minime de calitate corespunzătoare ale acestora sunt absolut identice<sup>12</sup>, apreciem că norma legală trebuie dilatată prin procedeul interpretării extensive, în vederea includerii clădirilor pentru locuințe cu parter plus mansardă în rândul celor exceptate de art. 2 alin. (2). Urmând același raționament precizăm că locuințele cu niveluri subterane (subsol, demisol) nu pot fi asimilate categoriilor exceptate de la regimul calității în construcții, deoarece sintagma “etaj<sup>13</sup>” sugerează direcția ascendentă a procesului de construcție. Amintim faptul că legiuitorul moldovean a eliminat orice controversă din acest punct de vedere prin exceptarea de la prevederile legale doar a clădirilor cu un singur nivel<sup>14</sup>.

A doua categorie exceptată vizează anexele gospodărești situate în mediul rural și în satele ce aparțin orașelor. Prin sintagma anexe gospodărești se înțelege: “Construcțiile cu caracter definitiv sau provizoriu, menite să adăpostească activități specifice, complementare funcțiunii de locuire, care prin amplasarea în vecinătatea locuinței, alcătuiesc împreună cu aceasta o unitate funcțională distinctă<sup>15</sup>”. O primă observație este legată de necesitatea existenței caracterului definitiv al anexelor sus menționate, deoarece, în cazul în care acestea sunt autorizate ca și construcții provizorii, excepția de la prevederile legale ar opera în mod direct în cadrul acestei din urmă categorii. Cât despre faptul că edificiile din mediul rural sunt exceptate de la regimul calității în construcții ne raliem opiniei conform căreia<sup>16</sup> această alegere nefercită a legiuitorului este nejustificată. Fiind protejate viața oamenilor din întreg teritoriul, bunurile acestora, a societății și mediul înconjurător în general, nu este motivată disjungerea instaurării regimului calității în construcții între două zone precum mediul rural și cel urban. O ultimă problemă se ridică cu privire la regimul juridic aplicabil satelor ce aparțin de municipii, situație nereglementată expres în lege. Conform unei păreri<sup>17</sup> “semnificația termenilor este de strictă interpretare, iar dacă legiuitorul ar fi vrut să scoată de sub incendența legii și construcțiile din satele aparținând municipiilor, ar fi trebuit să o facă expres, orice excepție fiind de strictă interpretare”. Nu putem fi de acord cu această opinie deoarece, lăsând la o parte rațiunea legiuitorului de a disocia aria de practică a legii, aplicând-o doar în mediul urban, credem că nu se justifică nicio diferență de tratament între satele arondate orașelor și cele arondate municipiilor. Prin urmare, aderăm opiniei<sup>18</sup> conform căreia noțiunea de oraș trebuie privită în sens larg, de mediu urban și nu în sensul de unitate administrativ-teritorială. La fel a interpretat și legiuitorul moldovean care nu a mai făcut referire la unități administrativ-teritoriale, folosind generic dihotomia “localități rurale/localități urbane<sup>19</sup>”. Totuși, chiar dacă am accepta faptul că legiuitorul s-a referit la conceptul de oraș în sens restrâns, din analiza art. 3 alin. (3) din Constituție<sup>20</sup>, în paralel cu Anexa nr. 1 a Legii nr. 351/2001 privind aprobarea planului de amenajare a teritoriului național<sup>21</sup>, reiese că municipiul este doar o specie de oraș cu o populație mai numeroasă și un

grad de urbanizare mai ridicat, rezultând implicit că și satele arondate acestuia trebuie exceptate de la prevederile Legii nr. 10/1995. Mai mult, anexa sus-menționată ne indică faptul că unitățile administrativ-teritoriale sunt comunele, orașele și județele. Așa fiind, nici privirea noțiunii de oraș în sens restrâns nu constituie un impediment insurmontabil, deoarece este limpede că municipiile nu alcătuiesc o categorie inedită de unități administrativ-teritoriale, ci reprezintă doar o specie de orașe.

Ultima categorie de excepții expres prevăzute de art. 2 alin. (2), sunt construcțiile provizorii<sup>22</sup>. Caracterul provizoriu al unei construcții nu reiese implicit din natura sau destinația sa, ci este dobândit odată cu obținerea autorizației de construire necesară. Așa fiind, când o construcție provizorie nu se desființează la timp, depășindu-și "termenul de provizorialitate", adică perioada precizată în autorizarea de construire, ea trebuie tratată precum o construcție definitivă<sup>23</sup>. Prin simplul fapt că existența ei nu mai este limitată în timp, devenind perpetuă, aceasta ajunge să se încadreze printre categoriile de construcții la care face referire legea în discuție. S-a susținut<sup>24</sup>, în mod eronat după părerea noastră, că rațiunea exceptării construcțiilor provizorii de la regimul calității constă în faptul că acestea nu au un nivel de înălțime apt să creeze o stare de pericol pentru oameni sau construcții. Este adevărat că de regulă construcțiile provizorii nu beneficiază de un regim de înălțime exorbitant, dar aceasta nu înseamnă că starea de pericol generată de acestea este neînsemnată<sup>25</sup>. Considerăm că această categorie este exceptată datorită simplității acestor construcții, corelat cu faptul că proiectele aferente acestora trebuie autorizate în prealabil de autoritățile locale, care le conferă caracterul provizoriu și exercită astfel un prim control asupra calității. Totuși, *de lege ferenda*, s-ar impune stabilirea unei limite maxime a suprafeței acestor construcții provizorii<sup>26</sup>. Mai mult, în cazul în care o construcție provizorie nu respectă limitele prevăzute în autorizația de construire ea nu mai poate fi considerată ca atare, fiindcă ceea ce se construiește nu este ceea ce s-a autorizat a se construi provizoriu. Trebuie menționat și faptul că deși în conformitate cu prevederile legale<sup>27</sup>, construcțiile provizorii care sprijină sau înlocuiesc temporar o construcție definitivă sau părți ale acesteia (sprijiniri de construcții, poduri, căi de comunicație, tribune din lemn etc.) se încadrează în categoria de importanță a construcției definitive pe care o sprijină sau o înlocuiesc temporar, acestea rămân construcții provizorii datorită duratei de existență limitată în timp.

### **3. Infrațiunea incriminată de art. 31 alin. (1) din Legea 10/1995**

Legiuitorul incriminează în cadrul art. 31 alin (1) proiectarea, verificarea, expertizarea, realizarea unei construcții ori executarea de modificări a acesteia, fără respectarea reglementărilor tehnice privind stabilitatea și rezistența, dacă acestea ar

putea produce una sau mai multe dintre următoarele consecințe: pierderi de vieți omenești, vătămare gravă a integrității corporale ori a sănătății uneia sau mai multor persoane, distrugerea totală sau parțială a construcției, distrugerea ori degradarea unor instalații sau utilaje importante, ori alte consecințe deosebit de grave.

La alineatul al doilea al aceluiași articol este incriminată și o formă agravată și anume situația în care fapta incriminată la primul alineat are drept urmare: distrugerea totală sau parțială a construcției, moartea sau vătămarea gravă a integrității corporale sau a sănătății uneia sau mai multor persoane, distrugerea ori degradarea unor instalații sau utilaje importante, ori alte consecințe deosebit de grave.

Apreciem infrațiunea prevăzută la alin. (1) ca fiind o infrațiune de pericol potențial<sup>28</sup>, deoarece textul de incriminare pune condiția aptitudinii faptei de a genera unul dintre rezultatele enumerate, fără a cere însă concretizarea efectivă a acestora prin lezarea valorilor sociale ocrotite<sup>29</sup>. Așadar nu este suficient a se constata că una dintre acțiunile enumerate în textul de lege s-a efectuat fără respectarea reglementărilor tehnice privind stabilitatea și rezistență, ci mai mult, trebuie ca prin acest comportament să se contureze eventualitatea producerii unuia dintre rezultatele enumerate. Infrațiunea apare într-o formă asemănătoare în Codul Penal portughez<sup>30</sup>, fiind considerată de doctrina autohtonă ca o infrațiune de pericol abstract-concret, noțiune asimilată celei de pericol potențial<sup>31</sup>.

Infrațiunea este una cu conținut alternativ, variantele prevăzute în textul de lege reprezentând etape ale procesului de construire considerate identice sub aspectul semnificației lor penale. Comiterea mai multor versiuni ale acestei infrațiuni în cadrul aceluiași proces de construire nu va atrage concursul dintre fapte.

Coautoratul este posibil numai în cadrul aceleiași modalități a laturii obiective. Astfel, infrațiunea ar putea fi comisă în coautorat de mai mulți proiectanți, mai mulți executanți, de o comisie de verifcatori sau de experți, între care există o legătură subiectivă. În cazul în care proiectantul și executantul unei construcții au știut că proiectul sau punerea în practică a acestuia s-a făcut cu încălcarea normelor privind rezistența și stabilitatea, chiar dacă există o legătură subiectivă între ei, credem că fiecare va răspunde pentru fapta proprie deoarece, fiecare modalitate de comitere a acestei infrațiuni se consumă la momente diferite<sup>32</sup>. În exemplul de mai sus, proiectantul comite infrațiunea la momentul predării proiectului, indiferent dacă ulterior executantul îl pune sau nu în aplicare.

### **3.1. Obiectul juridic**

Obiectul juridic al infrațiunii, adică valoarea socială protejată de norma juridică penală și căreia i se aduce atingere prin comiterea infrațiunii<sup>33</sup>, obiectul tutelei juridice penale<sup>34</sup> sau valoarea abstractă de ordin social penalmente protejată<sup>35</sup>,

este siguranța în construcții<sup>36</sup>, ca și componentă a siguranței publice<sup>37</sup>. În acest mod trebuie privit obiectul juridic din punct de vedere conceptual pentru a nu se face confuzia, des întâlnită în doctrină<sup>38</sup>, cum că valoarea socială protejată (obiectul juridic) este reprezentată de anumite relații sociale privind acea valoare socială. Acesta este o definiție recursivă care trebuie refutată în baza logicii circulare, aflându-ne în prezența unui adevărat *petito principii*<sup>39</sup>, în context, încercarea de a defini valoarea socială folosind în explicație tocmai sintagma ce se urmărește a fi definită. Izvorul confuziei rezidă în efortul marelui profesor V. Dongoroz de a defini conceptul de obiect juridic. Acesta susținea că în atingerea unei valori sociale, în afară de rezultatul care se produce imediat (urmarea directă, răul material) se mai creează și o stare de neliniște, o stare neconvenabilă pentru normala și pașnica desfășurare a relațiilor sociale, fiecare socotindu-se amenințat de eventuala ivire a unor noi fapte de natura celor săvârșite (urmările indirecte, răul social)<sup>40</sup>. Cu altă ocazie, același autor a disjuns noțiunea de obiect juridic, făcând distincție între interesul ocrotit în special, de care norma de incriminare se preocupă direct și un interes ocrotit în general de care norma de incriminare se ocupă în mod indirect<sup>41</sup>. Acest din urmă interes a fost catalogat ca aparținând societății și denumit “ordine publică”, fiind inerentă oricărei dispoziții incriminatoare<sup>42</sup>. Credem că cele două concepte, cel de “ordine publică<sup>43</sup>” și cel de “relații sociale”<sup>44</sup> sunt echivalente din punct de vedere al generalității lor, ambele putând fi scoase ca și factor comun tuturor infracțiunilor existente în codul penal sau în legi speciale<sup>45</sup>. În altă ordine de idei, apreciem menționarea acestora în cadrul indicării obiectului juridic ca fiind superfluă și lipsită de pondere juridică<sup>46</sup>. Aceste relații sociale nu sunt decât realități exterioare valorilor sociale, preexistente acestora, al căror rol este evaluarea într-un stadiu incipient și atribuirea însușirii de valoare anumitor bunuri, situații, stări sau calități care corespund intereselor societății<sup>47</sup>. Acestea fiind spuse, putem statua cu tărie că obiectul juridic al infracțiunii analizate este unul universal<sup>48</sup> și anume siguranța în construcții, ca și ramură a siguranței publice.

### **3.2. Obiectul material**

De-a lungul timpului, în doctrină, s-au prezentat diverse variante ale obiectului material. Unii autori au considerat că obiectul material e reprezentat de construcțiile și proiectele la care face referire legea și asupra cărora se acționează<sup>49</sup>. Această precizare este cel puțin criticabilă din mai multe puncte de vedere. În primul rând, siguranța în construcții, valoarea socială protejată de norma în cauză, poate fi afectată prin diverse modalități precum predarea proiectelor, a raporturilor de expertiză, sau a proceselor-verbale de verificare, activități care nu se realizează prin impietarea în mod direct a construcțiilor. Mai mult, privind din perspectiva momentului consumării

infrațiunii în forma proiectării, aceasta se consumă la momentul predării proiectului eventualului beneficiar, moment la care nu a existat și nici nu este cert că va exista în viitor o construcție propriu-zisă. În acest sens, alegem să subscriem opiniei conform căreia că nu se poate vorbi de un obiect material în cazul unor infracțiuni ce lezează valori sociale nesusceptibile de materializare sau a căror lezare ori punere în pericol nu presupune o acțiune îndreptată nemijlocit asupra unui bun<sup>50</sup>. În alte cuvinte, infracțiunea prevăzută la art. 31 alin. (1) este lipsită de obiect material.

Pentru ca obiectul material să fie într-adevăr constituit de construcțiile la care face referire textul legal, acesta ar trebui formulat puțin diferit. În acest sens, dorim să semnalăm existența unor incriminări parțial omoloage celor românești în cadrul Codului Penal Italian. Conform art. 434 al acestui cod, sunt incriminate manoperele dolosive asupra unei clădiri care ar putea duce la colapsul total sau parțial al acesteia sau la un dezastru, dacă prin acestea se periclitează siguranța publică, sancțiunea fiind pedeapsa cu închisoarea de la 1 la 5 ani. În paragraful următor este prevăzută forma agravată și anume când aceste manopere dolosive au avut ca rezultat colapsul clădirii sau un dezastru, sancțiunea fiind pedeapsa cu închisoarea de la 3 la 12 ani. Legiuitorul italian a ales să incrimineze aceste fapte și în cazul în care sunt comise din culpă în cadrul art. 449. Mai mult, din economia textului de lege de la art 676 al aceluiași cod, reiese că orice persoană care generează ruina unui edificiu printr-o faptă culpoasă comisă în cadrul procesului de construire, va putea fi amendată. În paragraful următor e incriminată o formă agravată în cazul în care ruina edificiului a pus în pericol una sau mai multe persoane<sup>51</sup>. Principala deosebire dintre “colaps (*collo*)” și “ruinare (*rovina*)” este că prima situație implică dezintegrarea elementelor de structură și rezistență și prevalarea forței gravitaționale asupra forței de coeziune aferente acestora, pe când a doua presupune degradarea lentă și graduală, fără urmări majore a unui edificiu<sup>52</sup>. O altă diferență dintre cele două concepte constă în aptitudinea faptei de a pune în pericol un număr determinat sau un număr indeterminabil de persoane, noțiune pe care autorul citat o asimilează siguranței publice<sup>53</sup>. Prin această scurtă incursiune în spațiul legislativ italian am încercat să prezentăm o altă perspectivă asupra infracțiunilor din acest domeniu și anume una conform căreia construcțiile sunt plasate în prim plan ca obiect material al infracțiunii, toate acțiunile incriminate penal fiind îndreptate asupra acestora. Cu alte cuvinte, în viziunea legiuitorului italian, acest tip de infracțiuni constituie forme speciale ale infracțiunii de distrugere<sup>54</sup>.

### **3.3. Subiect activ**

Subiect activ al acestei infracțiuni poate fi orice persoană fizică sau juridică, română sau străină<sup>55</sup>, atâta timp cât activitatea infracțională are loc pe teritoriul României. Într-o primă opinie s-a susținut că subiectului activ este calificat diferit în



funcție de forma de săvârșire a infracțiunii, aflându-ne în situația unei calificări prin norme nepenale (proiectant, fabricant, responsabil tehnic cu execuția)<sup>56</sup>. Credem că acestea sunt simple ipostaze în care subiectul activ general se poate afla pentru a comite infracțiunea analizată și nicidecum calificări ale acestuia<sup>57</sup>. Totuși, referitor la activitatea constând în verificare sau expertizare, putem inclina spre ideea conform căreia suntem în prezența unui subiect activ calificat prin norma nepenală, dar în mod deviat, în situația în care interpretăm legea în sensul că aceasta ar prevedea că activitățile sus-menționate ar putea fi realizate numai de către verficatorii<sup>58</sup> sau experții<sup>59</sup> atestați. Așadar, din moment ce legea prevede că expertizarea se efectuează numai de către experții autorizați, am putea accepta faptul că cercul persoanelor vizate este restrâns în mod indirect prin specializarea activității de expertizare, căreia legea îi conferă un caracter strict profesionist, astfel încât o persoană neatestată să nu poată “expertiza” în adevăratul sens al legii. Într-o asemenea viziune calificarea subiectului activ ar izvorî în mod deviat din calificarea unei modalități a laturii obiective. Conform art. 5 al O.G. 2/2000<sup>60</sup> privind organizarea activității de expertiză tehnică judiciară și extrajudiciară, activitatea de expertiză tehnică se poate exercita la alegere de către experții tehnici, individual sau în societăți comerciale constituite potrivit legii, care au ca obiect de activitate efectuarea de expertize tehnice. Așa fiind, trebuie să acceptăm posibilitatea angajării responsabilității penale și a persoanele juridice, în cazul în care acestea au ca obiect de activitate efectuarea de expertize.

Cu toate acestea, privită global, această infracțiune rămâne una cu subiect activ general deoarece practic poate fi comisă de orice persoană fizică sau juridică responsabilă penalmente. Astfel, dacă o persoană necalificată sau o societate oarecare execută o lucrare de construcții fără proiectare prealabilă, conștientizând faptul că aceasta nu respectă normele cu privire la stabilitate și rezistență și totodată realizând că aceasta ar putea produce una dintre urmările prevăzute în textul de incriminare, condițiile de tipicitate sunt îndeplinite<sup>61</sup>.

Ne punem întrebarea dacă o instituție publică cu personalitate juridică, spre exemplu Inspectoratul de Stat în Construcții, poate comite această infracțiune. Prin art. 19<sup>1</sup> din Codul Penal, așa cum a fost modificat de Legea 278/2006<sup>62</sup>, se exclude responsabilitatea penală a tuturor instituțiilor publice care desfășoară o activitate ce nu poate face obiectul domeniului privat. Așadar, dacă o instituție publică are printre prerogativele sale o singură activitate incompatibilă cu domeniul privat, aceasta este suficientă pentru a atrage imunitatea penală generală a acesteia<sup>63</sup>. Putem concluziona că prin simplul fapt că are atribuția de a sista continuarea unor lucrări din postura de organ de control al calității, atribuție incompatibilă cu domeniul privat, Inspectoratul de Stat în Construcții se încadrează printre persoanele juridice de drept public care nu răspund penal. Formularea din Noul Cod Penal este preferabilă deoarece folosește

drept criteriu natura activității în exercitarea căreia a fost săvârșită infracțiunea și apartenența acelei activități la domeniul public sau privat<sup>64</sup>, deschizând noi orizonturi în materia sancționării penale a instituțiilor publice.

### **3.4. Subiectul Pasiv**

Susținem alături de marea majoritate a doctrinei că subiectul pasiv al infracțiunii prevăzute la art. 31 alin. (1) este Statul ca reprezentant al societății interesate în ocrotirea valorilor sociale la care face referire legea. Totuși, opinii divergente există și trebuie demontate. Astfel, într-o primă opinie s-a precizat că subiectul pasiv este persoana fizică ale căreia drepturi sunt efectiv lezate prin săvârșirea infracțiunii de pericol<sup>65</sup> (sic!). Într-o altă părere, gamei persoanelor fizice amintite i se alătură segmentul de persoane din aria poluată ori calamitată, în cazul în care au fost puse în pericol ori lezate unul sau mai multe elemente componente ale sistemului ecologic<sup>66</sup>. Fără a stăruii asupra analizei acestor păreri, precizăm doar faptul că subiectul pasiv este titularul valorilor sociale protejate de legea penală, a căror lezare reprezintă chiar esența infracțiunii (în cazul nostru Statul), concept care, chiar dacă se suprapune câteodată, nu se identifică ca regulă cu categoria persoanelor prejudiciate în concret<sup>67</sup>.

### **3.5. Latura obiectivă**

Această infracțiune se comite prin proiectarea, verificarea, expertizarea, realizarea unei construcții ori executarea de modificări a acesteia, fără respectarea reglementărilor tehnice privind stabilitatea și rezistența, dacă acestea ar putea produce una sau mai multe dintre consecințele prevăzute în textul de lege<sup>68</sup>. Credem că suntem în prezența unei infracțiuni pur comisive în pofida părerilor exprimate în doctrină cum că ar putea fi comisă și prin omisiune în unele cazuri<sup>69</sup>. Departe de a ține de o pedanterie juridică, această dezbateră prezintă importanță din punct de vedere al sancționării faptelor culpoase de acest tip. Dacă am accepta că această infracțiune poate fi comisă și printr-o omisiune, conform art.19 alin. (3) al codului penal, ar trebui sancționate și faptele din culpă.

În susținerea posibilității comiterii acestei infracțiuni prin omisiune s-au prezentat cu titlu exemplificativ mai multe situații ipotetice. Astfel, s-a dat exemplul proiectantului care omite să prevadă în proiect lucrările ce trebuie efectuate pentru a asigura stabilitatea și rezistența construcției<sup>70</sup>. În acest caz avem două variante posibile și anume: 1) Dacă proiectului în cauză îi lipsesc total datele tehnice legate de stabilitate și rezistență, proiectul fiind vădit incomplet<sup>71</sup>, credem că fapta nu este tipică, încadrându-se eventual la art. 33 III lit. a)<sup>72</sup>. 2) Dacă din proiect lipsesc unele date tehnice legate de stabilitate și rezistență, fără de care acesta nu respectă reglementările tehnice privind stabilitatea și rezistența și totodată se constată posibilitatea

producerii uneia sau mai multora dintre consecințele nefaste prevăzute în textul de lege, vom fi în prezența unei acțiuni de proiectare deficitară, tipică conform art. 31 alin. (1) și nicidecum în prezența unei inacțiuni. La fel și în cazul în care în momentul realizării construcției se omite să se introducă unele elemente de rezistență și stabilitate. Fapta tipică nu constă în omisiunea de a construi conform reglementărilor tehnice, ci chiar în acțiunea de a construi în neconformitate cu acestea.

Prima modalitate de comitere a acestei infrațiuni este "proiectarea". Prin proiectare se înțelege activitatea elaborată de o persoană, de obicei de specialitate, cuprinsă din părți scrise și părți desenate, pe baza cărora se profilează o viitoare construcție. Deși acceptăm că orice persoană fizică sau juridică poate comite infrațiunea în această formă, trebuie precizat că schițele și calculele acestora trebuie să aibă cel puțin aparența unui proiect. Această aparență trebuie apreciată din punctul de vedere al unei persoane care posedă cunoștințele unui om obișnuit. Nu putem asimila activitatea de a scrijeli un desen infantil alături de o serie de calcule matematice de școală primară activității de proiectare. Totodată, din analiza prevederilor reglementării tehnice aprobată prin Ordinul nr. 777/2003<sup>73</sup>, putem concluziona că doar partea de proiect aferentă inginerilor proiectanți face obiectul textului de lege analizat, partea arhitecturală axată pe design și estetică fiind lipsită de elemente care ar putea influența în mod direct stabilitatea și rezistența unei construcții<sup>74</sup>. Momentul consumării infrațiunii în această formă este la predarea proiectului către beneficiar. O problemă delicată poate apărea în delimitarea proiectantului semnatar față de proiectantul faptic. Care dintre cei doi este vizat de textul legal analizat în prezenta lucrare<sup>75</sup>? Credem că semnătura înseamnă însușirea personală a proiectului cu toate responsabilitățile care decurg din aceasta. Dar semnarea unui proiect gol nu poate fi privită nici ca reprezentând asumarea exhaustivă a oricăror date ce vor fi completate ulterior, nici ca neasumare niciunor asemenea date. Situația trebuie analizată *in concreto* iar rezultatul va fi diferit de la caz la caz în funcție de percepția celor doi actori asupra situației. În lipsa unei înțelegeri prealabile referitoare la conținutul viitorului proiect, apreciem că proiectantul semnatar va putea răspunde eventual pentru o faptă comisă din culpă, aflându-ne în prezența unei fapte obstacol.

Prin "verificare" se înțelege activitatea de control realizată de verificatorii atestați, prin care aceștia se pronunță asupra respectării reglementărilor tehnice privind stabilitatea și rezistența, a unor proiecte sau construcții. Această formă a infrațiunii poate fi comisă doar de către verificatorii atestați. Verificarea efectuată de o persoană neatesată nu este tipică chiar dacă această persoană posedă cunoștințe vaste în domeniu sau dacă a fost atestată în trecut. Dacă verificatorul constată unele nereguli privind stabilitatea și rezistența, indiferent dacă acestea au fost greșeli intenționate sau din culpă ale proiectantului și nu le semalează în procesul-verbal de verificare, acesta comite infrațiunea prevăzută la art. 31 alin. (1) în momentul predării acestuia.

“Expertizarea” este o acțiune de cercetare cu caracter tehnic a unor proiecte, în cadrul procesului de construire sau după finalizarea acestuia. Această modalitate a laturii obiective a infrațiunii poate fi comisă doar de către experții atestați și numai raportat la situația asupra căreia au fost delegați să se pronunțe. Acțiunea de expertizare se concretizează într-un raport de expertiză, a cărui predare constituie momentul la care se consumă infrațiunea.

Pentru comiterea infrațiunii în modalitatea “realizării unei construcții” ori “executării de modificări a acesteia”, este suficient să se efectueze o construcție nouă ori să se modifice o construcție existentă, fără respectarea reglementărilor tehnice privind rezistența și stabilitatea, dacă acestea ar putea genera una sau mai multe dintre urmările prevăzute de lege, fiind fără importanță existența, verificarea sau respectarea unui presupus proiect<sup>76</sup>. Referitor la modificările aduse unei construcții, credem că trebuie făcută o delimitare între lucrări de modificare structurală și lucrări de modificare nestructurală<sup>77</sup>. Numai lucrările de modificare structurală pot afecta rezistența și stabilitatea unei construcții, îndeplinind elementele de tipicitate ale faptei, cele nestructurale ne reprezentând interes decât referitor la alte cerințe esențiale de calitate prevăzute de lege. Consumarea infrațiunii în această formă are loc în momentul recepționării<sup>78</sup> construcției nou construite sau modificate, fără respectarea reglementărilor tehnice privind stabilitatea și rezistența de către executant, de către responsabilul cu execuția sau de către dirigințele de șantier, după caz<sup>79</sup>. Consumarea infrațiunii poate surveni și pe parcursul lucrărilor în cazul în care investitorul, agenții economici de consultanță specializați sau diriginții de șantier, constată că în stadiul respectiv lucrarea nu respectă normele de stabilitate și rezistență și continuă lucrările fără a remedia situația<sup>80</sup>. Legiuitorul moldovean mai face o precizare după enumerarea activităților ilicite din textul de lege și anume condiția ca acestea să fie comise “de către persoanele responsabile”. Credem că această mențiune nu aduce nimic în plus, fiind evident că numai cei efectiv responsabili sunt vizați.

Toate acțiunile analizate mai sus trebuie comise în primul rând fără respectarea reglementărilor tehnice privind cerința esențială<sup>81</sup> indicată la art. 5 lit. a) și anume stabilitatea și rezistența. Prin uzitarea conjuncției “și” s-ar putea crede că legea cere lezarea ambelor domenii structurale. Deși lezarea uneia singure dintre cele două este greu de imaginat datorită interdependenței existente între acestea, considerăm propice a preciza că afectarea oricăreia dintre cele două sectoare este suficientă pentru realizarea tipicității faptei. Pentru a delimita exact momentul unde un proiect sau o lucrare de construcție încalcă prevederile legale trebuie să ne îndreptăm atenția spre literatura de specialitate. Astfel, s-a semnalat existența dihotomiei abateri admisibile / abateri neadmisibile<sup>82</sup>. Aceste tipuri de abateri pot apărea atât în procesul de proiectare cât și pe parcursul execuției, cu precizarea că doar abaterile neadmisibile pot influența în mod defavorabil calitatea și siguranța construcțiilor, survenirea abaterilor admisibile fiind unanim acceptată ca inevitabilă.

O a doua condiție de tipicitate a faptei constă în posibilitatea teoretică de producere a uneia sau mai multora dintr-un șir de consecințe nefaste. Aceste consecințe par a fi dispuse descrescător, în funcție de gravitatea lor, începând cu "pierderea de vieti omenesti". Folosirea pluralului este o alegere nefericită a legiuitorului deoarece, la prima vedere, ar părea necesară pierderea a două sau mai multe vieți omenesti pentru îndeplinirea tipicității faptei<sup>83</sup>. Din punctul nostru de vedere este suficientă și crearea posibilității pierderii unei singure vieți pentru îndeplinirea tipicității faptei. Forța probantă a acestei afirmații rezidă în primul rând în faptul că legiuitorul prevede ca o altă urmare periculoasă vătămarea intergrității ori a sănătății uneia sau mai multor persoane, iar în textul rezervat formei agravate apare moartea sau vătămarea uneia sau mai multor persoane. Așa fiind, ar fi protejată integritatea corporală a uneia sau mai multor persoane, viața mai multor persoane, dar viața unei singure persoane, privită izolat, nu, ori este limpede că legiuitorul nu s-a pretat la asemenea absurdități<sup>84</sup>. În mod evident intenția legiuitorului nu a fost de a introduce periclitarea a două sau mai multe vieți ca și condiție de tipicitate a acestei infracțiuni, expresia fiind o copie nefericită din cadrul textelor de incriminare ale Legii nr. 8/1977<sup>85</sup>. În al doilea rând, observăm că pluralul unor termeni este plasat în mod derutant în mai multe texte de lege, dar interpretarea acestora s-a făcut la singular fără a ridică probleme. Este exemplul art. 75 lit. b) din Codul Penal care prevede ca și circumstanță agravantă comiterea faptei "prin violențe asupra membrilor familiei", caz în care este evident că agravanta se reține chiar dacă violențele sunt exercitate asupra unui singur membru al familiei<sup>86</sup>. Situația este identică în cazul comiterii unei infracțiuni din motive josnice, unde, chiar dacă se folosește pluralul, este unanim acceptat faptul că prezența unui motiv josnic singular este suficientă pentru realizarea circumstanței agravante<sup>87</sup>. Pe lângă regula interpretării textelor absurde, o amintim și pe cea a interpretării gramaticale, conform căreia un termen folosit la singular implică și pluralul și viceversa<sup>88</sup>. Mai mult, putem observa că de fiecare dată când legiuitorul a vrut să atragă atenția asupra unei pluralități de subiecți, fie ei activi sau pasivi, a folosit expresia de către/asupra a două sau mai multe persoane, sintagma "pierderi de vieți" fiind folosită, după cunoștințele noastre, în premieră absolută și exclusivă în cadrul legii analizate<sup>89</sup>. Problema este tranșată de Legea de punere în aplicare a noului Cod penal, unde se face referire la "viața sau integritatea corporală a uneia sau mai multor persoane".

"Vătămarea gravă a integrității sau a sănătății uneia sau mai multor persoane" se referă la urmările indicate în art. 182 din Codul Penal<sup>90</sup>. Credem că ar fi fost oportună referirea exclusivă la vătămarea unor alte persoane decât autorul, în situația contrară aflându-ne într-un caz de autolezare<sup>91</sup>, neincriminat în principiu<sup>92</sup>. În reglementarea actuală însă, condițiile de tipicitate sunt îndeplinite chiar dacă o persoană se pune în pericol prin propriile manopere constructive.

Prin “distrugerea totală sau parțială” a construcției se înțelege ruina, nimicirea, dărâmarea, totală sau parțială a construcției propriu-zise, ca rezultat material al acțiunii, fiind vorba de consecințe, iar nu de acțiunea ilicită de a distruge<sup>93</sup>. Nu credem că distrugerea se referă exclusiv la părțile din construcție care asigură stabilitatea și rezistența cum s-a precizat în doctrină<sup>94</sup>. Astfel, dacă dintr-o clădire rămâne doar scheletul de stabilitate și rezistență ea nu poate fi considerată decât parțial intactă, sau, din punct de vedere pesimistic, parțial distrusă<sup>95</sup>. Mai mult, observăm că în cadrul art. 217 Cod Penal, este incriminată numai fapta de a distruge bunul altuia, persoanele fiind în general libere să își devasteze propriile bunuri<sup>96</sup>. Propunem *de lege ferenda* modificarea textului de lege după modelul celui portughez sau brazilian, în sensul introducerii distrugerii numai a bunurilor altora ca și condiție de tipicitate a faptei. În urma unei asemenea modificări, în ipoteza în care se constată că autorul nu a pus în pericol decât propriile bunuri, fapta nu va fi tipică.

Următoarea consecință periculoasă se referă la “distrugerea ori degradarea unor instalații sau utilaje importante”. Instalațiile reprezintă totalitatea echipamentelor care asigură utilitățile necesare funcționării construcțiilor, iar utilajele importante sunt cele pe care se fundamentează utilizarea unei construcții în ansamblul ei<sup>97</sup>. Bineînțeles, micile defectiuni ușor remediabile ale unor instalații sau utilaje importante nu pot fi asimilate distrugerii sau degradării.

Prin “consecințe deosebit de grave” se înțelege o pagubă materială mai mare de 200.000 lei sau o perturbare deosebit de gravă a activității, cauzată unei autorități publice, unități publice ori altor persoane fizice sau juridice<sup>98</sup>. Norma prevăzută la art. 146 este o normă explicativă, astfel că o eventuală modificare a sensului acesteia va influența inevitabil conținutul incriminării unde termenul explicat este folosit<sup>99</sup>. Nu credem că în situația unei succesiuni în timp a normelor de incriminare, se va aplica norma care e mai favorabilă<sup>100</sup>, deoarece criteriul valoric folosit de legiuitor este vulnerabil în raport cu realitatea economică incontestabilă, aceea a devalorizării monedei de referință. Considerăm că prin modificarea pragurilor valorice ale art. 146, legiuitorul a urmărit doar actualizarea acestora, astfel încât nu se poate vorbi despre o succesiune de legi în timp<sup>101</sup>. Comiterea infracțiunii prevăzute la art. 31 alin. (1) în forma continuată va genera cumulul pagubelor materiale cauzate tuturor persoanelor fizice sau juridice, prin totalitatea acțiunilor prin care se realizează elementul material<sup>102</sup>.

Participația în forma instigării sau a complicității este posibilă în toate variantele infracțiunii. Legătura de cauzalitate dintre urmarea imediată și faptele prevăzute în textul legal reiese din însăși materialitatea infracțiunilor, *ex re*. Tentativa nu este pedepsită.

### 3.6. *Latura subiectivă*

Fiind o infracțiune comisivă, cum am stabilit anterior, aceasta este incriminată doar dacă e comisă cu intenție directă sau indirectă. În majoritatea cazurilor nerespectarea regulilor cu privire la stabilitate și rezistență se face din culpă, dar această formă a laturii subiective nu este incriminată, autorul răspunzând eventual pentru diverse fapte culpoase din codul penal. De multe ori însă, în executarea cu intenție a unor lucrări de modificare a unor structuri, se lezează din culpă stabilitatea și rezistența altor construcții vecine. Spre exemplu, cu ocazia unor lucrări de reabilitare a unui sector de drum, s-a avariat instalația de gaz a unei clădiri, generând o explozie într-unul dintre apartamente<sup>103</sup>.

Susținem oportunitatea instaurării *de lege ferenda* a unei incriminări distincte a acestui tip de fapte comise din culpă, după modelul codului penal italian sau a celui german<sup>104</sup>.

### 3.7. *Forma agravată*

Varianta agravată a acestei infracțiuni este prevăzută în art. 31 alin. (2), întemeindu-se pe urmările materiale produse efectiv prin aceleași acțiuni și în aceleași condiții de nerespectare a reglementărilor tehnice privind stabilitatea și rezistența<sup>105</sup>. Tipicitatea faptei presupune împlinirea uneia dintre consecințele enumerate, o modificare fizică în realitatea înconjurătoare, astfel că infracțiunea devine una de rezultat. Marea majoritatea a considerațiilor amintite în cadrul analizei modalității simple a infracțiunii rămân valabile și pentru forma agravată. Totuși, unele particularități există și se impun a fi analizate.

Din punct de vedere a laturii subiective, această formă agravată se comite cu praeterintenție deoarece, deși acțiunea este intenționată, rezultatul mai grav se produce din culpă. Dacă autorul urmărește producerea unui asemenea rezultat, credem, alături de alți autori<sup>106</sup>, că acesta va comite un concurs de infracțiuni între infracțiunea intenționată pe care a urmărit-o și infracțiunea prevăzută de art. 31 alin. (1)<sup>107</sup>. O altă situație care merită analizată este cea în care autorul comite fapta din culpă, iar ulterior, deși își realizează greșeala, nu intervine. Spre exemplu, proiectantul care, după predarea proiectului, realizează că din cauza deficiențelor acestuia s-ar putea produce colapsul clădirii, dar totuși nu intervine, iar ulterior rezultatul se concretizează. Credem că într-un asemenea caz autorul va răspunde, în baza teoriei de garant, pentru o faptă omisivă improprie prevăzută de codul penal<sup>108</sup>, tipicitatea faptei prevăzute în cadrul art. 31 fiind imposibil de realizat<sup>109</sup>. Din punct de vedere al obiectului juridic, formei agravate i se adaugă, alături de siguranța în construcții ca și componentă a siguranței publice, și valorile sociale fizic lezate ca urmare a acțiunii (viața, integritatea corporală, patrimoniul). Implicit și Statului i se vor adăuga subiecții pasivi de îngrijire.

Mai mult, această formă calificată a infracțiunii prezintă și un obiect material, și anume corpul persoanei ucise, vătămate sau îmbolnăvite, bunul proprietate publică sau privată (construcții, utilaje, instalații) distrus sau degradat, total sau parțial<sup>110</sup>.

Consumarea infracțiunii are loc în momentul producerii uneia dintre urmările prevăzute în textul de lege. Când unele urmări se produc efectiv iar altele rămân în stare de potențialitate iminentă, nu va exista un concurs real sau ideal între cele două modalități ale infracțiunii, ci va fi reținută doar forma agravată care o absoarbe pe cea simplă<sup>111</sup>.

Toate urmările incriminate sunt prezentate în cadrul aceluiași alineat, având aceleași limite de pedeapsă, deși există discrepanțe majore între pericolozitatea acestora<sup>112</sup>. Propunem *de lege ferenda* disocierea decesului persoanei față de celelalte urmări de importanță mai redusă, după modelul adoptat de legiuitorul moldovean<sup>113</sup>. Totodată propunem micsșorarea pedepselor după modelul mai multor sisteme de drept<sup>114</sup>, deoarece considerăm limitele actuale ca fiind una dintre cauzele lipsei jurisprudenței aferente acestui domeniu. Credem că intenția inițială a legiuitorului român a fost de a simplifica munca instanțelor prin evitarea reținerii de concursuri deoarece, în majoritatea cazurilor de prăbușire a unei clădiri, este foarte probabil ca toate aceste consecințe să survină simultan. Apreciem că modelul Codului Penal Italian asigură cea mai mare eficiență în domeniu, deoarece acoperă toate situațiile de aceste gen, fie din culpă fie intenționate, prin texte de lege distincte. Legea de punere în aplicare a noului Cod penal aduce propune două schimbări oportune și anume scăderea pedepselor și incriminarea acestor comportamente și în modalitatea culpei<sup>115</sup>.

În cazul acestei forme calificate este necesară stabilirea și dovedirea unei legături de cauzalitate între fapta săvârșită și rezultatul produs<sup>116</sup>. Așa fiind, chiar dacă rezultatul se produce, infracțiunea nu se va putea reține dacă nu se datorează unui viciu survenit pe parcursul procesului de construcție sau de proiectare<sup>117</sup>.

#### **4. Infracțiunea prevăzută de art. 32 din Legea nr. 10/1995**

În cadrul acestui articol legiuitorul a incriminat continuarea lucrărilor de construcții executate necorespunzător și oprite prin dispoziții ale organelor de control, în toate cazurile în care acestea le afectează rezistența și stabilitatea. Situația premisă presupune existența unui act administrativ individual de oprire a lucrărilor. Credem că această infracțiune înfățișează o formă specializată în raport cu cea prevăzută în cadrul art. 24<sup>118</sup> lit. b) al Legii nr. 50/1991<sup>119</sup> privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, deoarece introduce ca și factor adițional afectarea rezistenței și stabilității. În lipsa acestui factor, fapta se va putea încadra eventual în articolul mai sus amintit.



Infrațiunea este una de pericol abstract, deoarece asupra faptei planează o prezumție de pericol fără a se cere lezarea efectivă a vreunei valori sociale<sup>120</sup>. Pe cale de consecință, în cazul continuării lucrărilor, nu doar ca nu este necesară existența unei stări de pericol pentru valoarea ocrotită, dar nici nu se poate face dovada contrară, în sensul că respectivele lucrări privind rezistența și stabilitatea nu ar aduce nicio atingere valorii sociale ocrotite<sup>121</sup>.

Tentativa nu este pedepsită.

#### **4.1. Obiectul Juridic**

Aderăm opiniei<sup>122</sup> conform căreia, continuarea lucrărilor oprite de organele de control lezează, pe lângă siguranța în construcții și autoritatea organelor de control prin nerespectarea dispozițiilor acestora.

#### **4.2. Obiectul material**

Explicațiile referitoare la lipsa obiectului material prezentate la art. 31 rămân valabile și în cadrul aceste infrațiuni.

#### **4.3. Subiectul activ**

Subiectul activ rămâne unul general, în pofida precizărilor doctrinare legate de specialitate acestuia, care se bucură de o largă audiență<sup>123</sup>. Practic, orice persoană fizică sau juridică care continuă lucrările de construcții executate necorespunzător afectând rezistența și stabilitatea acestora comite această infrațiune<sup>124</sup>. Nu credem că simpla numirea a subiectului activ drept "executant" denotă o calificare a acestuia<sup>125</sup>, aflându-ne mai degrabă în situația delimitării unei posturi în care se află autorul<sup>126</sup>.

#### **4.4. Subiectul pasiv**

Subiectul pasiv este Statul atât ca și reprezentant al siguranței în construcții ca și ramură a siguranței publice, cât și din perspectiva respectării dispozițiilor organelor de control care acționează în numele său. Nu putem fi de acord cu părerea conform căreia subiect pasiv secundar ar fi autoritatea care emite decizia de oprire a lucrărilor și care nu este respectată<sup>127</sup>, deoarece aceasta nu este titulara valorii sociale ocrotite.

#### **4.5. Latura obiectivă**

Infrațiunea se comite prin continuarea lucrărilor executate necorespunzător, oprite prin dispoziții ale organelor de control datorită acestui fapt și numai în cazurile în care afectează rezistența și stabilitatea construcției. Toate aceste condiții trebuie îndeplinite cumulativ. Înainte de a analiza condițiile tipicității, trebuie să analizăm unele sintagme și expresii prezente în textul de lege.

“Continuarea lucrărilor” se referă la efectuarea oricăror lucrări specifice edificării care sunt supuse regimului Legii nr. 10/1995<sup>128</sup>, după momentul sistării acestora de către organele de control prin emiterea unui proces-verbal, fiind vorba de o faptă comisivă. Nu este necesară “continuarea” propriu-zisă a unor lucrări stagnante, legiuitorul referindu-se la orice acțiune edificatorie care afectează rezistența și stabilitatea unui sit de construcție suspendat. Așa fiind, orice acțiune de la construirea unei structuri inedite și până la demolare celei existente se încadrează printre activitățile la care face referire art. 32<sup>129</sup>. Plângerea împotriva procesului-verbal de oprirea a lucrărilor nu suspendă această măsură, iar fapta rămâne tipică chiar și în cazul admiterii ulterioare a acesteia. Din aceste considerente alegem să achiesăm unei opinii<sup>130</sup> demne de aplauze, care sugerează oportunitatea inserării sintagmei “fără drept” în conținutul textului legal, pentru a transforma ilegalitatea conduitei dintr-o condiție de antijuridicitate, într-una de tipicitate, fără a mai fi necesar să se recurgă la aplicarea 18<sup>1</sup> Cod Penal. Necesitatea acestei considerații este dublată de posibilitatea efectuării lucrărilor de intervenție în primă urgență<sup>131</sup> asupra unei construcții suspendate, care în momentul de față reprezintă o cauză justificativă.

Prin “lucrări executate necorespunzător”, legiuitorul face referire la acele lucrări asupra neconformității cărora s-a pronunțat un organ de control<sup>132</sup>. În cadrul legii în discuție, aceste lucrări sunt cele executate fără proiect<sup>133</sup> întocmit și verificat sau fără expertizare, dar și cele executate cu încălcarea obligațiilor instituite executanților prevăzute de art. 23<sup>134</sup>.

“Organele de control” la care face referire lege sunt cele enumerate la art. 30 și anume: Inspekția de Stat în Construcții, lucrări publice, urbanism și amenajarea teritoriului din cadrul Ministerului Lucrărilor Publice și Amenajării Teritoriului și inspekțiile județene și a municipiului București în construcții, lucrări publice, urbanism și amenajarea teritoriului subordonate acesteia, precum și celelalte organisme similare cu atribuții stabilite prin dispoziții legale, alături de organele proprii ale Ministerului Apărării Naționale, a Ministerului de Interne și a Serviciului Român de Informații, abilitate în acest scop, pentru construcțiile din cadrul obiectivelor cu caracter secret. Aceste organe pot emite procese-verbale<sup>135</sup> de sistare a lucrărilor de construcție ale căror dată denotă limita temporală inferioară a sancționării executărilor de lucrări. Importanța proceselor-verbale rezidă și în stabilirea unui eventual concurs de infracțiuni. Astfel, dacă un singur proces-verbal este emis pentru un întreg ansamblu rezidențial, continuarea lucrărilor asupra stabilității și rezistenței mai multor obiective din cadrul acestuia nu va atrage un concurs de infracțiuni, ci va avea o eventuală pondere în individualizarea pedepsei. Pe de altă parte, dacă în cadrul aceluiași ansamblu rezidențial sunt emise mai multe procese-verbale de oprire a lucrărilor pe obiective diferite și la date diferite, credem că se va putea reține un concurs între faptele de continuare a

lucrărilor aferente fiecăruia dintre acestea. O situație problematică o poate constitui continuarea unor lucrări sistate în mod vădit ilegal. Din moment ce plângerea împotriva procesului-verbal nu suspendă măsura de oprire a executării lucrărilor, în cazul unei sistări vădit ilegale, continuarea poate fi singura soluție de evitare a unei pierderi financiare din partea constructorilor vizați. Credem că într-o asemenea situație, autorul nu va răspunde deoarece fapta sa nu este antijuridică.

Pentru reținerea aceste infrațiuni trebuie verificată existența următoarelor condiții: 1) existența unor lucrări executate necorespunzător, fapt ce a generat 2) oprirea acestora prin dispoziții emise în mod legal de către organele de control, 3) acționarea fizică asupra acestor lucrări să aibă loc la o dată ulterioară datei de sistare prevăzută în procesul-verbal, iar 4) această operațiune de continuare a lucrărilor să afecteze actual și efectiv rezistența și stabilitatea construcțiilor.

Consumarea infrațiunii are loc în momentul în care se continuă lucrările care afectează stabilitatea și rezistența construcției, la o dată ulterioară emiterii procesului verbal de sistare a executării lucrărilor eliberat de organele de control<sup>136</sup>. Acțiunea de a continua lucrările sugerează caracterul continuu a infrațiunii, aceasta prelungindu-se în timp până la ultimul act de executare, atâta timp cât rezoluția infrațională nu a fost scindată. Aplicarea în timp a legii se va decide în funcție de momentul epuizării infrațiunii.

Legătura de cauzalitate dintre urmarea imediată și faptele prevăzute în textul legal reiese din însăși materialitatea infrațiunilor, *ex re*.

#### **4.6. Latura subiectivă**

Singura formă de vinovăție compatibilă cu această infrațiune este intenția, sub formele sale directă sau eventuală. Făcând o paralelă cu condițiile tipicității, observăm că autorul trebuie să continue lucrările cunoașcând existența unei dispoziții de oprire a lucrărilor executate necorespunzător din perspectiva asigurării rezistenței și stabilității acestora. Participația este posibilă în toate formele existente atâta timp cât toți actorii posedă cunoștințele la care am făcut referire mai sus.

Conform art. 47 al Legii de punere în aplicare a noului Cod penal, art. 32 al Legii nr. 10/1995, va fi abrogat.

---

\* Masterand – Științe penale și criminalistică, avocat în Baroul Cluj; [arisnita@yahoo.com](mailto:arisnita@yahoo.com).

<sup>1</sup> I. Dobrinescu, *Infrațiuni contra vieții persoanei*, Ed. Academiei RSR, București, 1987, p. 12. Astfel, dacă proprietarul casei murea, era omorât și constructorul, dacă murea fiul proprietarului, era ucis și un fiu al constructorului, iar dacă se distrugea casa, constructorul trebuia să o reclădească pe propria sa cheltuială.

<sup>2</sup> Publicată în M. Of. nr. 64 din 9 iulie 1977.

<sup>3</sup> Cele două articole au următorul conținut:

“Art. 78 alin. (1) – Constituie infracțiuni și se pedepsesc cu închisoarea de la 5 la 15 ani și interzicerea unor drepturi, proiectarea și realizarea unei construcții ori executarea oricărei modificări a acesteia fără respectarea prescripțiilor tehnice legale privind stabilitatea și rezistența, dacă acestea ar putea avea drept consecință pierderi de vieți omenești, distrugerea sau degradarea unor instalații sau utilaje importante ori alte consecințe grave.

alin. (2) – Faptele prevăzute în alineatul precedent se pedepsesc cu închisoare de la 10 la 20 de ani, interzicerea unor drepturi și confiscarea parțială a averii dacă au avut ca urmare distrugerea totală sau parțială a construcției, moartea sau vătămarea gravă a integrității corporale ori a sănătății uneia sau mai multor persoane, distrugerea ori degradarea unor instalații sau utilaje importante ori alte consecințe grave.”

“Art. 79 – Constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoarea de la 6 luni la 2 ani executarea oricărei modificări la construcție cu încălcarea prevederilor referitoare la aprobarea și executarea acestor modificări.”

<sup>4</sup> A se vedea pe larg A. Ungureanu, *Infrațiunile din domeniul asigurării calității în construcții*, în *Revista de Drept Penal*, nr. 1/1996, p. 92-95.

<sup>5</sup> Publicată în M. Of. nr. 214 din 28 august 1992.

<sup>6</sup> Publicată în M. Of. nr. 18 din 24 ianuarie 1992.

<sup>7</sup> Publicată în M. Of. nr. 12 din 24 ianuarie 1995.

<sup>8</sup> Conform Regulament de organizare și funcționare a Inspectoratului de Stat în Construcții, construcțiile reprezintă: produsele unor procese de construcții, materializate în clădirile de orice fel: locuințe, spații comerciale, social-culturale, administrative, industriale, comerciale, de cult, sportive, de învățământ, sănătate, hoteluri, sedii ale instituțiilor publice și instalațiile aferente acestora, precum și drumuri, căi ferate și metroul, podurile, tunelurile și celelalte lucrări de artă, pistele de aviație, construcțiile hidrotehnice, amenajările portuare, turnurile, coșurile de fum, rezervoarele, lucrările tehnico-edilitare, rețelele de petrol și gaze, construcțiile pentru transportul fluidelor, precum și orice intervenție asupra acestora.

<sup>9</sup> Conform anexei nr. 2 a Legii nr. 50/1991 așa cum a fost modificată prin art. I pct. 40 din Legea nr. 261/2009, prin instalații aferente construcțiilor se înțelege totalitatea echipamentelor care asigură utilitățile necesare funcționării construcțiilor, situate în interiorul limitei de proprietate, de la branșament/racord la utilizatori, indiferent dacă acestea sunt sau nu încorporate în construcție.

<sup>10</sup> Definiția este preluată din “Normativul pentru proiectarea mansardelor la clădiri de locuință NP-064-02”.

<sup>11</sup> Corelația stabilitate-înălțime (niveluri) se regăsește și în viziunea legiuitorului american. Astfel, în California nu este necesară înaintarea unui proiect pentru construcțiile din lemn cu maxim două niveluri, iar în Florida, orice clădire cu mai mult de 3 niveluri, trebuie supusă unui control de special de stabilitate. Pentru aprofundare a se consulta J. Sweet, M. M. Schneier, *Legal Aspects of Architecture, Engineering and the Construction Process*, Ed. Cengage Learning, Stamford, 2009, p. 136 și p. 207.

<sup>12</sup> În normativul arătat mai sus se precizează: “condițiile minime de calitate corespunzătoare locuințelor amenajate în spațiile mansardate, sunt aceleași cu cele ale locuințelor clasice, conform Legii nr. 10/1995”.

<sup>13</sup> “Fiecare dintre părțile unei clădiri situate între planșeuri deasupra parterului” definiția este preluată din *Mic Dicționar Enciclopedic*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1986.

<sup>14</sup> Este vorba de art. 2 alin. (2) al Legii nr. 721/1996. Precizăm că legea în discuție reprezintă o simplă normă de avertizare, textul incriminator găsindu-se în Codul Penal.

<sup>15</sup> Definiția este preluată din anexa nr. 2 a Legii nr. 50/1991.

<sup>16</sup> S. Bogdan, *Infrațiunea prevăzută de art. 31 din Legea 10/1995 privind calitatea în construcții*, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 1/2003, p. 114.

- <sup>17</sup> *Idem*, p. 114-115. În același sens și M. A. Toader, *Studiu cu privire la infracțiunea prevăzută în art. 31 din Legea 10/1995 privind calitatea în construcții*, în *Revista Studenților în Drept*, nr. 1/2010, p. 65.
- <sup>18</sup> A. Cozi, *Considerații privind analogia și interpretarea extensivă în dreptul penal*, în *Caiete de Drept Penal* nr. 4/2007, p. 88.
- <sup>19</sup> Art. 2 alin. (2) al Legii 721/1996.
- <sup>20</sup> Art. 3 alin. (3) din Constituție statuează că: "Teritoriul este organizat, sub aspect administrativ, în comune, orașe și județe. În condițiile legii, unele orașe sunt declarate municipii".
- <sup>21</sup> Conform acestei anexe: dimensiunile, caracterul și funcțiile orașului prezintă mari variații, dezvoltarea sa fiind strâns corelată cu cea a teritoriului căruia îi aparține. Orașele care prezintă o însemnătate deosebită în viața economică, social-politică și cultural-științifică a țării sau care au condiții de dezvoltare în aceste direcții sunt declarate municipii.
- <sup>22</sup> Potrivit anexei nr. 2 a Legii 50/1991, construcțiile provizorii sunt construcțiile autorizate ca atare, indiferent de natura materialelor utilizate, care, prin specificul funcțiunii adăpostite ori datorită cerințelor urbanistice impuse de autoritatea publică, au o durată de existență limitată, precizată în autorizația de construire.
- <sup>23</sup> În sensul aplicării exigențelor legii în discuție, nu ca și cum o construcție provizorie ar deveni automat una definitivă la împlinirea termenului.
- <sup>24</sup> A. Ungureanu, *op. cit.*, p. 98.
- <sup>25</sup> De exemplu, în cadrul unui festival de muzică din Indianapolis, suportul de lumini aferent unei scene construite provizoriu pentru unul dintre concerte s-a prăbușit peste spectatori din cauza unor imbinări executate necorespunzător, accident soldat cu 10 morți și 145 de răniți. Pentru detalii a se vedea J. Holahan, *Indiana State Fair Tragedy Had Local Connection: Set Was Work Of Two Litz Firm's*, *Intelligencer Journal*, 17 August 2011, p. 1.
- <sup>26</sup> Legiuitorul moldovean a stabilit exceptarea construcțiilor provizorii cu suprafețe de până la 150 m<sup>2</sup>.
- <sup>27</sup> Este vorba de art. 3 al Regulamentului de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor
- <sup>28</sup> F. Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală.*, vol I, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 411-412.
- <sup>29</sup> A se vedea A. Crespi, G. Forti, G. Zuccla, *Commentario breve al Codice Penale – Complemento giurisprudenziale*, ed 12a, Ed. Cedam, Padova, 2011, p. 1830, p. 1834-1835.
- <sup>30</sup> Art. 277 din Codul Penal portughez intitulat generic "Încălcarea regulilor de construcție, distrugerea instalațiilor și întreruperea de servicii" incriminează în cadrul alin. 1, lit. a) proiectarea, dirijarea, executarea, demolarea, modificarea de construcții, fără respectarea regulamentelor, a normelor legale sau a normelor tehnice, dacă astfel se creează un pericol pentru viața sau integritatea fizică a altor persoane, sau pentru anumite bunuri de valoare ridicată, se pedepsește cu închisoare de la 1 la 8 ani. O formă agravată apare în art. 285 în sensul producerii morții sau vătămării corporale grave a unei alte persoane decât autorul acțiunilor prevăzute la art. 277.
- <sup>31</sup> Pentru detalii R. Patricio, *Apontamentos sobre um Crime de Perigo Comum e Concreto Complexo (Artigo 277º, n.º 1, alínea a) do Código Penal - Infracção de Regras de Construção* în *Revista do Ministério Público*, nr. 81/2000, p. 99-103.
- <sup>32</sup> Pentru părerea contrară a se vedea S. Bogdan, *op. cit.*, p. 116.
- <sup>33</sup> F. Streteanu, *op. cit.*, p. 345.
- <sup>34</sup> S. Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, ed. 9, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, p. 161-163.
- <sup>35</sup> H.H. Jescheck, T. Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte General (traducere din limba germană)*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 274-278.
- <sup>36</sup> Conform art. 3 "Prin prezenta lege se instituie sistemul calității în construcții care să conducă la realizarea și exploatarea unor construcții de calitate corespunzătoare, în scopul protejării vieții oamenilor, a

bunurilor acestora, a societății și a mediului înconjurător.” Mai pe scurt, se urmărește instaurarea siguranței în construcții, ca și componentă a siguranței publice. Pentru părerea conform căreia obiectul juridic este reprezentat alternativ în funcție de lezarea efectivă a uneia dintre valorile sociale enumerate în textul de lege sus-menționat a se vedea M. A. Toader, *op. cit.*, p. 67.

<sup>37</sup> Doctrina italiană consideră siguranța publică ca reprezentând obiectul juridic al unei infracțiuni asemănătoare (*crollo*) asupra căreia vom reveni pe parcurs. Pentru detalii, D. Carcano, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2010, p. 468-469.

<sup>38</sup> Pentru părerea conform căreia obiectul juridic al infracțiunii este complex fiind reprezentat pe de-o parte de relațiile sociale privitoare la o serie de atribute esențiale ale persoanei luate în parte, iar pe de altă parte de relațiile sociale privind patrimoniul și mediul înconjurător a se vedea: N. Conea, *Infrațiunile referitoare la calitatea în construcții și cele privind autorizarea executării construcțiilor prevăzute de legile nr. 10/1995 și nr. 50/1991*, în Revista Dreptul nr. 8/1998, p. 83, E.Tanislav, *Infrațiuni prevăzute în legi speciale: legislație, doctrină, jurisprudența*, Ed. Semne, București, 2006, p. 216, sau Gh. Diaconescu, *Drept penal. Partea specială. Infrațiuni în legi speciale și în legi extrapenale*, Ed. Fundației România de Măine, București, 2004, p. 74, pentru varianta conform căreia obiectul juridic e constituit de relațiile sociale privitoare la calitatea în construcții alături de rezistența și stabilitatea lor a se vedea A. Ungureanu, *op. cit.*, p. 97, iar pentru versiunea potrivit căreia acesta este reprezentat de relațiile sociale care au în vedere nerespectarea regimului de calitate în construcții în legătură cu componentele de întocmire și semnare a unor proiecte tehnice a se vedea A. Boroi, M. Gorunescu, I. A. Barbu, *Dreptul penal al afacerilor*, Ed. C. H. Beck, București, 2011, p. 693.

<sup>39</sup> Petitio principii (întoarcerea la enunțul inițial) este o eroare logică care folosește în vederea demonstrației, un echivalent sau un sinonim a ceea ce se urmărește a fi demonstrat. Definiția este preluată din Aristotel, *Retorica*, Ed. IRI, București, 2004, p. 120.

<sup>40</sup> V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, R. Stănoiu, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, V. Roșca, *Explicații teoretice ale Codului Penal român. Partea generală*, vol I, Ed. Academiei Române, 2003, p. 98-99.

<sup>41</sup> V. Dongoroz, *Drept penal (reeditatea ediției din 1939)*, Ed. Asociația română de științe penale, București, 2000, p.164.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> În același sens și I. Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală*, vol I, Tipografia Curierul Judiciar, București, 1924, p. 391. Autorul susține că obiectul juridic este format din contopirea a două interese, unul general, ocrotit de legea penală în vederea menținerii ordinii publice, și unul particular, ocrotit de legea penală în vederea garantării ordinii juridice.

<sup>44</sup> Autorul asimilează sintagma “ordine de drept”, atingerilor aduse unor relații sociale neindicate explicit în art. 1 din Codul Penal. Pe larg, V. Dongoroz și colab., *op. cit.*, p. 99.

<sup>45</sup> În același sens, renumitul profesor Traian Pop califica ordinea de drept, ordinea socială și interesul public ca fiind obiecte mijlocite atinse indirect în cadrul comiterii oricărei infracțiuni. A se vedea pe larg T. Pop, *Drept penal comparat*, Ed. Institutul de Arte grafice “Ardealul”, Cluj, 1923, p. 278-279.

<sup>46</sup> Pentru părerea diametral opusă a se vedea T. Vasiliu și colab., *Codul Penal al R.S.R. comentat și adnotat*, Ed. Științifică, București, 1972, p. 9-15 sau I. Oancea, *op. cit.*, p. 163 și urm.

<sup>47</sup> V. Drăghici, *Obiectul juridic al infracțiunii*, în Revista de Drept Penal nr. 4/2002, p. 57-59.

<sup>48</sup> H.H. Jescheck, T. Weigend, *op. cit.*, p. 277. Autorii propun disjungerea noțiunii de obiect juridic în două categorii: obiecte juridice individuale, cu conținut eminemamente personal (viața, integritatea corporală, onoarea) și obiecte juridice universale care aparțin întregii colectivități (siguranța publică, protejarea secretelor de Stat).

<sup>49</sup> A. Ungureanu, A. Ciopraga, *Dispoziții penale din legi speciale române*, vol VII, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 99 sau A. Boroi, M. Gorunescu, I. A. Barbu, *op. cit.*, p. 693.

- <sup>50</sup> C. Bulai, B. N. Bulai, *Manual de drept penal*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 199.
- <sup>51</sup> M. Ronco, S. Ardizzone, *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, Ed. Wolters Kluwer Italia, Torino, 2007, p. 2069-2070 pentru *crollo doloso*, p. 2111-2114 pentru *crollo culposo* și p. 3186-3187 pentru *rovina di edifici*.
- <sup>52</sup> S. Canestrari, *Tratato di diritto penale*, vol IV, Ed. Wolters Kluwer Italia, Torino, 2010, p. 235-239
- <sup>53</sup> A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica. Tomo I: Reati di comune pericolo mediante violenze*, Ed. Giuffrè, Milano, 2008, p. 438-439.
- <sup>54</sup> Interesantă este abordarea legiuitorului olandez care a consacrat în cadrul art. 31 din Codul Penal, o formă specială de înșelăciune bazată pe faptele de acest gen. Astfel, se prevede pedepsirea persoanelor care fac uz de orice formă de înșelăciune în cadrul proiectării, construirii sau în cadrul procesului de vânzare sau transport ale unor materiale destinate construirii, dacă prin acest comportament se pune în pericol siguranța persoanelor, a unor proprietăți sau a Statului. A se vedea pe larg, M. A. Toader, *op. cit.*, p. 73.
- <sup>55</sup> Trib. Cluj, sentința penală nr. 213 din 29 martie 2006, În speță, un cetățean israelian a fost condamnat la 3 ani de închisoare pentru infracțiunea de realizare a unor activități în domeniul construcțiilor, fără respectarea reglementărilor tehnice privind stabilitatea și rezistența, prevăzută de art. 31 alin. (2) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.
- <sup>56</sup> Gh. Diaconescu, *op. cit.*, p. 75.
- <sup>57</sup> Este ca și cum am spune că omorul este o infracțiune cu subiect activ calificat, ucigașul!
- <sup>58</sup> Art. 13 alin. (1): "Verificarea proiectelor pentru execuția construcțiilor, în ceea ce privește respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințe esențiale, se va face numai de către specialiști verficatori de proiecte atestați, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor".
- <sup>59</sup> Art. 13 alin. (4): "Expertizele tehnice ale proiectelor și ale construcțiilor se efectuează numai de către experți tehnici atestați"
- <sup>60</sup> Publicată în M. Of. nr. 26 din ianuarie 2000.
- <sup>61</sup> În același sens S. Bogdan, *op. cit.*, p. 113.
- <sup>62</sup> Publicată în M. Of. nr. 621 din iulie 2006.
- <sup>63</sup> F. Streteanu, R. Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, vol II, Ed. C. H. Beck, București, 2007, p. 394.
- <sup>64</sup> D. M. Costin, *Răspunderea penală a persoanei juridice în dreptul penal român*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 319-320.
- <sup>65</sup> C. Sima, *Infrațiuni prevăzute în legi speciale comentate și adnotate*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 186. Autorul folosește expresia "lezate", dar credem că se referea la periclitarea acestor drepturi deoarece lezarea efectivă a unor drepturi subiective printr-o infracțiune de pericol ni se pare un non-sens juridic.
- <sup>66</sup> Gh. Diaconescu, *op. cit.*, p. 75.
- <sup>67</sup> S. Mir Puig, *op. cit.*, p. 231.
- <sup>68</sup> O abordare interesantă este cea a legiuitorului norvegian care a generalizat atât subiectul activ cât și modalitățile laturii obiective Astfel, în cadrul Secțiunii 148 din Capitolul 14 al Codului Penal Norvegian se prevede că orice persoană care cauzează în orice mod colapsul unei clădiri în urma căruia se pot genera sau chiar se generează distrugerea unuia sau mai multor bunuri, ori vătămarea corporală sauuciderea uneia sau mai multor persoane, se pedepsește cu închisoare între 2-21 de ani.
- <sup>69</sup> S. Bogdan, *op. cit.*, p. 113, Gh. Diaconescu, *op. cit.*, p.75, N. Conea, *op. cit.*, p. 87.
- <sup>70</sup> Pentru argumentare a se vedea S. Bogdan, *op. cit.*, p. 113.

- <sup>71</sup> Proiectul este format din partea arhitecturală, cea aferentă instalațiilor și cea de structură de rezistență. Prin lipsa celei din urmă considerăm că proiectul este vădit incomplet, neputând fi pus efectiv în aplicare.
- <sup>72</sup> Art. 33 III lit. a) prevede că elaborarea de proiecte incomplete [...] care pot determina nerealizarea nivelului de calitate al construcțiilor corespunzător cerințelor esențiale (printre care și cele referitoare la rezistență mecanică și stabilitatea) constituie contravenție.
- <sup>73</sup> Publicat în M. Of. nr. 397 din 9 iunie 2003.
- <sup>74</sup> Conform art. 5 al reglementării tehnice: "(1) Pot solicita atestarea ca verficatori de proiecte sau experți tehnici inginerii constructori, inginerii geologi, arhitecții, inginerii de instalații pentru construcții, inginerii cu specialitatea petrol și gaze și inginerii cu pregătire similară inginerilor de instalații pentru construcții, cu experiență și vechime în profesie, conform prevederilor prezentei reglementări tehnice.
- (2) Ingerii constructori pot fi atestați pentru cerințele de calitate A și B, în unul sau mai multe domenii (A1-A9, Af, B1-B9), iar pentru cerințele C, D, E, F pot fi atestați în toate domeniile.
- (3) Arhitecții pot fi atestați în aceleași condiții ca și inginerii constructori, mai puțin la cerința esențială A – rezistență mecanică și stabilitate."
- Din faptul că arhitecții nu pot fi atestați ca verficatori de rezistență și stabilitatea a proiectelor, putem trage concluzia că munca acestora nu influențează în mod direct rezistența și stabilitatea unei construcții, ținând exclusiv de partea de design estetic pe baza căreia, inginerul proiectant trebuie să creeze partea de structură de rezistență. În acest sens, M. Georgescu, *Relația structural-nestructural în proiectarea de arhitectură*, Ed. Univ. "Ion Mincu", București, 2006, p.11-15. Pentru părerea conform căreia principala responsabilitate a arhitectului rezidă în integritatea artistică a proiectului a se consulta J. E. Lehman, *The roles of the architect and contractor in construction management*, în University of Michigan Journal of Law Reform nr. 447 (1972-1973), p. 452.
- <sup>75</sup> Spre exemplu, se spune că marele arhitect Antoni Gaudí a făcut o avere uriașă în ultimii ani din viață prin vânzarea unor proiecte goale care nu purtau decât semnătura și ștampila sa, urmând ca proiectantul cumpărător să le completeze. Aceste proiecte de valoare exorbitantă s-au executat chiar și după moartea celebrului arhitect. Lăsând deoparte moralitatea unei asemenea fapte, este limpede că într-un asemenea caz proiectantul faptic este cel responsabil.
- <sup>76</sup> S. Bogdan, *Distincția întreuciderea din culpă și infracțiunea prevăzută de art. 31 alin. (2) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții. Raport de cauzalitate. Pluralitate de făptuitori material-complementară.*, în Caiete de Drept Penal, nr. 1/2005, p. 144.
- <sup>77</sup> Lucrările de modificare structurală cuprind în principal, lucrările de consolidare, de supraetajare și/sau de extindere a locuinței, iar lucrările de modificare nestructurală înglobează, în principal, lucrările de amenajări interioare și compartimentare ușoare, care nu afectează în mod semnificativ structura de rezistență a construcției și pentru care este necesar avizul prealabil al unui proiectant autorizat. Definițiile sunt preluate din Anexa nr. 2 a Legii nr. 50/1991 așa cum a fost modificată prin art. 1 pct. 40 din Legea nr. 261/2009.
- <sup>78</sup> Conform Anexei nr. 2 la Legea nr. 50/1991, recepția se realizează în două etape: recepția la terminarea lucrărilor (momentul consumării infracțiunii) și recepția finală (după terminarea garanției de bună execuție).
- <sup>79</sup> A. Ungureanu, A. Ciopraga, *op. cit.*, p. 115.
- <sup>80</sup> S. Bogdan, *op. cit.*, p. 146.
- <sup>81</sup> Sintagma "cerințe esențiale" a fost introdusă prin art. unic pct. 2 al Legii nr. 123/2007 înlocuind în întreg cuprinsul legii cuvântul "cerințe".
- <sup>82</sup> V. Popescu, N. Pătrîniche, E. Chesaru, *Calitatea și siguranța construcțiilor. Evitarea, depistarea și remedierea defectelor cu exemple*, Ed. Tehnică, București, 1987, p. 13-25.



<sup>83</sup> Gh. Diaconescu, *op. cit.*, p. 76-77.

<sup>84</sup> Prin raționamentul *reductio ad absurdum* se demontrează că o anumită interpretare, în cazul nostru cea *ad literam*, a unei norme penale ar duce la concluzii absolut absurde și trebuie alterată. Pe larg, I. Oancea, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1971, p. 89. În același sens s-a pronunțat și doctrina franceză care propune ca regulă interpretarea într-un mod rațional a textelor de lege manifest absurde. A se vedea pe larg, E. Mathias, *La responsabilité pénale*, Ed. Galiano, Paris, 2005, p. 65 sau F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, ed. 6, Ed. Economica, Paris, 2009, p. 160-162.

<sup>85</sup> Art. 78 alin. (1) făcea referire la "pierderi de vieți omenești".

<sup>86</sup> F. Streteanu, *Tratat... precit.*, p. 59.

<sup>87</sup> Exemplele în acest sens sunt nenumărate: jefuirea celor căzuți pe câmpul de luptă, supunerea la rele tratamente, neîndeplinirea îndatoririlor de serviciu sau îndeplinirea lor defectuoasă, falsificarea de timbre, mărci sau bilete de transport, punerea în circulație a produselor contrafăcute, rele tratamente aplicate minorului, zădărnicierea combaterii bolilor, traficul de substanțe toxice, răspândirea de materiale obscene, sustragerea de la rechiziții militare și multe altele.

<sup>88</sup> A se vedea V. Dongoroz, *Drept Penal*, Ed. Institutul de Arte Grafice, București, 1939, p. 27-29.

<sup>89</sup> Și bineînțeles, în cadrul vechilor reglementări, eterne surse de inspirație ale legiuitorului român.

<sup>90</sup> Este vorba de vătămarea care necesită peste 60 de zile de îngrijiri medicale pentru vindecare sau care generează una sau mai multe dintre consecințele prevăzute la alin. (2) al aceluiași articol și anume: pierderea unui simț sau organ, încetarea funcționării acestora, o infirmitate permanentă fizică sau psihică, sluirea, avortul, ori punerea în primejdie a vieții persoanei.

<sup>91</sup> Pentru o formulare în acest sens a se consulta art. 256 Cod Penal brazilian sau art. 277 Cod Penal portughez unde se precizează că persoanele vătămate trebuie să fie altele decât autorii și totodată bunurile periclitare să aparțină unor terți. Pentru detalii R. Greco, *Codigo Penal comentado*, Ed. Impetus, Rio de Janeiro, 2011, p. 757-758 și R. Patricio, *Erro sobre regras legais, reulamentares ou tecnicas nos crimes de perigo comunno actual direito portugues*, teză, Lisabona, 1997, p. 131-132, 300-304. În același sens s-a exprimat și legiuitorul german în cadrul art. 319 Cod Penal German.

<sup>92</sup> Spunem "în principiu" deoarece pot fi imaginate cazuri în care finalitatea automutilării poate contraveni bunelor moravuri sau poate chiar să constituie o infracțiune distinctă. În acest sens, doctrina interbelică a susținut oportunitatea incriminării automutilării bărbaților în scopul de a deveni improprii serviciului militar, în scopul malthusianismului sau în ideea practicării parazitismului social prin cerșetorie. Pentru detalii N. T. Buzea, *Infrațiunea penală și culpabilitatea*, Tipografia Sabin Solomon, Alba-Iulia, 1944, p. 602-603.

<sup>93</sup> A. Ungureanu, A. Ciopraga, *op. cit.*, p. 111.

<sup>94</sup> A. Ungureanu, *op. cit.*, p. 101.

<sup>95</sup> Din analiza art. 217 din Codul Penal, reiese că o clădire adusă în stare de neîntreținere este considerată distrusă. În acest sens, dacă din cauza unei structuri create fără respectarea normelor tehnice de stabilitate și rezistență, geamurile, acoperișul ori alte elemente nestructurale cedează, aducând clădirea în stare de neîntreținere, credem că se poate vorbi despre o clădire parțial sau integral distrusă. În același sens, S. Bogdan, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 280.

<sup>96</sup> Atâta timp cât bunul nu se încadrează în alineatele (2), (3) și (4) ale art. 217.

<sup>97</sup> A. Ungureanu, *op. cit.*, p. 101. Autorul prezintă drept exemplu, centrala termică aferentă unei clădiri sau linia tehnologică a unei fabrici fără de care utilizarea obișnuită a construcțiilor în cauză este irealizabilă.

<sup>98</sup> Art. 146 Cod Penal cu modificările instaurate prin Legea nr. 278/2006.

<sup>99</sup> S. Corlățeanu, *Consecințe deosebit de grave. Controverse*, în Revista de Drept Penal, nr. 1/2002, p. 84.

- <sup>100</sup> Pentru o părere asemănătoare dublată de argumentarea neconstituționalității art. 146 a se vedea V. Daghie, D. Crețu, *Conceptul de consecințe deosebit de grave*, în Revista de Drept Penal, nr. 3/1999, p. 68-69.
- <sup>101</sup> În același sens dar referindu-se exclusiv la pedepsele definitive, Dec. nr. VII/2007 a ÎCCJ dată într-un recurs în interesul legii.
- <sup>102</sup> Concluzie extrasă din Dec. nr. XIV/2006 a ÎCCJ dată într-un recurs în interesul legii.
- <sup>103</sup> Dec. nr. 469/2008 a secției penale a Curții de Apel Alba-Iulia. Curtea a stabilit în mod corect, după părerea noastră, că Legea 10/1995 nu este aplicabilă în speță, reținând vătămarea corporală din culpă prevăzută de art. 184 alin. (2), (4) C.pen. și distrugerea din culpă prevăzută de art. 219 alin. (1) C.pen. cu aplic. art. 33 lit. b) C.pen. privind concursul ideal de infracțiuni.
- <sup>104</sup> Conform modificărilor aduse de Legea de punere în aplicare a noului Cod penal, în cazul săvârșirii din culpă a acestei infracțiuni, limitele de pedeapsă se reduc la jumătate.
- <sup>105</sup> A. Ungureanu, *op. cit.*, p. 103.
- <sup>106</sup> S. Bogdan, *Infrațiunea prevăzută de art. 31 din Legea 10/1995 privind calitatea în construcții*, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 1/2003, p. 113 sau A. Crespi, G. Forti, G. Zuccla, *op. cit.*, p. 1638.
- <sup>107</sup> Aceași soluție este propusă și în doctrina braziliană. A se vedea R. Greco, *op. cit.*, p. 757. Autorul invocă cu titlu exemplificativ concursul infracțiunii de bază cu omorul, vătămarea corporală și distrugerea.
- <sup>108</sup> Fundamentarea poziției de garant pornește de la premisa că o persoană ce a comis o acțiune prin care a creat o stare de pericol pentru altul este ținut să ia toate măsurile ce se impun pentru a preveni materializarea aceluși pericol într-o urmare prevăzută de legea penală. Pe larg, F. Stretianu, *Tratat... precit.*, p. 400 și urm. În Noul Cod Penal acest gen de situații sunt expres reglementate în cadrul art. 17 lit. b).
- <sup>109</sup> Precizarea apare în mod asemănător și în doctrina italiană. A se vedea A. Crespi, G. Forti, G. Zuccla, *op. cit.*, p. 1830.
- <sup>110</sup> Gh. Diaconescu, *op. cit.*, p. 74.
- <sup>111</sup> A. Ungureanu, A. Ciopraga, *op. cit.*, p. 116-117.
- <sup>112</sup> În art. 257 alin. (4) din Codul Penal al Republicii Moldova, decesul unei persoane, ca rezultat a unei asemenea activități edificatorii, este prevăzută într-un text legal diferit, cu alte limite de pedeapsă decât celelalte urmări prevăzute de lege. Considerăm această variantă ca fiind superioară reglementării autohtone, cel puțin din acest punct de vedere.
- <sup>113</sup> Articolul 257. Executarea necalitativă a construcțiilor (Codul Penal al Republicii Moldova)  
(3) Proiectarea, verificarea, expertizarea, realizarea [...] dacă aceasta a avut drept urmare:  
a) vătămarea gravă a integrității corporale sau a sănătății persoanei ori pierderea de către aceasta a capacității de muncă;  
b) distrugerea totală sau parțială a construcției;  
c) distrugerea sau defectarea unor instalații sau utilaje importante;  
d) daune în proporții mari, se pedepsește [...]cu închisoare de pînă la 5 ani,  
(4) Acțiunile prevăzute la alin. (3), care au provocat decesul persoanei, se pedepesc cu închisoare de la 5 la 10 ani [...].
- <sup>114</sup> Portugalia, Brazilia 1-8 (cu un spor posibil de o treime), Venezuela 1-10, Italia 3-12 sau Moldova 1-5, 5-10 sau Germania maxim 5 ani. Precizăm totodată că în lipsa acestei reglementări, în urma unui deces survenit din cauza unei construcții defectoase, responsabilul va putea răspunde pentruucidere din culpă în forma agravată prezentată în cadrul art. 178 alin. (2) Cod Penal, a cărei limite actuale de pedeapsă sunt închisoarea de la 2 la 7 ani.
- <sup>115</sup> Conform art. 47 LPANCP, art. 31 din Legea nr. 10/1995 va avea următorul cuprins:

“Art. 31 (1) Proiectarea, verificarea, expertizarea, realizarea unei construcții ori executarea de modificări ale acesteia, fără respectarea reglementărilor tehnice privind stabilitatea și rezistența, dacă în acest fel este pusă în pericol viața sau integritatea corporală a uneia sau mai multor persoane, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la unu la 5 ani și interzicerea unor drepturi.

(2) Dacă faptele prevăzute în alin.(1) au fost săvârșite din culpă, limitele speciale ale pedepselor se reduc la jumătate.”

<sup>116</sup> Pentru o analiză excelentă a instituției raportului de cauzalitate a se vedea I. Curt, *Raportul de cauzalitate în lumina actualelor sale proiecții intradogmatice (I)*, în Caiete de Drept Penal, nr. 1/2012, p. 23 și urm.

<sup>117</sup> A. Boroș, M. Gorunescu, I. A. Barbu, *op. cit.*, p. 696. Autorii oferă exemplul unei clădiri care cedează în fața unui cutremur de grad mai ridicat decât cel aferent zonei seismice pentru care a fost proiectată și construită.

<sup>118</sup> Articolul are drept omolog în legislația franceză, art. L480-3 din Code de l'Urbanisme.

<sup>119</sup> Republicată în M. Of. nr. 487 din 31 mai 2004.

<sup>120</sup> Pentru părerea contrară conform căreia infracțiunea este una materială, de rezultat, a se vedea A. Ungureanu, A. Ciopraga, *op. cit.*, p. 123.

<sup>121</sup> F. Streteanu, *Tratat... precit.*, p. 408-409.

<sup>122</sup> S. Almaș, *Infrațiunile prevăzute de art. 24 din Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții*, în Caiete de Drept Penal nr. 1/2008, p. 77. Totuși autoarea invocă relațiile sociale privind respectarea dispozițiilor, concept cu care nu suntem de acord.

<sup>123</sup> Pentru detalii, N. Conea, *op. cit.*, p. 84, Gh. Diaconescu, *op. cit.*, p. 75, E. Tanislav, *op. cit.*, p. 217, A. Ungureanu, A. Ciopraga, *op. cit.*, p. 124.

<sup>124</sup> În acest sens, Dec. nr. 317 din 30 mai 2009 a secției penale a Curții de Apel Craiova. În speță, curtea a reținut infracțiunea prevăzută de art. 32 în sarcina inculpatului care a continuat executarea lucrărilor, chiar dacă acesta nu avea studii de specialitate și nici nu era în mod formal șeful echipei de muncitori. Pentru părerea contrară A. Boroș, M. Gorunescu, I. A. Barbu, *op. cit.*, p. 697. Autorii citați susțin că subiectul trebuie să posede cunoștințe în domeniul construcțiilor.

<sup>125</sup> În sens contrar, A. Ungureanu, A. Ciopraga, *op. cit.*, p. 125.

<sup>126</sup> Pentru o părere similară apărută în doctrina franceză, R. Léost, *Droit pénal de l'urbanisme*, Ed. Le Moniteur, Paris, 2001, p. 261.

<sup>127</sup> Pentru detalii, A. Boroș, M. Gorunescu, I. A. Barbu, *op. cit.*, p. 696.

<sup>128</sup> A. Ungureanu, A. Ciopraga, *op. cit.*, p. 123.

<sup>129</sup> Menționăm că activitatea trebuie să afecteze în mod actual și efectiv rezistența și stabilitatea pentru a putea fi reținută în sarcina autorului. Spre exemplu, dacă autorul plantează mai mulți nuci în speranța ca în viitor vor afecta fundația prin extinderea rădăcinilor, fapta nu va fi tipică.

<sup>130</sup> S. Almaș, *op. cit.*, p. 78.

<sup>131</sup> Lucrările de intervenție în primă urgență sunt orice fel de lucrări necesare la construcțiile existente care prezintă pericol public ca urmare a unor procese de degradare a acestora determinate de factori distructivi naturali și antropici, inclusiv a instalațiilor aferente acestora, pentru punerea în siguranță, prin asigurarea cerințelor de rezistență mecanică, stabilitate și siguranță în exploatare sau pentru desființarea acestora. Definiția este preluată din Anexa nr. 2 la Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, cu modificările aduse prin art. I pct. 42 din O.U.G. nr. 214/2008.

<sup>132</sup> Conform art. 17 din H.G. nr. 272/1994, pentru aprobarea Regulamentului privind controlul de stat al calității în construcții, oprirea executării lucrărilor poate surveni în următoarele cazuri: în cazul nerespectării autorizației de construire, a avizelor, a proiectului, a caietelor de sarcini sau a prevederilor unor reglementări tehnice în vigoare care pot afecta siguranța construcțiilor, sănătatea oamenilor sau protecția mediului înconjurător.

- <sup>133</sup> Dec. nr. 1764 din 2 septembrie 2010 a Curții de Apel București, s. a VIII-a cont. adm. și fisc., (nepublicată). În acest caz, Inspectoratul de Stat în Construcții a dispus oprirea execuției lucrărilor până la prezentarea proiectului de structură de rezistență complet.
- <sup>134</sup> A. Ungureanu, *op. cit.*, p. 107.
- <sup>135</sup> Aceste procese verbale trebuie să conțină în mod obligatoriu data, locul și natura constatării. Pentru detalii a se vedea A. N. Ghica, *Urbanismul. Autorizații de construire, certificate de urbanism și avize. Practică judiciară.*, Ed. Hamangiu, Cluj-Napoca, 2011, p. 87. Pe lângă aceste elemente, legiuitorul francez a mai adăugat și fotografierea sitului suspendat, J-L. Bergel, M. André, J-J. Eyrolles, J-J. Liard, *Lamy. Droit Immobilier. Urbanisme*, Ed. Lamy, Paris, 1997, p. 695-696.
- <sup>136</sup> Soluția se regăsește și în jurisprudența franceză. Pentru detalii: Cass. crim. 6. oct. 1993, *Bull. crim.*, nr. 280, p. 705. Este vorba despre art. L480-3 din Code de l'Urbanisme.

## **RECENZIE**

### **Internationalist Doctrines during the Years of Real Communism in Europe**

---

**Emmanuelle Jouannet** and **Iulia Motoc** (eds), *Les Doctrines Internationalistes Durant les Années du Communisme Réel en Europe/ Internationalist Doctrines during the Years of Real Communism in Europe*, Paris: Société de Legislation Comparée. 2012. Pp. 567 pages. ISBN 978-2-36517-007-9.

---

**Cătălin SECĂREANU\***

Announced from the outset by its authors, the volume under review aims to “bring a retrospective outlook on the legal internationalist doctrines which existed during the period of real communism in Europe since 1917 that are connected to Marxism.” (at 19) and to explore “the nature of the internationalist doctrines, the relationship between internationalists and the regimes in place, with real communism in the East, their utopia and their illusions, their capacity of criticism and demystification of the existing law and international relationships, but also their silences and connivances towards imperialist policies, wars of aggression and atrocious crimes committed by the powers in place during ... real communism in Europe” (at 19). The approach of the editors is an invitation for debate on how Western and Eastern Europe have positioned themselves not only with respect to the international law, but also intellectual-wise, to the question of internationalist doctrines derived from Marxism and communism.

The volume represents at the same time a (successful) attempt to bridge a common European vision of international law by using a dialectic approach which mirrors the Eastern and Western understandings of the major event in recent history that divided Europe at the end of the Second World War, namely the instauration of communism in the East. More precisely, the topic of the book - internationalist doctrines during the years of real communism in Europe- is constructed with respect to the East/West cleavage of relating to the topic “in the West as a contesting ideology and movement of emancipation, while in the East as the expression of real communism; in the West, as an opposing ideological movement to the external policies led by the power in place and to its vision of international law, while in the East as a legal internationalist tradition closely linked to the communist power itself. ... the cleavage, as presented between the East and the West, has been undeniably reproduced internally both in the East and West” (at 20).

*Where do we come from?* is the central question of the volume. To answer it, distinguished scholars analyzing the topic both from a West and East-European perspective

brought their insights to the debate. The volume is structured in a three-fold manner: first part tackles with the theoretic perspectives on communism; the second, deals with the ways in which the internationalist doctrines and communism have been internalized in the Western international law tradition; the third, to the way in which the Eastern tradition of international law has responded or better adapted to the internationalist doctrines and real communism.

The first part, referring the theoretical perspectives, is opened by the contributions of a series of intellectuals from the East. Thus, Iulia Motoc's article questions from the beginning if the West has the right to forget communism and what it meant for the Eastern Europe. On this base, the author demonstrates that the EU enlargement process to the East "has been one born out of historic necessities and still the change generated by the enlargement has not been well understood as the debate round this topic has been inconsistent" (at 38). Not understanding in the West the mutations produced during communism in the East by its practices of self-legitimation – the author mentions nationalism, consumerism and culturalism – may explain in a high extent the difficulties of the process of European integration for the Eastern European countries. Put in this context, the Eastern enlargement needs a shift of the debate from the simple mechanistic of the enlargement process towards the deeper level represented by values. Vladimir Tismaneanu's paper brings in discussion the evolution of the Marxist and Leninist ideologies in relation with the history of European communist regimes. This comprises three main phases. In first one, the ideology seeks to position itself as a virtual political religion. It is the immediate period after instauration of the communist regimes. The second phase, builds on the development of utopia like programs, soon demised as impossible by people (for instance by the events of 1956 in Hungary, 1968 in Prague etc). Finally, the ideology becomes a heresy, and is to be replaced as it happened in the movements of '89-'91 which led to the demise of communism in Eastern Europe. The relation communism-religion is being dealt by Lavinia Stan and Lucian Turcescu who are analyzing in their article the report between state and church during communism in the East. The authors compare the constitutional changes regarding the domain of religion and freedom of conscience in the European countries, including USSR, after the instauration of the communism. The authors detail the Albanese and Romanian cases by presenting the repressive model of state-church interaction for Albania and the collaborationist model for Romania. The topic of transnational justice with respect to inequities produced by the communist regimes against their citizens is approached by V. Milsuite in his article. Focusing on the cases of the Baltic countries- Estonia, Latvia and Lithuania-but not only, the author reviews the most important trial cases in which former communist countries have been sued in front of the ECHR for reparatory measures. Following the view from the East, the theoretical perspective is enriched by the contributions of a series of Western scholars as well. Carlos Miguel Herrera discusses the connection between public international right and leftwing juridical culture based on internationalist political and legal currents. The Marxist doctrine and implicitly its internationalist character have been used massively in the argumentation of the national liberation movement and anti-colonial fight. Monique Chemillier-Gendreau brings her contribution to the debate with her article referring to the evolution of international law and its leftist reshapes caused by movements of national

liberation. Chemillier-Gendreau emphasizes the change of meaning between the initial Marxist idea of 'state as oppressor' and thus, the concept of internationalism of the communist society for which the state is just a temporary phase, up to the point in which the state is 'captured' by the national colonial and neo-colonial discourses as a tool for reaching their aspiration. The last essay of the first part belongs to Anthony Chase. He offers an insightful perspective on the elements taken over from the Marxist theory and used by various American administrations when justifying policies like the war on terror by G. W. Bush, the interventions in Iraq and Afghanistan or even earlier in Vietnam, by the Kennedy administration. The argument of Chase builds on the thoughtful metaphor of the good and the bad communism, picked from Jean Luc Goddard's 1967 movie *Le Chinoise*. (at 204)

The second part of the book approaches the relation between international right in Western Europe and the internationalist doctrines, respectively communism. In this regard, Olivier Corten, starting from E. Jouannet's remark that "Jean Chaumont's juridical thought, marked by an intellectual structure closed to Marxism has laid a profound influence on an entire generation of internationalists both in France and abroad" (at 225), analyses the juridical thought of Jean Salmon, one of the most influential international law scholars in Belgium. Then, Ignacio de la Rassila del Moral's article discusses about the evolution of an international law tradition in Spain, starting with the years of the Franco war, and the influences of internationalist doctrines and communism on it. In turn, Jean-Pierre Colin describes in a manner evoking as well personal memories the famous debates and colloquies developed within the "School of Reims" and animated by Charles Chaumont in the 70s and the 80s. Emmanuele Jouannet proposes deciphering the proximity with Marxism of Charles Chaumont's juridical thought, one of the most important contributors to the development of international law in the 20<sup>th</sup> century in France and Europe. Last but not least, the two ending contributions of the second part of the book address the impact of communism and internationalist doctrines to the development of an international law tradition in Italy and Portugal. F. Francioni and F. Lenzerini address the development of a school of international law in Italy after World War II emphasizing the existence of the powerful communist Italian party and the influence of the internationalist doctrines (the most important communist party in the West until 1989). Their analysis follows historically the important events that involve the communist bloc during the cold war: Hungary 1956, the Cuban Missile Crisis in 1962, Prague 1968, the soviet invasion in Afghanistan in 1979 etc. and their reactions in the Italian publications of international law. In Portugal, J.M. Coelho analyses the relation between communism, internationalist doctrine and international law in the period of Salazar regime and immediately after. If in a first step, the communist elements are quasi-denied (as imposed by the dictatorial regime) and on the other side the international law area development is rather weak, things are changing rapidly after the regime change of 1974. The communist party's legitimacy is increased, after the underground opposition to the dictatorship. Nevertheless, concludes Coelho, the juridical internationalist thought in Portugal does not encompasses major elements of originality brought by the Portuguese communist party and actually copies the elements of the internationalist thought already existent in Western Europe after 1945.

The third part of the volume mirrors the East's view of the internationalist doctrines and, well understood, communism into the international law. Günter Frankenberg discusses the way by which the international law as domain re-developed in the German Democratic Republic at the beginning of the 60s in "the square" represented by the universities of Berlin, Halle, Jena and Leipzig and of its evolution in GDR until 1989. Following the directing line of the period, just like in all European communist countries, the domain followed quickly the distinction between "general democratic law" and "socialist international law". Intuitively, the first was referring to the relations between mainly the "imperialist states" (this is not to be understood in the sense that the socialist states were excluded) and named the standards of the UN Charter, the Universal Declaration of the Human Rights etc; the latter, was referring to the relations between the socialist states, finding ground in a series of treaties concluded between them. New concepts were introduced, such as the limited sovereignty doctrine, the doctrine of brotherly assistance between communist states etc. For instance, the doctrine of brotherly assistance was used to legitimate the soviet interventions in Hungary in 1956 or in Prague in 1968 (at 399-400). The article of the Estonian Lauri Malksoo describes the juridical thought of the soviet international law professor Abner Uustal. He activated as international law professor at the Tartu Univeristy, the oldest Estonian university and is considered the most important soviet Estonian internationalist of the communist period. Starting from the novel of J. Kross- "probably the only novel about an international law professor" (at 412-) who was the student of Uustal, the article refers to the juridical thought of Uustal as influenced by communism. Malksoo demonstrates that in general, Uustal's developments of international law served to justify the interests of the "ruling power", which was the USSR. In this respect, Malksoo cites the debate between Uustal and Arthur Taska, an exiled Estonian internationalist, about the Baltic being a "closed sea", argument that was defended by Uustal and that was obviously in favor of the soviet interest. The Hungarian case is debated by Peter Kovacs who addresses the way international law manuals in Hungary have reflected the Marxist teaching during the soviet period. As any country within communist bloc, the curricula reflected USSR's interests. For example, the sensitive 1956 episode of the Hungarian revolt was categorized as an unsuccessful attempt of the West to organize a counter- revolution in Hungary, therefore the need of a USSR intervention at the request of the Hungarian government. For all that, Kovacs considers that "unlike other countries in the empire" (at 450), the Hungarian school manuals have still kept a correct line on the relation ideology/science. The next article of William E. Butler discusses in a comparative way the Tsarist – Soviet practice regarding the international law of the sea. Butler's analysis focuses on the three naval law and practice manuals used by the soviets during the communist period- the Belli, Bahkov and Barabolia editions (at 463) and as well on the analysis of the records of the government meetings regarding the naval issues. The conclusion of Butler is that both during the Tsarist and the Soviet period, the law and practice regarding the sea have been in surprising accord with the existing international law. On top, between the Tsarist and Soviet periods the changes are minor. Analyzing also the soviet law, the contribution of Helena Hamant approaches the evolution of the concept of international law in the soviet doctrine, starting with 1917. The last



two articles of the section handle the relation between the internationalist doctrines and communism in Czechoslovakia- Pavel Sturma and Yugoslavia-Ivana Jelic. In the Czechoslovak case, the conclusion of the author “after analyzing the customary international law, principle of international law and, the so-called, socialist international law, is that the political and ideological orientation imposed by the soviet rule, though officially followed, had actually little influence on the theoretical disputes” (at 526). The Yugoslav case, in opposition with other communist states, was a special one argues Jelic. After 1945, the new regime installed by Tito broke any kind of continuity with the previous legal and social tradition represented by the Yugoslav Kingdom. But, at the same time “on the contrary to the other socialist states, there was neither a so-called Yugoslav doctrine of international law, nor its support to any of the socialist doctrines of the international law. In Yugoslavia it was considered that the international law cannot be divided and that is unique for all- this being the UN Charter principles and the general international law- and consequently that the prefix socialist would harm its essence.” (at 530)

The conclusion of the volume drawn by Iulia Motoc expresses the need of forging a common ground between the Eastern and Western European perspectives and traditions of international law with the purpose of creating a European vision. In this respect, the enquiry of the author leads clearly to building on the common roots of the European culture, represented by the Greek-Roman legacy. The Eastern-European tradition of international law during communism was one of “delegitimation” (at 549) in which the international law was considered as a simple tool, whose meaning changed depending on the context it was to justify, without any consistency. This tradition has been followed after the demise of the communism, by the major rupture between law and its actual application (at 550). On the other side, the Western European tradition laid on the fundamentals of fear against another European conflagration, federalism and constitutionalism. In order to create a unitary tradition of European international law, both West and East must take as point of departure assuming the *Other* as Friend (Friendship understood in the Aristotelian terms as *Virtue*, not *Pleasure* or *Utility*).

To sum up, I. Motoc and E. Jouannet have made a great contribution with this volume to the necessary debate not only about East /West relationship with the internationalist doctrines and European law, but also have touched the larger topic of the European construction. The book is insightful and worth reading, and a must have for all people interested to understand our European legacy as a whole.

### ***Individual Contributions***

*Iulia Motoc*, Law and Real Legitimacy in Eastern European Communism

*Vladimir Tismaneanu*, Dogma, Utopia, and Heresy: De-Radicalisation and Ideological Extinction of Leninist Regimes

*Lavinia Stan and Lucian Turcescu*, Church and State under Real Socialism

Cătălin SECĂREANU, Emmanuelle JOUANNET and Iulia MOTOC (eds), *Les Doctrines Internationalistes Durant les Années du Communisme Réel en Europe/ Internationalist Doctrines during the Years of Real Communism in Europe*

---

*Vygante Milasiute*, Hystory of the Communist Regime in the European Court of Human Rights Cases

*Carlos Miguel Herrera*, Droit international et culture de gauche dans le *Jus publicum europaeum*

*Monique Chemillier-Gendreau*, Marxisme, liberation nationale et evolution du droit international

*Anthony Chase*, Wind from the East

*Olivier Corten*, La diffusion d'un enseignement d'inspiration marxiste du droit international en Europe occidentale: l'exemple du Jean Salmon

*Ignacio de la Rasilla del Moral*, The Zero Years of Spanish International Law

*Jean-Pierre Colin*, Le ciel et l'enfer. A propos des colloque de Reims

*Emmanuelle Jouannet*, La pensee juridique de Charles Chaumont: force et faiblesses d'une pensee internationalist proche du marxisme

*Francesco Francioni and Federico Lenzerini*, Reflections on the Impact of Communism on Italian International Law Scholarship: 1945-1989

*Jose Manuel Coelho*, Les doctrines internationalistes et le communism au Portugal: de la dictature salazariste au regime democratique

*Gunther Frankenberg*, Little Red Ridding Hood and Other Tales from the East

*Lauri Malksoo*, The Life and Work of Abner Uustal (1915-1985), the Soviet Estonian Professor of International Law

*Peter Kovacs*, L'approche marxiste dans l'enseignement du droit international entee 1945 et 1989. Le cas de la Hongrie

*William E. Butler*, Russian and Soviet State Practice and the Law of the Sea: New Perspectives

*Helene Hamant*, La doctrine sovietique du droit international

*Pavel Sturma*, The Internationalist Doctrine and Communism in Czechoslovakia (1945-1989)

*Ivana Jelic*, The Internationalist Doctrine and Communism in Yugoslavia (1945-1989)

*Iulia Motoc*, Some Remarks on the Totalitarian Legacy in International Law: A European Vision

---

\* Doctorand, Facultatea de Științe Politice, Universitatea din București / Universitatea Bordeaux IV, Bordeaux; [catalin.secareanu@yahoo.com](mailto:catalin.secareanu@yahoo.com).