

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 2/2012
aprilie-iunie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: conf. dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: lector dr. Mircea Dan BOB

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

lector 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

» Studii: Ioan CHIRILĂ - CĂȘĂTORIA ȘI ELEMENTELE DE DREPT SUCESORAL ÎN LEGISLAȚIA BISERICESCĂ / <i>Marriage and Elements of Law of Succession in the Legislation of the Eastern Church</i>	5
» Articole: Felicia ROȘIORU - TRADIȚIE ȘI INOVAȚIE ÎN NOUL COD CIVIL ÎN MATERIA RAPORTURILOR PATRIMONIALE DINTRE SOȚI – APLICAȚII ALE TEORIEI DATORIILOR DE VALOARE ÎN CADRUL REGIMULUI COMUNITĂȚII MATRIMONIALE / <i>Tradition et innovation dans les rapports patrimoniaux entre époux selon le Nouveau Code civil – applications de la théorie des dettes de valeur à la communauté des époux</i>	17
» Articole: Adrian-Cristian ARDELEAN - DREPTUL DE PROPRIETATE - O FICȚIUNE? / <i>Is Property a Fiction?</i>	53
» Articole: Mircea-Dan BOB - TESTAMENTUL OLOGRAF ȘI PONDEREA FORMALISMULUI: UN STUDIU APLICAT PE PROBLEMA DATEI / <i>Le testament olographe et la portée du formalisme: étude appliquée au problème de la date</i>	70
» Articole: Sergiu BOGDAN, Doris-Alina ȘERBAN - ESTE INTERMEDIARUL LA DARE DE MITĂ ȘI UN TRAFICANT DE INFLUENȚĂ? STUDIU PRIVIND STATUTUL JURIDIC AL INTERMEDIARULUI LA DARE DE MITĂ / <i>Is the Intermediary to Bribery also a Influence Peddler? Study Concerning the Legal Statute of the Intermediary to Bribery</i>	83
» Articole: Mirela BULIGA, Alexandra SAFTA - CONSIDERAȚII PRIVIND DREPTUL LA DIVIDENDE AL UZUFRACTUARULUI / <i>Considérations sur le droit de l'usufruitier sur les dividendes</i>	108
» Articole: Andrea Annamaria CHIȘ - PUBLICITATEA NOTĂRII CLAUZEI DE INALIENABILITATE EXPRESĂ ȘI SUBÎNȚELEASĂ ÎN CONVENȚIILE PRIVITOARE LA IMOBILE / <i>La publicité de la clause d'inaliénabilité expresse et implicite dans les conventions concernant des immeubles</i>	121
» Articole: Cosmin Flavius COSTAȘ - DREPTUL LA UN REMEDIU EFECTIV / <i>The Right to an Effective Remedy</i>	150
» Articole: Iosif Florin MOLDOVAN - JURĂTORII LA ROMÂNI – DESFĂȘURAREA PROCESELOR CU JURĂTORI. PROCEDURA DE JUDECATĂ / <i>Romanians` Swearers – Development Proces by Swearers. Judicial Proceeding</i>	198
» Articole: Alina OPREA - LES PRINCIPES EUROPEENS DE LIBRE CIRCULATION – DES LOIS DE POLICE ?	220
» Articole: Paul POPOVICI - DREPTUL DE RETRACTARE A UNEI OPERE / <i>The Withdrawal Right of Intellectual Works</i>	238
» Articole: Gabriel TIȚA-NICOLESCU - RISCUL CONTRACTUAL ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL / <i>The Contractual Risks Under the New Romanian Civil Code</i>	248

CĂSĂTORIA ȘI ELEMENTELE DE DREPT SUCCESORAL ÎN LEGISLAȚIA BISERICESCĂ¹

Pr. Ioan CHIRILĂ, ph.d.*

Abstract: *Marriage and elements of law of succession in the legislation of the Eastern Church. The paper relies on an understanding of the family as a sociological reality in which converge various elements of juridical, religious and philosophical character. Starting from this point, the author approaches marriage from a double perspective: as a Holy Mystery of the Church and as a legal contract. From a theological point of view, Marriage is a Mystery generating a plenary unity of the human being, while from the legal point of view, marriage is mainly a contract conditioned by different criteria and with numerous consequences. Thus, the paper explores the manner of blending legal and ecclesial principles in a unique legislation regarding marriage and family life.*

Cuvinte cheie: *căsătorie; taină; contract; dreptul familiei; drept bisericesc; succesiune*

Keywords: *marriage; holy mystery; contract; family law; ecclesial law; law of successions.*

Mediul familial este astăzi, așa cum a fost și în trecut, o realitate sociologică esențială în care converg elemente de resort juridic, religios și filosofic. Familia apare, astfel, ca o zonă a convergențelor pluridisciplinare iar existența acestei pluralități a perspectivelor asupra ei a generat în timp definiții ale familiei specifice fiecărui domeniu. Aceasta nu înseamnă, însă, că se poate vorbi despre o separație netă între domeniile implicate. Și, pentru că ne preocupă acum modul în care legislația bisericească include elemente de drept succesoral, o incursiune în trecutul instituției familiei ne demonstrează, chiar fără drept de apel, faptul că zona juridică interferează cu religiosul în ceea ce privește familia. Este ușor de sesizat în acest sens faptul că Biserica, în multe privințe – inclusiv în dreptul succesoral –, nu a formulat o legislație proprie, asumând și aplicând dispozițiile civile din Dreptul roman. Relația este însă bidirecțională, existând aspecte în care perspectiva religioasă manifestă o influență asupra rolului, structurării și funcționării familiei. Se crează astfel un echilibru care, pentru a fi înțeles, trebuie în mod necesar să

fie analizat din ambele perspective. Pe acest fond al convergerii juridicului cu religiosul în cadrul familiei, vă propunem o abordare a principalelor repere din istoria legislației bisericești privitoare la familie și căsătorie, în care se reflectă cu claritate preluarea și prelucrarea elementelor de drept succesoral civil și investirea lor cu autoritate eclesială.

Căsătoria ca Taină generatoare de unitate. Discursul teologic răsăritean privește căsătoria ca pe o legătură ce depășește mult cadrele stricte ale unei experiențe pur umane, ea este o taină (mysterion) a Bisericii, așa cum afirmă Sf. Ap. Pavel: „Taina aceasta mare este; iar eu zic: în Hristos și în Biserică” (Ef. 5, 32). Dimensiunea sa sacramentală poate fi înțeleasă doar în ansamblul experienței Bisericii², pentru că, în viziunea Sfinților Părinți, căsătoria este „imaginea tainică a Bisericii și a lui Hristos”³, este o unire tainică împlinită în Biserică prin anumite acte liturgice consacrate:

„Taina Nunții este un act sfânt, de origine dumnezeiască, în care, prin preot, se împărtășește harul Sfântului Duh, unui bărbat și unei femei ce se unesc liber în căsătorie, care sfințește și înalță legătura naturală a căsătoriei la demnitatea reprezentării unirii duhovnicești dintre Hristos și Biserică”⁴.

Această definiție sintetizează în chip fericit perspectiva Bisericii asupra căsătoriei ca moment inaugural al vieții de familie, viață care va fi – sau ar trebui să fie - trăită construindu-se pe temelia elementelor invocate: *împărtășire de harul Duhului, sfințire și unitate.*

Prin căsătorie se realizează unitatea unicului Adam (Fac. 1, 26), unitate ce integrează bipolaritatea exprimată în Fac. 1, 27 prin „bărbat și femeie”⁵. Această unitate ontologică este afirmată cu și mai multă forță în momentul recunoașterii Evei de către Adam: „Iată aceasta-i os din oasele mele și carne din carnea mea”, adică *iṣah* (אִשָּׁה) din *iš* (אִישׁ)..., de aceea va lăsa omul pe tatăl său și pe mama sa și se va uni cu femeia sa și vor fi amândoi *un trup*” - *lebasar ehad* (לְבַשָּׁר אֶחָד) (Fac. 2, 23-24). Prin unirea realizată în cadrul familiei se întregesc de fapt, în mod plener, unitatea ontologică a ființei umane. Unitatea ontologică astfel întrevăzută implică și o dimensiune de responsabilizare/ responsabilitate în raport cu creația, exprimată în porunca divină din Fac. 1, 28: „Creșteți și vă înmulțiți și umpleți pământul și-l supuneți...”. Omul este așezat în creație ca să o stăpânească, el este „stăpân după chipul Stăpânului”⁶, iar această stăpânire implică responsabilitate pentru ca întreaga creație să-și împlinească menirea, *entheosis* – îndumnezeirea. Pe această investire a omului cu drepturi de stăpânire în creație se fundamentează dreptul său de folosire a bunurilor. Dar, din punct de vedere teologic, prioritară rămâne, în cazul familiei, realizarea unității, și doar în plan secundar consecințele întemeierii familiei asupra dreptului patrimonial.

Paradigma biblică a dreptului succesoral. Dreptul de posesiune asupra bunurilor, drept aparținând fiecărei persoane umane, are un fundament biblic de necontestat în porunca stăpânirii creației din Fac. 1, 28. Bunurile sunt, din perspectivă teologică, darul lui Dumnezeu, ele trebuind menținute în circulație, ceea ce se realizează prin transferul între generații⁷. Iată care este fundamentul biblic și teologic al dreptului patrimonial, care generează uzanța trecerii bunurilor din patrimoniul unei persoane în al alteia. Acest transfer se realizează cu prioritate prin intermediul moștenirii, conform căreia bunurile materiale devin proprietatea altor persoane înrudite, într-o anumită ordine a priorităților. Modelul arhetipal al moștenirii poate fi identificat în Vechiul Testament. Cazul patriarhului Avraam este un exemplu în care, în absența fiilor, moștenirea revine de drept slugii („Eu am să mor fără copii și cârmuitor în casa mea este Eliezer din Damasc. De vreme ce nu mi-ai dat fii, iată, sluga mea va fi moștenitor după mine”, Fac. 15, 2-3), putându-se observa astfel că încă din acel timp exista o ordine a priorității moștenitorilor. În lipsa unui descendent direct al lui Avraam, moștenirea ar fi revenit de drept slugii sale, Eliezer. Însă prin nașterea fiului Isaac din Sarra, ordinea anticipată a moștenirii se va schimba, nici măcar fiul născut în afara căsătoriei din slujnica Agar, Ismael, neavând parte la moștenire: „numai cei din Isaac se vor chema urmașii tăi” (Fac. 21, 10). Această diferențiere din punct de vedere succesoral a fiului din căsătorie față de cei din afara căsătoriei⁸ este un argument în plus pentru importanța căsătoriei și a familiei. Chiar dacă, odată cu intrarea în vigoare a Codului familiei în legislația românească, nu se mai face distincție între cele două categorii de descendenți⁹, argumentul biblic nu-și pierde relevanța.

Consecințele căsătoriei în domeniul dreptului succesoral reies cu claritate din referatul scripturistic. De privilegii deosebite se bucura în Vechiul Testament întâiul-născut, existând o diferențiere a drepturilor succesorale între moștenitori. Dreptul întâiului-născut putea fi înstrăinat, așa cum este cazul lui Isav și Iacov (Fac. 25, 31-34). În cazul morții tatălui, primul-născut primea două părți, iar ceilalți câte o parte (Deut. 21, 17), însă acest beneficiu era însoțit de responsabilitatea întreținerii văduvelor (în cazul poligamiei) și a surorilor nemăritate¹⁰. Inițial, fetele nu împărțeau aceleași drepturi succesorale, însă la momentul căsătoriei era prevăzut ca ele să primească o zestre în bani și obiecte. În cazul căsătoriei cu cineva din aceeași seminție, zestrea putea include pământ (Ios. 15, 17-19). În ce privește soția supraviețuitoare, aceasta nu împărțea dreptul la moștenire, situație care s-a perpetuat până în epoca modernă¹¹. Aceste câteva repere din legislația vechitestamentară dau mărturie de existența unei preocupări vechi pentru proprietate și dreptul succesoral. Dincolo de aspectul strict juridic, moștenirea apare în Vechiul Testament și ca o formă de continuitate, de perpetuare a unor bunuri înțelese ca daruri ale lui Dumnezeu¹². În Noul Testament, se trece la un nivel chiar mai înalt de înțelegere, unde moștenirea devine expresia iubirii față de

aproapele, indiferent dacă vorbim despre succesiune legală sau testamentară. Dreptul succesoral are, astfel, și o dimensiune morală evidentă, dată de consistența sa religioasă bidirecțională în cazul moștenirii: iubire din partea celui ce dăruiește, cinstire din partea primitorului căci, așa cum prevede legea, „moștenitorul să nu fie nedemn de a moșteni, adică să nu fie culpabil de fapte grave față de defunct sau față de memoria acestuia”¹³. Se pot observa, în decursul istoriei și până astăzi, principiile operante în dreptul succesoral vechitestamentar, sub varii forme, în diferitele coduri legislative. Și aceasta pentru că ele oferă paradigma raportului juridic dintre dăruitor și primitor, raport încărcat cu o anumită consistență morală și, tocmai prin aceasta, nesupus reconfigurărilor odată cu trecerea timpului.

Elemente de drept succesoral în mediul eclezial. Legislația bisericească răsăriteană nu s-a distanțat radical de legislația civilă, Biserica nedezvoltându-și o legislație proprie, ci asumând elemente din dreptul roman. Prin acest proces au fost introduse în limbajul eclezial elemente de terminologie juridică civilă, precum și unele principii din Dreptul roman. Crearea unor prevederi legislative noi era necesară doar pentru situațiile în care normele civile erau contrare dreptului natural sau nu se conformau principiilor creștinismului¹⁴. În domeniul dreptului succesoral, Biserica a formulat inițial reglementări privitoare numai la bunurile episcopului.

Statutul apartea al episcopilor din perspectiva dreptului succesoral era conferit de faptul că lor li se încredința, pe lângă responsabilitatea spirituală a credincioșilor, și administrarea bunurilor comunității păstorite. Încă din epoca apostolică și post-apostolică, se poate observa această responsabilitate episcopală:

„Ca urmare a legăturii strânse, ce ființa între episcop și Biserica încredințată lui și ca urmare a autorității lor de succesori ai Apostolilor, s-a dezvoltat raportul lor față de Bisericile respective, deoarece în acestea dânsii erau considerați, cu drept cuvânt, ca părinți și conducători în toate chestiunile privitoare la Biserica încredințată lor. Și după cum în episcop erau concentrate toate chestiunile spirituale și cele strict bisericești, cari priveau Biserica lor, astfel în mod cu totul firesc și pentru necesitatea unității într-însul era concentrată întreaga conducere economică a Bisericii”¹⁵.

Episcopul este principalul responsabil al administrării bunurilor bisericești, ceea ce aduce cu sine deopotrivă drepturi și obligații. Episcopul este chemat să împlinească această slujire conștientizând responsabilitatea pe care o are înaintea lui Dumnezeu pentru latura practică a activității sale¹⁶.

În administrația episcopului intră două categorii de bunuri, fiecare cu prevederi legislative specifice: bunuri ale Bisericii și bunuri personale. Distincția dintre acestea era necesară, în perioada anterioară Sinodului Trullan, cu atât mai mult cu cât episcopul putea fi căsătorit¹⁷, astfel încât era important să nu existe confuzii în eventualitatea morții lui, cu privire la ceea ce se cuvine descendenților direcți și ce revine Bisericii. Un alt motiv al delimitării bunurilor Bisericii era acela de a evita împroprierea lor injustă de către episcop¹⁸.

În timp, jurisdicția asupra bunurilor Bisericii a intrat și în responsabilitatea sinodului eparhial, ceea ce apare cu multă claritate în formulările canonice ale Sinodului local din Antiohia, conform cărora episcopul are obligația de a-i consulta în actul gestionării bunurilor bisericești pe preoții și diaconii din eparhia sa, precum și de a da seama în fața sinodului eparhial despre felul în care a administrat patrimoniul Bisericii sale¹⁹.

Prevederile legislative privind dreptul episcopului de a administra bunurile sale personale în raport cu moștenitorii săi legali, sunt pentru prima dată reglementate la Sinodul local de la Cartagina (419). Canoanele fac distincția între bunurile Bisericii și bunurile personale ale clericului, iar în categoria din urmă se diferențiază și între bunurile dobândite prin succesiune și cele dobândite în timpul exercitării unei funcții sacerdotale. Bunurile acumulate înainte de intrarea în cler sau cele primite prin succesiune legală în timpul exercitării funcției sacerdotale pot constitui obiectului unei formulări testamentare a episcopului, în timp ce bunurile dobândite în timpul păstoririi devin parte integrantă a averii bisericești, ceea ce implică imposibilitatea transmiterii lor moștenitorilor episcopului:

„Așijderea s-a hotărât ca episcopii, presbiterii, diaconii sau oricare dintre clerici, care n-au avut nimic, dacă promovați fiind, și-ar cumpăra pe timpul episcopatului sau clericatului lor țarinii sau orice fel de moșii pe numele lor, să se considere ca și când și-ar fi însușit bunurile Domnului, dacă nu cumva, admonestați fiind, le-ar restitui Bisericii. Iar dacă le-ar reveni ceva în proprietatea lor, mai cu seamă din dăruirea cuiva sau din moștenirea rudelor, cu aceea să facă după dorința lor. Dar dacă ar voi să le retragă chiar și după ce le-au oferit (Bisericii), să se judece ca niște netrebnci, fiind nevrednici de demnitatea bisericească.”²⁰

O prevedere legislativă eclesială determinată de un considerent teologic era cea privitoare la interzicerea înstrăinării posesiunilor unui cleric în favoarea unui eretic sau păgân, și aceasta chiar în pofida unei eventuale înrudiri²¹. Intenția era de a nu spori în vreun fel averea și, implicit, influența eterodocșilor. Sprijinirea lor ar fi echivalat aproape cu o luptă împotriva adevăratei credințe²², motiv pentru care în hotărârile aceluiași sinod cartaginez era inclusă prevederea de a se pronunța anatema asupra aceluși episcop care ar lăsa din averea sa moștenire păgânilor și ereticilor:

Așijderea s-a hotărât ca, dacă vreun episcop ar prefera, față de Biserică, să lase moștenitori pe eretici sau păgâni, ori de sunt rudenii, ori de sunt afară de rudenia sa, să se pronunțe și după moartea lui anatema asupra unuia ca acesta și numele lui nicidecum să nu se pomenească de iereii lui Dumnezeu, nici să se poată dezvinovăți, dacă va muri fără testament, deoarece, făcându-se episcop, are datoria să facă cuviincioasa împărțire a averii sale potrivit făgăduinței sale.

Mitropolitul Andrei Șaguna precizează, cu referire la acest canon, faptul că trebuia să se mențină un just echilibru între bunurile ce reveneau eparhiei și cele lăsate moștenitorilor, cele din urmă nefiind îngăduit să le depășească valoric pe cele dintâi²³. De asemenea, privitor la canonul 35 al Sinodului Trullan, Șaguna afirmă că, în cazul morții unui episcop care nu are succesori legitimi și nu prescrie altfel printr-un act testamentar, bunurile sale revin eparhiei. Același principiu se aplică în cazul protopopilor și al preoților, iar Șaguna invocă în acest sens o dispoziție a împăraților Theodosie și Valentinian prin care se prevede ca posesiunile clericilor și ale monahilor morți fără testament să revină parohiilor sau mănăstirilor unde aceștia au slujit²⁴. Probabil că o interpretare mai corectă a acestui canon o dă Theodor Balsamon, care afirmă că, în cazul separării bunurilor bisericesti de cele personale încă din timpul vieții de către episcopul defunct, moștenitorii săi au dreptul să revendice aceste bunuri personale²⁵. Interpretarea sa poate fi înțeleasă în relație cu canonul 12 și 48 al Sinodului Trulan, care prevăd ca cel hironit episcop să nu mai locuiască împreună cu soția lui, însă nu îi declină acestuia responsabilitatea față de copii săi și, implicit, nu anulează dreptul succesoral al acestora.

Prevederile de drept succesoral în cazul episcopilor de până la Sinodul Trulan sunt un foarte potrivit exemplu pentru a înțelege modul de armonizare a prevederilor legii civile cu principiile vieții eclesiale, precum și consecințele acestei simbioze asupra căsătoriei și asupra drepturilor descendenților episcopilor. Episcopul era un administrator temporar al bunurilor bisericesti. Treptat, în administrarea bunurilor bisericesti a intervenit cu rol consultativ sinodul local. Responsabilitatea episcopului față de averea Bisericii nu excludea dreptul său de a posedea bunuri, de a le gestiona după bunul plac, și, implicit, de a le lăsa moștenire descendenților. Iar în lipsa descendenților, toate bunurile sale reveneau în chip automat Bisericii.

Procesul prin care elementele de legislație civilă au pătruns în cea eclesială este foarte interesant de observat, iar în cazul particular al căsătoriei, un rol esențial în stabilizarea legislației specifice l-a avut apariția *nomocanoanelor*, acele „colecții mixte sistematice de legi bisericesti (canoane) și legi imperiale (nomi), proprii Orientului”²⁶. Ele îmbinau elementul religios cu cel juridic, oferind o legislație coerentă, aplicabilă variilor situații concrete matrimoniale. Nomocanoanele au fost, astfel, expresia modalității prin care Biserica răsăriteană a înțeles să valorizeze legislația civilă în propriul său mod de funcționare.

Elemente de drept succesoral în legislația civilă românească. Biserica Ortodoxă Română a preluat prevederile de drept succesoral din unele segmente ale Pravilei Mari, lucru firesc dacă sesizăm conținutul evident moral al acestora. În continuare vom face câteva observații privitoare la principiile conducătoare ale acestor formulări legislative.

Prioritatea moștenirilor se schimbă în caz de ucidere cu intenția de a moșteni. Indiferent de gradul de înrudire, odată intenția criminală dovedită, orice drept de moștenire este anulat, iar proprietățile, în lipsa altor potențiali moștenitori, revin statului: „Cela ce va ucide pre altul, carele au fost țiind moșiile cuiva, [...] nice el, nici feciorii lui nu vor încăpea să moștenească aceale ocine”²⁷. Accentuăm aici faptul că absența moralității este relevantă în aplicarea dreptului succesoral, principiul având o conotație religioasă evidentă. În ultimă instanță, moștenirile rămase din cazuri de omucidere revin statului, și aceasta pentru că statul poate repune în circulație bunurile asupra cărora succesorii și-au pierdut drepturile prin fapte imorale. Recunoaștem o procedură similară cu situația episcopilor căsătoriți dinainte de sinodul Trulan, ale căror bunuri dobândite în timpul slujirii reveneau patrimoniului eparhial, din același considerent: eparhia poate ulterior să intermedieze între Biserică și alți beneficiari, căutând prin aceasta să păstreze și un anume echilibru al bunurilor pe teritoriul ei.

Neacordarea îngrijirilor unui bolnav cu intenția vădită de a-l moșteni mai curând este asimilată de legislația civilă românească omuciderii, drept pentru care persoana vinovată de un astfel de comportament pierde orice drepturi legale asupra bunurilor celui bolnav:

„Când va fi un om bolnav și va lăsa cuiva să moștenească mult puțin ce va avea și-i va face și zapis, iară acel moșnean nu va griji de dânsul să-i aducă vreun vraci bun să-l păzească cândai doară l-ar tămădui, ce-l va lăsa așa negrijit și nesocotit, și de va muri bolnavul, atunce acela-și piarde moștenirea și vor fi toate bucatele și ocinele domnești”²⁸.

Prin uciderea soției se pierd drepturile de zestre, cu excepția situației în care aceasta se face vinovată de adulter. Prin uciderea soțului se pierd veniturile cuvenite și întreaga zestre, toate acestea revenind statului²⁹.

În situația morții unuia dintre soți într-o familie fără copii, demersul legislativ impus include și o componentă caritativă evidentă: „a treia parte să se facă pomeană și de milostenia săracilor și robiților pentru cel mort”, iar dacă părinții celui decedat nu mai sunt în viață, și niciunul dintre soți nu supraviețuiește, „jumătate să ia domnească, iară ceaia jumătate să i-o facă dă pomeane și milostenie săracilor și robiților”³⁰. Prevederi similare de drept succesoral apar în glavele 275-276, unde apare precizarea că legea succesiunii legale funcționează până la „rudenia de a opta spiță”.

Legea nu discriminează pe bază de gen, împărțirea bunurilor părintești trebuind să se facă în mod echitabil între frați, care nu sunt avantajați nici în funcție de ordinea nașterii lor:

„Să împartă toate bucatele toți frații tocma, ori parte bărbătească de vor hi, ori muerească. Iară oricarii de în feciorii carii sînt parte bărbătească va lua bucate și de în feate zestre, aceia nu pot într-alt chip să între întru moștenire cu ceilalți frați carii n-au luat, de nu vor aduce la mijloc orice le-au dat tatăl lor: haine, zeastre, darurile de naintea nuntei sau alte bucate.”³¹

De aceleași drepturi de moștenire beneficiază persoanele cu dizabilități: „și surdul și mutul ceare moșia și moștenește”³².

Drepturile filiale de moștenire depind covârșitor de mult de comportamentul față de părinți. Pe de o parte, calitatea de fiu/fiică și dreptul la moștenire se poate pierde în urma unui comportament agresiv sau nerespectuos față de părinți: „cine va ridica mîna pre părinții lui și-i va bate, sau va zice lor mustrare cum nu se cade, [...] sau viața lor va vrăjmăși ca să-o omoară”³³. În situații similare, fie că e vorba de incest, sau neîngrijire în caz de boală, sau chiar și numai neascultare în privința căsătoriei, drepturile de moștenire sunt anulate. În schimb, interesant este că legea permite o formă de transmitere a proprietăților înspre o persoană neînrudită sangvin dacă aceasta îngrijește pe cineva până la sfârșitul vieții aceluia: „De să va tîmpla altcuiva, sau al lui, sau striin să-l ia la casa lui și va purta grijă cu nevoiță de tămăduiala lui, și-l va socoti până la sfîrșitul lui, atunce acela să-l moștenească, ori al lui de va fi, ori striin.”³⁴ Iată de ce putem spune că actul caritativ valorează în fața legii, în domeniul dreptului succesoral, la fel de mult cu înrudirea de sânge, ceea ce justifică o dată în plus preluarea formulărilor legislative și aplicarea lor în Biserică.

Delimitarea sferelor de autoritate civilă și eclesială asupra căsătoriei în A. Șaguna, *Trebile căsătoriilor*³⁵. Cel mai expresiv exemplu cu privire la modul în care se îmbină elemente de legislație civilă cu principii religioase în cadrul legislației Bisericii găsim în lucrarea mitropolitului Andrei Șaguna, *Cunoștințe pregătitoare despre taina sfîntei căsătorii*. În debutul studiului nostru remarcăm importanța familiei ca realitate sociologică, idee așezată și de distinsul mitropolit în chiar primul articol al lucrării sale, unde definește clar instituția familiei și convergența aspectului social-juridic cu cel religios:

„Legătura cea mai însemnată în viața socială este căsătoria; dânsa este bazată pe legea lui Dumnezeu; dânsa este baza susținerii neamului omenesc; ea este acel institut religios-bisericesc care e mai vec[h]i decât toate întocmirile, care oarecând de la oameni s-a făcut”³⁶.

Căsătoria stă la baza societății umane și asigură perpetuarea acesteia, rol din care decurge importanța sa crucială, însă trebuie conștientizată, după spusele mitropolitului, dimensiunea sa religioasă fără de care ea nu ar putea fi corect și pe deplin înțeleasă. Dubla „subordonare” a căsătoriei față de Biserică și Stat înseamnă, pe lângă autoritatea exercitată de cele două instituții asupra prevederilor legislative de încheiere și desfășurare a căsătoriei, și faptul că ea are un impact considerabil asupra acestora: „Căsătoria este atât pentru biserică, cât și pentru stat deopotrivă momentoașă, pentru că dânsa înrăurează atât în starea cea religioasă, morală și în cea a culturii civile a familiilor singuratice, cât și în cea a popoarelor, prin urmare și în starea împărățiilor”³⁷. Reiese cu claritate convingerea mitropolitului Șaguna privitoare la caracterul dublu al căsătoriei, cel de *taină* – din perspectiva Bisericii – și de *contract* – din perspectiva Statului³⁸, caracter dublu reflectat în toate prevederile legislative eclesiale pe care le formulează cu privire la căsătorie și consecințele acesteia. Toate aceste formulări legislative sunt bine delimitate în două sfere de autoritate:

„Trebile căsătoriilor încât se țin acele de taină, se judecă prin stăpânirile bisericesti și numai partea cea cetățeană care se atinge de contractul civil ce după firea lui înrăurează în cei căsătoriți ca în cetățeni, se ține de jurisdicțiunea mirenească, precum sunt: zestrele, intervenția părții nevinovate și a copiilor, și altele acelor asemenea.”³⁹

Dubla definiție a căsătoriei – ca taină și contract – determină necesitatea implicării și aprobării atât din partea Bisericii, cât și din partea Statului, a încheierii unei noi căsătorii sau a oricăror altor chestiuni legate de această formă de stare civilă. Iată de ce lipsa confirmării din partea unei din cele două autorități implicate – eclesială și statală – împiedică validarea căsătoriei:

„Amăsurat învățaturii bisericii noastre pe care o primește și stăpânirea împărătească, căsătoria nu e leguită dacă nu se va binecuvânta prin preotul miresei și dacă nu s-a făcut după poruncile bisericesti și politice. Și așa, căsătoriile civile care s-ar face numai prin contract civil fără binecuvântarea preotului, le osândește biserica și stăpânirea le oprește și nu le pre[a]cunoaște de leguite.”⁴⁰

Aceste enunțuri principiale cu privire la căsătorie sunt o oglindire limpede a modului în care Biserica asumă elemente de legislație civilă acolo unde ele nu contravin principiilor după care se conduce mediul eclesial. Formularea concluzivă a acestei prime secțiuni delimitează responsabilitatea bisericască de cea politică, elementele de drept succesoral fiind strict asimilate sferei juridice, în conformitate cu prevederile imperiale:

„Despre partea bisericească a căsătoriei, adică despre taina nunții judecă stăpânirile bisericești precum este: validitatea sau nevaliditatea tainei căsătoriei, pricinile de despărțire totală sau parțială a căsătoriilor, pricinile despre stricarea logodnei prin mire și mireasă. *Despre partea politică a căsătoriei judecă stăpânirile politice precum sunt: zestrele și alte tocmeli ale căsătoriilor[...]*”⁴¹

Condițiile de bază ale încheierii unei căsătorii sunt prezentate sistematic în 33 de puncte⁴², dintre care am dori să invocăm aici doar câteva pe care le considerăm în chip deosebit relevante pentru pluridisciplinaritatea instituției căsătoriei. În primul rând, pentru ca viitorii soți să asume în cunoștință de cauză responsabilitatea căsătoriei ca Taină a Bisericii, li se impune cunoașterea unui volum minimal de informație privitoare la învățătura de credință și la practica liturgică a Bisericii, obștească și particulară deopotrivă. Fără aceste cunoștințe nu li se permite accesul la taina căsătoriei⁴³. Pentru încheierea unei căsătorii valide, părțile implicate trebuie să nu fie în grade rudenie nepermise sau să aibă binecuvântare arhierescă (art. 11, p. 5), și trebuie să fie în deplinătatea facultăților mintale (art. 11, p. 8). Imposibilitatea de a susține financiar o familie, problemele de sănătate care impietează asupra vieții de familie (art. 11, p. 13), acceptarea forțată a căsătoriei (art. 11, p. 15-16) sunt toate impedimente în calea încheierii unei căsătorii recunoscute deopotrivă de Stat și Biserică.

La baza căsătoriei, deci încă de la etapa „bunei învoiri”, trebuie să stea motivații corecte din punct de vedere juridic, dar și moral, ale părților implicate, acestea conștientizând pe deplin responsabilitatea asumată, iar certificarea acestei conștientizări a responsabilității aparține preotului:

„Pasul cel dintâi la căsătorie trebu[i]e să-l facă cu frica lui Dumnezeu și cu gând tare, de a împlini datorințele care sunt legate cu taina căsătoriei. Pentru aceea, nu din vreun bold nepriceput sau din vreo patimă să dorească cineva taina ac[e]asta, ci spre [îm]plinirea celor de la Dumnezeu hotărâte pentru cei căsătoriți”⁴⁴.

Articolul final al lucrării mitropolitului Șaguna precizează reperele de judecată a tuturor chestiunilor privind căsătoria și viața de familie: Sfânta Scriptură – Vechiul și Noul Testament deopotrivă -, canoanele apostolice, canoanele sinoadelor ecumenice și ale altor sinoade locale, învățăturile Sfinților Părinți menționați în canonul al 2-lea al Sinodului Trulan, *Pravila Mare*, și, în sfârșit, „poruncile și legile împărătești, care prescriu mai cu seamă niște formalități din afară care au a se păstra la nuntă pentru buna orânduială cetățeană”⁴⁵. Introducerea *Pravilei Mari* între aceste repere de judecare, ca normă legislativă civilă, este poate cel mai clar exemplu că și în timpul mitropolitului Șaguna, Biserica asuma legile civile, aplicându-le într-o manieră armonizată cu doctrina sa.

Concluzii. Analiza legislației bisericești privitoare la căsătorie relevă modul în care, încă de la începuturile Bisericii, s-au identificat modalități de a prelua și, unde era cazul, de a adapta legislația civilă la acele situații care aveau și implicații religioase. Cazul căsătoriei este relevant deoarece ea apare deopotrivă ca taină și contract, având consecințele specifice fiecăreia dintre definiții. Înțelesă ca taină, căsătoria este generatoare de unitate, iar privită ca un contract, ea presupune și acumulare de bunuri, împreună cu toate implicațiile transmiterii acestor bunuri între părțile implicate și între generații. Astfel, în cazul legislației bisericești răsăritene, aceasta nu s-a distanțat cu totul de legislația civilă, cu excepția unor prevederi specific religioase precum cea a obligativității cunoașterii învățaturii de credință pentru accesarea Tainelor Bisericii. Într-o continuare firească a specificului legislativ matrimonial bizantin⁴⁶, s-a rămas în perspectiva simfoniei, în care căsătoria apare ca o realitate complexă, ca mediu de întâlnire a prevederilor civile cu principiile unei viețuiri conforme învățaturii Bisericii. În acest sens, Biserica a intervenit în formulările legislative doar acolo unde se impunea îmbogățirea lor cu un conținut moral. Îmbinarea acestor elemente este orientată înspre susținerea familiei ca spațiu al comuniunii, al creșterii și al formării integrate.

¹ 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.

* Profesor, Facultatea de Teologie ortodoxă a UBB Cluj-Napoca; ioanchirila@yahoo.com.

² Răzvan Codrescu, *Teologia sexelor și taina nunții*, Editura Christiana, București, 2002, pp. 160-161.

³ Sfântul Ioan Hrisostom, *Comentariile sau explicarea Epistolei către Coloseni*, 12, 5, Socec, București, 1905, pp. 149-157.

⁴ Hristu Andrutsos, *Dogmatica Bisericii Ortodoxe răsăritene*, Editura Tipografiei Eparhiale, Sibiu, 1930, p. 420.

⁵ Boris Bobrinskoy, *Taina Bisericii*, trad. Vasile Manea, Editura Patmos, Cluj-Napoca, 2002, p. 261.

⁶ Panayotis Nellas, *Omul – animal îndumnezeit*, Editura Deisis, Sibiu, 2002, p. 63.

⁷ Eugeniu Safta-Romano, *Arhetipuri juridice în Biblie*, Ed. Polirom, Iași, 1997, p. 92.

⁸ Ismael și cei șase copii născuți lui Avraam din Chetura.

⁹ E. Safta-Romano, *op. cit.*, p. 97.

¹⁰ *Ibidem*, p. 99.

¹¹ *Ibidem*, p. 100.

¹² E. Safta-Romano, *op. cit.*, p. 104.

¹³ *Ibidem*, p. 106.

¹⁴ Cf. V. De Paolis, *Alcune osservazioni sulla nozione di amministrazione dei beni temporali della Chiesa*, în *Periodica*, nr. 88 (1999), p. 98.

¹⁵ N. Milaș (ed.), *Canoanele Bisericii Orientale*, vol. 1, p. 1, Arad, Tipografia Diecezană, 1930, p. 246.

¹⁶ Canonul Apostolic 38, în Arhid. Prof. Dr. Ioan N. Floca, *Canoanele Bisericii Ortodoxe Române. Note și comentarii*, Sibiu, 2005, p. 31.

¹⁷ Prin Canonul 12 de la Sinodul Trulan s-a interzis episcopilor viețuirea împreună cu soțiile lor, însăși formularea acestui canon fiind o mărturie a faptului că până în acel moment, episcopii nu renunțau la viața conjugală după instalarea lor, deși acest lucru fusese deja interzis de Justinian prin novela 6, 1, din 535, care prevede și ca episcopul să fie ales „fie dintre monahi, fie dintre clerici”, în Arhid. I. N. Floca, *op. cit.*, pp. 120-121.

¹⁸ Canoanele 40 și 41 apostolice, în Arhid. I. N. Floca, *op. cit.*, pp. 32-33.

- ¹⁹ Canoanele 24 și 25 ale Sinodului local din Antiohia, 341, în Arhid. I. N. Floca, *op. cit.*, pp. 236-237.
- ²⁰ Canonul 32 al sinodului local din Cartagina, 419, în Arhid. I. N. Floca, *op. cit.*, p. 282.
- ²¹ Canonul 22 al sinodului local din Cartagina, în Arhid. I. N. Floca, *op. cit.*, p. 277.
- ²² *Ibidem.*
- ²³ Cfr. A. Șaguna, ed., *Enchiridionu, adeca Carte manuale di canone ale unei santei, sobornicesci si apostolesci Biserici cu commentari*, Sibiu, 1871, p. 25.
- ²⁴ Cfr. Cod. Theod., V, 3, 1, în Th. Mommsen ed., *Theodosiani, Libri XVI Cum Constitutionibus Sirmondianis*, vol. 1, 2, Berolini, 1905, p. 220.
- ²⁵ TH. Balsamon, In canon XXII Conc. Chalced., în P.G. 137, coll. 464-466.
- ²⁶ Iulian Mihai L. Constantinescu, *Biserica și Instituția căsătoriei. Condițiile administrării căsătoriei – studiu juridico-canonice*, Ed. Aius Printed, Craiova, 2008, p. 12.
- ²⁷ *Pravila Mare, Îndreptarea Legii* (1652) sau *Pravila de la Târgoviște*, carte de legi, cod bisericesc și politic în care se îmbină elemente de drept canonic și laic. A se vedea glava 243, 18-20.
- ²⁸ *Pravila Mare*, glava 243, 21.
- ²⁹ *Pravila Mare*, glava 243, 25-26.
- ³⁰ *Pravila Mare*, glava 272.
- ³¹ *Pravila Mare*, glava 279.
- ³² *Pravila Mare*, glava 280.
- ³³ *Pravila Mare*, glava 284, 1.
- ³⁴ *Pravila Mare*, glava 284, 8.
- ³⁵ *Cunoștințe folositoare despre trebile căsătoriilor spre folosul preoțimei și al scaunelor protopopești*, întocmite prin Andrei baron de Șaguna, episcopul diecezan al Bisericii drept-credincioase greco-răsăritene din Ardeal, comandator al strălucitului ordin austriac leopoldin și sfetnic dinlăuntru de stat al Maiestății sale cesaro-regești apostolice, Sibiu, în Tipografia diecezană, 1854, p. 3-43. (de aici înainte, *Trebile căsătoriilor*).
- ³⁶ *Trebile căsătoriilor*, art. 1, în *Legislația ecleziastică și laică privind familia românească din Transilvania în a doua jumătate a secolului al XIX-lea*. Ediție de texte, studiu introductiv și note de I. Bolovan, D. Covaci, D. Deteșan, M. Eppel și C. E. Holom, Academia Română, Centrul de Studii Transilvane, Cluj, Napoca, 2009, p. 357.
- ³⁷ *Trebile căsătoriilor*, art. 2, în *Legislația ecleziastică...*, p. 357.
- ³⁸ „Căsătoria afară de aceea că este taină, cuprinde în sine și contract împrumutat care numai în urma învoiei a amânduror părților se poate înc[h]eia cu tărie”, *Trebile căsătoriilor*, art. 6, în *Legislația ecleziastică...*, p. 358.
- ³⁹ *Trebile căsătoriilor*, art. 5, în *Legislația ecleziastică...*, pp. 357-358.
- ⁴⁰ *Ibidem*, art. 8, în *Legislația ecleziastică...*, p. 358.
- ⁴¹ *Ibidem*, art. 10, în *Legislația ecleziastică...*, p. 359.
- ⁴² *Ibidem*, art. 11, în *Legislația ecleziastică...*, pp. 359-360.
- ⁴³ *Ibidem*, art. 11, în *Legislația ecleziastică...*, p. 359.
- ⁴⁴ *Ibidem*, art. 18, în *Legislația ecleziastică...*, p. 363.
- ⁴⁵ *Ibidem*, art. 36, în *Legislația ecleziastică...*, p. 370.
- ⁴⁶ „Ideea conform căreia o căsătorie se constituie printr-un act juridic determinat s-a impus în dreptul matrimonial romano-bizantin. Împăratul Justinian a reușit să armonizeze legislația civilă cu privire la căsătorie cu prevederile canonice în domeniu, prin Constituția din 530 dând aceeași putere canoanelor ca și legilor civile. Ca urmare, s-a reușit mijlocirea unei apropieri între legile civile și jurisdicția bisericească în domeniul matrimonial.”, Iulian Mihai L. Constantinescu, *Biserica și Instituția căsătoriei. Condițiile administrării căsătoriei – studiu juridico-canonice*, Ed. Aius Printed, Craiova, 2008, p. 39.

ARTICOLE

**TRADIȚIE ȘI INOVAȚIE ÎN NOUL COD CIVIL ÎN MATERIA RAPORTURILOR
PATRIMONIALE DINTRE SOȚI – APLICAȚII ALE TEORIEI DATORIILOR DE
VALOARE ÎN CADRUL REGIMULUI COMUNITĂȚII MATRIMONIALE**

dr. Felicia ROȘIORU*

Résumé: *Tradition et innovation dans les rapports patrimoniaux entre époux selon le Nouveau Code civil – applications de la théorie des dettes de valeur à la communauté des époux.* Le Nouvel Code civil roumain revient à la solution classique de permettre aux époux de choisir parmi plusieurs régimes matrimoniaux ; la communauté légale des biens; le régime de séparation des biens et la communauté conventionnelle des biens. Après une brève présentation du régime de communauté des biens, on s'est arrêté sur la liquidation de la communauté. L'intérêt de notre étude réside dans deux aspects : d'une part, la coexistence, dans les régimes de communauté, des différents patrimoines, masses de biens, propres et communs ; d'autre part, la longue durée qui devrait caractériser les rapports de famille. C'est le domaine où on pense que peut être appliquée la théorie des dettes de valeur.

Contrairement au Code civil français – qui paraît la source d'inspiration pour le Nouvel Code civil roumain en droit patrimonial de la famille, celui-ci n'a pas retenu aucune des solutions proposées par le Code civil français pour assurer l'égalité patrimoniale entre époux et pour pallier les effets de la dépréciation monétaire sur les transferts inter-patrimoniales des valeurs. Il n'existe pas, dans le Nouvel Code civil roumain, une théorie des récompenses semblable à celle prévue par le Code civil français. Mais la doctrine et la jurisprudence roumaine s'est toujours montrée «valoriste» dans le domaine des rapports patrimoniaux entre les époux, par le biais de la subrogation réelle.

Cuvinte cheie: *regimuri matrimoniale; comunitate de bunuri; lichidarea comunității; datorii de valoare; subrogație reală; accesiune, teoria recompenselor*

Mots clés: *Régimes matrimoniaux, communauté des biens; liquidation de la communauté ; dettes de valeur ; subrogation réelle, accession, théorie des récompenses*

1. În dreptul privat, patrimoniul familiei este studiat juridic în general în raport de două coordonate temporale: în cursul vieții (în timpul căsătoriei, cu ocazia desfacerii ori desființării ei), respectiv la momentul decesului unuia dintre soți și după moarte (în contextul problemelor specifice ale împărțelii moștenirii).

Relația dintre dragoste, căsătorie și bani reprezintă o temă ce a inspirat artiștii, scriitorii¹ și, în ceea ce privesc ultimii doi termeni ai enumerării, juriștii². Revenind la tradiția anterioară Codului familiei din 1954, Noul Cod civil – Legea nr. 287/2009, republicată, instituie expresia de regim matrimonial pentru a sintetiza drepturile și obligațiile patrimoniale ale soților. Astfel, potrivit art. 312 alin. 1 din Noul Cod civil, viitorii soți pot alege ca regim matrimonial comunitatea legală, separația de bunuri sau comunitatea convențională. Comunitatea matrimonială – instituită legal de Codul familiei – lasă așadar locul opțiunii soților sau viitorilor soți, care pot alege între comunitatea legală de bunuri, comunitatea convențională de bunuri sau separația de bunuri. Opțiunea soților sau viitorilor soți se exprimă printr-o convenție matrimonială, încheiată printr-un înscris autentificat de notarul public, cu consimțământul tuturor părților. Potrivit art. 313 din Noul Cod civil, între soți, regimul matrimonial produce efecte numai din ziua încheierii căsătoriei; față de terți, regimul matrimonial este opozabil de la data îndeplinirii formalităților de publicitate prevăzute de lege (respectiv înscrierea în Registrul național notarial al regimurilor matrimoniale³), afară de cazul în care terții l-au cunoscut pe altă cale. Raporturile patrimoniale dintre soți, în cazul în care aceștia nu au încheiat o convenție matrimonială sau față de terții de bună-credință, în cazul în care nu au fost îndeplinite formalitățile de publicitate cerute de lege, vor fi supuse regulilor comunității legale de bunuri.

Legătura dintre căsătorie și bani reprezintă esența regimurilor matrimoniale, care vizează ansamblul regulilor – de sorginte legală sau convențională - referitoare la raporturile patrimoniale dintre soți, respectiv dintre soți și terți⁴: „regimul matrimonial reprezintă aspectul economic al căsătoriei”⁵. În cadrul regimului matrimonial sunt reglementate obligațiile contractuale și extra-contractuale dintre soți, soarta bunurilor dobândite înainte și în timpul căsătoriei; regimul datoriilor unuia dintre soți sau ale ambilor față de terți; puterile de administrare și dispoziție ale soților asupra bunurilor, regimul juridic al anumitor bunuri (precum locuința familiei) și, în cazul desfacerii căsătoriei, lichidarea raporturilor patrimoniale dintre soți.

Criteriul esențial de calificare a regimului matrimonial este determinat de compoziția activului. Astfel, regimurile comunitare (comunitatea legală sau convențională de bunuri) se caracterizează prin existența unei mase de bunuri comune cu un regim juridic specific, pe când regimurile separatiste (regimul separației de bunuri) este caracterizat prin lipsa unei asemenea mase de bunuri comune soților. De aceea, în cazul desfacerii sau desființării căsătoriei, restituirile sunt mult mai complexe în cazul regimurilor comunitare, în special în cazul în care au avut loc transferuri valorice între masa bunurilor proprii și masa bunurilor comune.

1. Considerații preliminare.

2. Regulele privind raporturile patrimoniale din timpul căsătoriei pot constitui un ansamblu de reguli imperative („regimul primar”) cărora li se pot adăuga reguli stabilite convențional de către soți (este cazul dreptului civil român, ca urmare a intrării în vigoare a Noului Cod civil – Legea nr. 287/2009 și dreptului francez), soții având opțiunea între mai multe regimuri matrimoniale, ale căror reguli pot fi completate convențional; în absența opțiunii se aplică regimul legal (comunitatea legală de bunuri).

Atât în dreptul civil român, cât și în cel francez, în toate situațiile, există un corp de reguli imperative, numit doctrinar regim primar⁶; în dreptul român, acestea sunt cuprinse în art. 312 – 338 din Noul Cod civil, care prevede expres că nu se poate deroga de la dispozițiile comune aplicabile regimurilor matrimoniale, indiferent de opțiunea soților pentru unul sau altul dintre acestea. Astfel, pe lângă egalitatea în drepturi dintre soți – care exista și sub imperiul fostei reglementări – Noul Cod civil consacră libertatea alegerii și modificării regimului matrimonial⁷ și independența patrimonială a soților, care au dobândit prin noua reglementare libertatea de principiu de a încheia orice acte juridice între ei (art. 317 din Noul Cod civil). În toate situațiile, convenția matrimonială nu poate aduce atingere egalității dintre soți, autorității părintești sau devoluțiunii succesoriale legale (conform art. 332 alin. 2 din Noul Cod civil).

3. Din perspectiva menținerii valorii în timp și a asigurării egalității patrimoniale a soților, în acord cu triada sub semnul căreia am așezat prezentul studiu (dragoste, căsătorie, bani), probleme deosebite pot apărea cu ocazia lichidării regimului matrimonial.

Câteva precizări ne apar utile. În primul rând, lichidarea regimului matrimonial are loc în cazul modificării sau încetării acestuia (art. 320 din Noul Cod civil). În al doilea rând, încetarea regimului matrimonial poate fi determinată de constatarea nulității, anularea, desfacerea sau încetarea căsătoriei (art. 319 din Noul Cod civil). În al treilea rând, ne referim la asigurarea unei egalități patrimoniale între soți din punct de vedere juridic și nu matematic.

Or, de îndată ce în sfera dreptului privat intervin banii, respectiv ideea de valoare și imperativul menținerii ei în timp, mecanismul datoriei de valoare are rolul său specific în a contribui la realizarea acestui deziderat. În mod plastic și sugestiv, datoria de valoare exprimă esențialul prin însăși denumirea ei, desemnând obligația centrată în jurul unei valori⁸. Ea apare caracterizată de obiectul ei, o valoare *reală*, în legătură cu care moneda intervine doar pentru a o exprima. Tehnica datoriei de valoare (*Wertschulden*) a fost dezvoltată de doctrina germană pentru a lupta contra eroziunii monetare postbelice fără precedent. Datoriilor de valoare asigură menținerea cuantumului valoric al obligațiilor prin ignorarea factorului temporal, cu salvagardarea

necesităților de stabilitate și previzibilitate. La polul opus se află obligațiile monetare (*Geldschulden*), esențialmente supuse principiului nominalismului monetar și efectelor pe care le atrage aplicarea acestuia asupra raporturilor juridice.

Studiul nostru se oprește asupra dreptului patrimonial al familiei (din timpul căsătoriei sau de după moartea unuia dintre soți) deoarece acesta reprezintă, din cel puțin două rațiuni, un domeniu predilect de manifestare a datoriilor de valoare. Pe de-o parte, raporturile de familie sunt de regulă de durată: căsătoria și efectele patrimoniale care decurg din aceasta sunt destinate a se produce un timp îndelungat; de asemenea, în caz de deces, indiviziunea succesorală poate dura mai mulți ani, iar partajul succesoral presupune adesea urmărirea unor acte juridice încheiate cu mult timp înainte. Rolul monedei este accentuat în cadrul acestor operațiuni, ea apărând în dublă ipostază: ca mijloc de comparare a bogățiilor, măsură comună de apreciere a diferitelor valori care intră în alcătuirea loturilor și ca instrument de schimb, permițând despăgubirea în bani a celui cărui a s-au atribuit prea puține bunuri sau deloc⁹. Pe de altă parte, atât regimul matrimonial, cât și masa succesorală se prezintă adesea ca universalități, în cadrul cărora se evidențiază preocuparea de asigurare a valorii în timp.

Moneda și fluctuațiile sale valorice sunt esențiale în dreptul patrimonial al familiei, relații guvernate de durată și de încredere, incidența deprecierei monetare fiind puternic perturbatoare. Consecințele sale sunt din cele mai diverse, fiind greu de găsit soluția „perfectă”. Măsurile de protecție contra fluctuațiilor valorice ale monedei trebuie să fie în același timp eficiente, echitabile și licite.

4. Trei mijloace au fost considerate adecvate să soluționeze, în materie familială, problemele generate de deprecierea monetară, în contextul unor raporturi în general de durată, a prohibirii anumitor acte juridice sub imperiul fostei reglementări (precum vânzările între soți) și aplicării anumitor reguli uneori chiar în absența consimțământului celor interesați. Aceste mijloace ar consta în: întârzierea în evaluarea unui bun (sau mai exact a prorogării acestui moment cât mai aproape de data plății efective), tehnică specifică datoriilor de valoare; înlocuirea drepturilor de creanță prin drepturi reale (operațiune realizată frecvent cu ajutorul subrogației); asocierea și apoi determinarea întinderii creanței în funcție de un indice sensibil la fluctuațiile valorice ale monedei¹⁰ (indexarea).

Înlocuirea drepturilor de creanță prin drepturi reale intervine în cadrul raporturilor patrimoniale din timpul căsătoriei, spre exemplu, atunci când un soț sau comunitatea matrimonială obțin un bun cu ajutorul mijloacelor proprii ale celuilalt soț. Ca efect al subrogației, la momentul lichidării regimului matrimonial, soțul este considerat titular al unei părți din bun și nu doar un simplu creditor al sumei împrumutate. Înălțurarea efectelor deprecierei monetare se realizează însă în concret și în acest caz

prin evaluarea sumei datorate în raport de valoarea bunului la momentul restituirii și nu la momentul împrumutului, al dobândirii bunului. Cu alte cuvinte, subrogația în sine nu reprezintă un mijloc suficient de protecție împotriva fluctuațiilor monetare, fiind esențială și în acest caz „întârzierea” în evaluare specifică datoriiilor de valoare.

La rândul său, asocierea creanței cu un indice în raport de care să îi fie determinată întinderea prezintă dezavantajul caracterului exterior al etalonului ales. Astfel, întinderea creanței de restituire nu va reflecta echilibrul și economia raporturilor juridice dintre părți, ci hazardul ce guvernează evoluția valorică a indicelui. De exemplu, în cazul indexării creanței soțului care a contribuit cu mijloace proprii la dobândirea unui imobil de către comunitatea matrimonială în funcție de prețul petrolului, circumstanțele actuale ne dovedesc că prețul imobilelor scade, în timp ce prețul petrolului crește.

Apreciem însă că, dintre cele trei mijloace enunțate, datoriile de valoare rezolvă, în mare parte, problemele generate de deprecierea monetară asupra patrimoniului familial.

5. Datoriile de valoare intervin frecvent în cazul menținerii valorii în cadrul universalității. Masele de bunuri ce pot fi relativ individualizate în cadrul patrimoniului prezintă o coeziune și o structură diferită. Se disting, pe de-o parte, *universalitățile de fapt*, ca ansamblu de elemente comune ce nu presupun un pasiv propriu¹¹. Aceste elemente se pot bucura de autonomie, dar destinația comună le imprimă un regim juridic special¹². Astfel, de exemplu, în ceea ce privește turma – ca universalitate de fapt – datoria de valoare intervine pentru a asigura valoarea reală a creanțelor de restituire datorate proprietarului¹³.

Pe de altă parte, *universalitățile de drept* prezintă un ansamblu de bunuri ce presupun un pasiv propriu, corelativ activului¹⁴. Extinderea ideii de universalitate la masele patrimoniale din care este alcătuit patrimoniul este utilă pentru a distinge aceste ansambluri juridice de cele de fapt. Astfel, masele patrimoniale sunt privite ca *universitas iuris*, chiar dacă fiecare păstrează o unitate specifică determinată de un anumit grad de generalitate, de scopul căreia îi este afectată și de regimul juridic special¹⁵.

Din acest punct de vedere, o situație aparte este reprezentată de comunitatea matrimonială¹⁶, în cazul căreia între cele două patrimonii individuale ale soților se situează bunurile comune. Între aceste trei mase juxtapuse de bunuri se creează legături patrimoniale uneori complicate, care pot subzista până la desfacerea comunității. În secțiunea dedicată efectelor divorțului, Noul Cod civil se limitează la a stabili încetarea regimului matrimonial între soți la data introducerii cererii de divorț (art. 385), dacă oricare dintre soți sau amândoi, în cazul divorțului prin acordul lor, nu solicită instanței de divorț să constate că regimul matrimonial a încetat la data separației lor în fapt.

În ceea ce privește regimul comunității de bunuri, dacă acesta încetează prin desfacerea căsătoriei, Noul Cod civil stabilește că foștii soți rămân coproprietari în devălmășie asupra bunurilor comune până la stabilirea cotei-părți ce revine fiecăruia, fără a cuprinde însă, în secțiunile dedicate regimului comunității legale sau convenționale, reguli specifice privind lichidarea acestora. Dreptul francez cunoaște o reglementare detaliată a lichidării diferitelor regimuri matrimoniale, conducând la stabilirea *recompenselor*, denumire utilizată pentru sumele de bani ce trebuie plătite între diferitele mase patrimoniale pentru a restabili echilibrul inițial¹⁷. Așa cum vom arăta, ca urmare a reformelor legislative succesive din Franța, datoriile de valoare au un rol esențial în asigurarea eficacității (valorice) a teoriei recompenselor, prin menținerea echilibrului pecuniar între diferitele universalități.

Vom analiza așadar, inovația sau continuitatea Noului Cod civil față de Codul familiei în ceea ce privesc bunurile dobândite în timpul căsătoriei, precum și rolul datoriei de valoare în cadrul regimului comunității de bunuri, mai exact a lichidării sale.

2. Comunitate legală și comunitate convențională de bunuri. Lichidarea comunității.

6. În esență, importanța sau ponderea regimului comunității legale de bunuri rămâne una majoră, având în vedere că acesta este regimul aplicabil în absența unei opțiuni contrare a soților, precum și, față de terții de bună-credință, în cazul în care nu au fost efectuate formalitățile de publicitate prescrise de lege.

Noul Cod civil organizează regimul comunității legale de bunuri pe baza distincției între cele comune în devălmășie (dobândite în timpul regimului comunității legale de bunuri de către oricare dintre soți) și cele proprii, enumerate limitativ de art. 340¹⁸. Spre deosebire de fosta reglementare, Noul Cod civil determină natura veniturilor din muncă și a celor asimilate acestora (cuenite cu titlu de pensie în cadrul asigurărilor sociale sau în temeiul unui drept de proprietate intelectuală); acestea sunt bunuri comune, indiferent de data dobândirii lor, însă numai în cazul în care creanța privind încasarea lor devine scadentă în timpul comunității. Calitatea de bun comun nu trebuie să fie dovedită; dovada că un bun este propriu se poate face între soți prin orice mijloc de probă (art. 343 din Noul Cod civil).

Regimul comunității legale de bunuri presupune libertatea folosirii bunurilor comune și posibilitatea fiecărui soț de a încheia singur acte de conservare, acte de administrare, precum și acte de dobândire a bunurilor comune. Însă, în măsura în care interesele sale legate de comunitatea de bunuri au fost prejudiciate printr-un act juridic, soțul care nu a participat la încheierea actului nu poate pretinde decât daune-

interese de la celălalt soț, fără a fi afectate drepturile dobândite de terții de bună-credință (art. 345 din Noul Cod civil). El nu poate obține nici anularea actului în cauză și – în măsura în care apreciem că art. 354 alin. 4 din Noul Cod civil consacră o excepție - nici inopozabilitatea actului reglementată la art. 642 alin. 1 din Noul Cod civil).

Actele de înstrăinare sau de grevare cu drepturi reale având ca obiect bunurile comune nu pot fi încheiate decât cu acordul ambilor soți, exceptând bunurile mobile comune a căror înstrăinare nu este supusă, potrivit legii, anumitor formalități de publicitate.

Ca element de noutate față de reglementarea anterioară, Noul Cod civil prevede în art. 322 interdicția soțului de a dispune de locuința familiei, bunurile ce o mobilează sau o decorează fără consimțământul scris al celuilalt soț, chiar dacă este proprietarul exclusiv al imobilului. Soțul proprietar exclusiv își vede limitate astfel prerogativele asupra bunului afectat folosinței cu titlu de locuință de către familie și notat ca atare în cartea funciară.

7. Lichidarea comunității de bunuri, ca urmare a încetării acesteia, se realizează prin hotărâre judecătorească sau act autentic notarial. Dacă regimul comunității de bunuri încetează prin desfacerea căsătoriei, foștii soți rămân coproprietari în devălmășie asupra bunurilor comune până la stabilirea cotei-părți ce revine fiecăruia, iar până la finalizarea lichidării, comunitatea subzistă atât în privința bunurilor, cât și în privința obligațiilor. Când comunitatea încetează prin decesul unuia dintre soți, lichidarea se face între soțul supraviețuitor și moștenitorii soțului decedat. În acest caz, obligațiile soțului decedat se divid între moștenitori proporțional cu cotele ce le revin din moștenire.

Potrivit art. 357 din Noul Cod civil, lichidarea comunității presupune mai întâi ca fiecare dintre soți să preia bunurile sale proprii, după care se procedează la partajul bunurilor comune și la regularizarea datoriilor comune, potrivit art. 351 din Noul Cod civil. În acest scop, se determină cota-parte ce revine fiecărui soț, pe baza contribuției sale atât la dobândirea bunurilor comune, cât și la îndeplinirea obligațiilor comune (prezumându-se, până la proba contrară, că soții au avut o contribuție egală). Deși, ca regulă generală, niciunul dintre soți nu poate fi ținut de obligațiile născute din acte săvârșite de celălalt soț, totuși aceștia răspund solidar pentru obligațiile asumate de oricare dintre ei pentru acoperirea cheltuielilor obișnuite ale căsătoriei și a celor legate de creșterea și educarea copiilor.

Diferența dintre comunitatea legală de bunuri și cea convențională constă în faptul că, în cadrul comunității convenționale de bunuri, în limitele stabilite de art. 367 din Noul Cod civil, soții prevăd, prin convenție matrimonială, includerea în comunitate, în tot ori în parte, a bunurilor dobândite sau a datoriilor proprii născute înainte ori

după încheierea căsătoriei¹⁹; restrângerea comunității la bunurile sau datoriile anume determinate în convenția matrimonială, indiferent dacă sunt dobândite ori, după caz, născute înainte sau în timpul căsătoriei²⁰; obligativitatea acordului ambilor soți pentru încheierea anumitor acte de administrare; includerea clauzei de preciput și modalități privind lichidarea comunității convenționale.

Comunitatea – legală sau convențională - de bunuri se caracterizează așadar prin co-existența a trei mase de bunuri: masa bunurilor proprii fiecăruia dintre soți și masa bunurilor comune. Spre deosebire de Codul civil francez, Noul Cod civil nu precizează însă regimul lichidării comunității în cazul în care a avut loc un transfer patrimonial între aceste mase de bunuri, în sensul că un bun propriu a fost obținut cu bunuri aparținând comunității sau invers. În acest scop, în dreptul francez, a fost elaborată *teoria recompenselor*.

3. Evoluția teoriei recompenselor în dreptul francez.

8. Regimul matrimonial clasic al comunității legale, întemeiat în esență pe distincția dintre mobile și imobile (în principiu, bunurile mobile erau comune, cele imobile rămâneau proprii) a fost criticat deoarece conducea uneori la soluții inechitabile, în funcție de compoziția preponderentă (mobiliară sau imobiliară) a averii soților. Codul civil francez consacră o soluție cutumiară, în acord cu importanța redusă acordată la acel moment bunurilor mobile (destinate mai ales folosinței comune a soților și consumației, considerate de valoare economică redusă) și cu dificultatea individualizării acestora²¹. Pe de altă parte, ideea menținerii imobilelor în familie, promovată de Codul civil, se întemeia și pe faptul că superioritatea economică a valorii imobilelor s-a manifestat în mai multe rânduri în perioadele de criză și de depreciere monetară. Însă, ca urmare a dezvoltării industriei și extinderii comerțului, a multiplicării bunurilor corporale, averea unui număr din ce în ce mai mare de familii (de manufacturieri, artizani etc.) a devenit preponderent mobilă.

La această situație a condus și faptul că, în perioadele de depreciere monetară, rolul monedei de rezervor de valoare este bulversat de regula civilă potrivit căreia quantumul creanței este fixat la momentul nașterii sale, ignorând deprecierea monetară survenită între acest moment și cel al stingerii sale²². Regulile create și destinate să funcționeze într-o perioadă de stabilitate monetară au condus la injustiție de îndată ce moneda nu a mai prezentat stabilitatea unui etalon²³.

Deși confruntată cu mai multe valori de depreciere monetară legate de cele două războaie mondiale, în ceea ce privesc regimurile matrimoniale, jurisprudența franceză a păstrat inițial în materia teoriei recompenselor între patrimonii regulile

potrivit cărora recompensele nu sunt datorate înaintea încetării regimului matrimonial, iar evaluarea se raportează la momentul nașterii dreptului. Astfel, indiferent de titularul acestuia (comunitatea sau unul dintre soți) și de cauza operării transferului valoric inter-patrimonial (achitarea unor datorii comune cu veniturile proprii sau invers, repararea unui bun propriu cu sumele comunității, achiziția unui bun comun în parte cu bunuri proprii etc.), quantumul recompensei era cristalizat la momentul încheierii actului din care decurgea²⁴.

Cele două reguli simple asigurau o bună derulare și eventual lichidare a raporturilor matrimoniale în perioadele de stabilitate a monedei. Aceste reguli conduceau însă la rezultate deformate în cazul în care între momentul încheierii actului și cel al lichidării patrimoniale intervenea fenomenul deprecierei monetare. De exemplu, soțul care a vândut un imobil propriu pentru a afecta suma de bani obținută unui interes al comunității (cumpărarea unei locuințe), nu recupera la momentul partajului decât prețul obținut prin vânzarea bunului propriu, chiar dacă datorită deprecierei monetare acesta exprima o putere de cumpărare derizorie. Despăgubirea (mai exact creanța de restituire) era una simbolică, fiind limitată la suma de bani avansată. De asemenea, în cazul în care sumele comunității erau utilizate pentru repararea unui bun propriu, recompensa era limitată la numerarul sumei avansate. Astfel, echilibrul dintre patrimonii era unul nereal, pur formal.

9. Numeroase soluții au fost propuse pentru rezolvarea acestei situații, însă, dintre acestea doar tehnica datoriilor de valoare s-a dovedit a fi adecvată menținerii echilibrului dintre diferitele mase patrimoniale și a valorii acestora. În primul rând, pentru ca fiecare soț să profite sau să sufere în egală măsură în urma fluctuațiilor monedei, s-a propus aprecierea întinderii recompensei (a despăgubirii sau a compensației) la momentul încetării folosinței comune asupra bunului și nu la cel al desfacerii căsătoriei sau recurgerea în convențiile matrimoniale la clauze de indexare²⁵. Acestea erau însă rar utilizate, iar rezultatul concret nu avea legătură cu evoluția monedei, ci depindea de cursul etalonului ales. De aceea, s-a propus reportarea evaluării la momentul lichidării comunității²⁶, astfel încât recompensa să fie determinată în legătură cu valoarea bunului și nu cu un element exterior și aleatoriu.

De asemenea, s-a propus conferirea unui drept real soțului sau comunității, determinat în funcție de măsura contribuției la un bun comun sau propriu. Astfel, în temeiul subrogației reale, s-a considerat că în cazul în care unul din soți a dobândit un bun în schimbul unuia propriu și cu plata unei sume de bani din partea comunității, acest bun devine propriu până la concurența valorii bunului cedat și comun în proporția reprezentată de sumele de bani plătite de comunitatea matrimonială²⁷. Însă, în cazul în care expresia monetară a dreptului era cristalizată definitiv la momentul nașterii

sale, soluția era utilă doar atunci când era legată de valoarea unui bun în natură. În absența tehnicii datoriilor de valoare, în exemplul dat, comunitatea rămânea creditor al sumei de bani împrumutate. În cazul în care expresia monetară a dreptului era determinată la momentul restituirii, în raport cu proporția din bun dobândită (echivalentul actual al 1/3 din imobil, de exemplu), datoriile de valoare asigurau despăgubirea comunității creditoare în termeni reali, ca valoare actuală, așadar nu prețul a 1/3 din bun la momentul dobândirii, ci echivalentul actual al 1/3 din imobil.

10. Ca urmare a acestei evoluții, legiuitorul francez a operat o serie de reforme parțiale²⁸, urmate apoi de reforma de ansamblu din 13 iulie 1965 care a consacrat legal datoriile de valoare în acest domeniu.

Astfel, egalității dintre soți și libertății de principiu de a încheia acte juridice²⁹ s-a alăturat și ideea de echitate atât în timpul căsătoriei (de exemplu, prin impunerea consimțământului ambilor soți în cazul actelor importante, precum cele de dispoziție asupra imobilelor comune), cât și la încetarea acesteia (prin intermediul teoriei recompenselor).

Ideea de echitate s-a manifestat și prin consacrarea datoriilor de valoare în cadrul teoriei recompenselor, elaborată pentru a reglementa transferurile patrimoniale dintre diferitele mase de bunuri, cu asigurarea menținerii valorii în timp.

În dreptul român, adaptarea lichidării regimului matrimonial la ideea de menținere a valorii în timp a constituit în primul rând preocuparea doctrinei și a jurisprudenței, în esență prin recurgere la mecanismul subrogației. Redactorii Noului Cod civil, deși au fost preocupați de menținerea valorii în timp, consacrand legal datorii de valoare în materia raportului donațiilor (art. 1153) sau a reducăunii liberalităților excesive (art. 1091 alin. 2), au lăsat doctrinei și jurisprudenței sarcina de a asigura, în raporturile de familie, menținerea valorii în timp și a egalității patrimoniale dintre soți. Aceste deziderate au fost realizate, sub imperiul Codului familiei, prin recurgerea la teoria subrogației reale sau la accesiune, aspecte pe care le vom prezenta în cele ce urmează.

4. Rolul subrogației reale în cadrul dreptului român al familiei.

11. În dreptul român al familiei se considera că, în ceea ce privește dobândirea bunurilor pe durata căsătoriei, operează subrogația reală. Astfel, pe de-o parte, art. 30 alin. 1 C. familiei enunța regula potrivit căreia bunurile dobândite în timpul căsătoriei de către unul dintre soți erau, de la data dobândirii, bunuri comune. Comunitatea matrimonială reprezintă o comunitate de interese patrimoniale, în care intră drepturile reale, bunurile corporale și cele necorporale³⁰. Subrogația reală ar fi operantă în cazul bunurilor comune ca o consecință a prezumției de comunitate³¹, cu

precizarea că, în cazul subrogației din cadrul comunității matrimoniale, termenul de „dobândire” ar avea semnificația unei substituiri de bunuri, latura activă a acestei mase patrimoniale rămânând constantă³².

Pe lângă masa patrimonială a bunurilor comune, bunurile ce aparțin exclusiv soților alcătuiesc categorii (mase patrimoniale³³) distincte, cu un regim juridic specific și cu o destinație economică proprie³⁴. Constituie bun propriu, potrivit art. 31 C. familiei, valoarea care reprezintă și înlocuiește un bun propriu *sau bunul în care a trecut această valoare*. Reglementarea din art. 31 C. familiei este reluată în art. 340 lit. g al Noului Cod civil, care reglementează ca bun propriu „bunurile, sumele de bani sau orice valori care înlocuiesc un bun propriu, precum și *bunul dobândit în schimbul acestora*”. În acest caz, valoarea sau bunul ar intra în masa bunurilor proprii în temeiul subrogației reale cu titlu universal³⁵. Astfel, consacrarea datorii de valoare în cadrul raporturilor patrimoniale dintre soți își găsește fundament în prevederile art. 340 lit. g din Noul Cod civil care, ca și fostul art. 31 din Codul familiei, se referă la *valoarea* bunului.

O dispoziție similară se regăsește și în Codul civil italian³⁶, dar cu obligația de a prevedea expres în actul de cumpărare sau de schimb faptul că fondurile sau bunurile sunt proprii.

Subrogația reală cu titlu universal servește astfel ca mijloc de dovadă și de delimitare între masele patrimoniale, deoarece potrivit Noului Cod civil, ca și potrivit Codului familiei, bunurile dobândite în timpul căsătoriei sunt comune, cât timp nu se dovedește că este vorba despre un bun propriu³⁷.

12. În dreptul român se admite că subrogația reală poate opera și parțial. Astfel, în cazul în care bunul este dobândit în parte din fonduri proprii și în parte din fonduri comune, bunul va fi propriu în măsura corespunzătoare valorii proprii încorporate, iar ceea ce excede acestei contribuții intră în comunitatea de bunuri³⁸. Consumarea, uzura fizică sau morală a bunului propriu și înlocuirea sa cu unul nou, în care însă nu s-a încorporat valoarea bunului propriu inițial nu sunt de natură să antreneze mecanismul subrogatoriu și conservarea calității de bun propriu al celui de înlocuire.

De asemenea, este nuanțată problema reparațiilor și îmbunătățirilor efectuate în timpul căsătoriei cu mijloace comune asupra unui bun propriu. În principiu, acesta își păstrează apartenența la masa bunurilor proprii, dar sporul de valoare înregistrat ca urmare a lucrărilor efectuate din fonduri comune va fi comun. Esențial este însă ca bunul să fi înregistrat o creștere valorică și să nu fie vorba despre lucrări de reparații impuse de uzura normală a bunului, determinată de folosința în comun a acestuia în timpul căsătoriei. În cazul în care lucrările efectuate în timpul căsătoriei asupra bunului propriu din fonduri comune l-au transformat într-o asemenea măsură încât a devenit un bun nou, cu totul deosebit de cel inițial, va fi considerat comun ambilor soți³⁹, soțul proprietar al bunului inițial având dreptul la despăgubire.

Preocuparea de a asigura echilibrul valoric al patrimoniilor în dreptul român al familiei este evidentă și în cazul în care soțul a contribuit cu mijloace proprii, financiare sau materiale, precum materialele de construcții provenite din demolarea unui bun propriu, la renovarea bunului propriu al celuilalt soț. În acest caz, în funcție de convenția dintre părți, în principiu, soțul proprietar al materialelor dobândește un drept de proprietate asupra construcției noi, în cotă-parte determinată în funcție de valoarea materialelor și nu doar un simplu drept de creanță reprezentând contravaloarea acestora⁴⁰. Intră în masa comună partajabilă și valoarea investițiilor efectuate de soți pentru sporirea gradului de confort asupra unui imobil închiriat, deoarece soțul căruia i s-a atribuit beneficiul locațiunii se bucură în continuare de confortul sporit și de eventualele despăgubiri datorate de proprietar⁴¹.

13. Este evidentă, din punctul nostru de vedere, preocuparea jurisprudenței și a doctrinei române de a asigura echilibrul între patrimoniile prin menținerea valorii în timp. Astfel, în absența unei prevederi legale, este consacrat pretorian mecanismul legării întinderii creanței de soarta patrimonială a bunului în care este încorporată. Dobândind o cotă-parte din bunul comun, soțul care a utilizat mijloace proprii pentru construirea sau repararea acestuia nu riscă – în special după mulți ani de căsătorie – o despăgubire modică. Valoarea proprie ce servește comunității matrimoniale urmează valoarea bunului în care s-a încorporat, oscilând odată cu aceasta sau dispărând în cazul în care bunul piere fortuit.

Însă, în contextul în care încercarea de menținere a valorii în timp în cadrul raporturilor patrimoniale dintre soți s-a realizat prin intermediul subrogației reale, apare legitimă interogația legată de utilitatea consacării datoriilor de valoare în acest domeniu.

Din punctul nostru de vedere, subrogația reală servește la „acroșarea” creanței de un bun, evitând astfel ca întinderea ei să fie determinată de nominalismul monetar. Este însă lesne de remarcat că momentul concret în care intervine evaluarea este determinat pentru „lichidarea” creanței, exprimarea ei monetară în vederea plății. Bunul poate fi evaluat la momentul transferului patrimonial, la cel al partajului sau la o dată intermediară. Datoria de valoare are rolul de a stabili regula evaluării la momentul partajului sau – în măsura posibilității – cât mai aproape de momentul plății efective. Acest mecanism evită nominalismul monetar prin posibilitatea evaluării succesive a creanței, în cazul în care o asemenea evaluare este necesară. În absența prorogării momentului evaluării, simpla subrogație nu este suficientă pentru a asigura menținerea valorii în timp. În cazul în care se menține regula determinării întinderii creanței la momentul nașterii ei, faptul că valoarea utilizată (exprimată în bani sau într-un bun) intră în masa patrimonială din care a ieșit nu este de natură, prin ea însăși, să diminueze efectele fluctuațiilor valorice ale monedei.

Soluțiile enunțate au fost desprinse de jurisprudență în perioade de relativă stabilitate monetară. Având în vedere durata îndelungată a litigiilor, cristalizarea întinderii creanței la momentul introducerii cererii de chemare în judecată asigură doar o contracarare parțială a fluctuațiilor monetare, putând chiar să reprezinte o primă de încurajare a debitorului în sensul de a evita executarea voluntară în natură. Or, așa cum vom arăta cu ocazia analizei intervenției legislative franceze de consacrare a datoriilor de valoare în cadrul raporturilor patrimoniale dintre soți, determinarea întinderii creanței de despăgubire presupune adesea operațiuni complexe de evaluare.

Pentru a da expresie deplină imperativului menținerii valorii în timp, de exemplu, cuantumul despăgubirii soțului în cazul în care bunul său propriu a fost transformat în asemenea măsură încât poate fi considerat un bun nou ar trebui, în opinia noastră, evaluat la data partajului, în funcție de starea bunului de dinaintea lucrărilor de reparații. Întinderea despăgubirii în cazul în care soțul a contribuit cu fonduri proprii la lucrări de reparare sau de construcție asupra unui bun comun urmează la rândul ei, așa cum am arătat, valoarea bunului în care s-a încorporat, valoare care ar urma să fie determinată tot la momentul partajului efectiv. De asemenea, în vederea stabilirii întinderii obligației de restituire către masa bunurilor comune, sporul de valoare adus unui bun propriu cu mijloace comune va fi determinat tot în raport de data partajului efectiv.

14. Noul Cod civil român face și el aplicația mecanismului subrogației reale, însă în cadrul regimului matrimonial al separației de bunuri, prevăzând că în cazul în care unul dintre soți încheie singur un act prin care dobândește un bun folosindu-se în tot sau în parte de bunuri aparținând celuilalt soț, acesta din urmă poate alege, *în proporția bunurilor proprii* folosite fără acordul său, între a reclama pentru sine proprietatea bunului achiziționat și a pretinde daune-interese de la soțul dobânditor⁴². Actul normativ nu prevede însă reguli speciale privind întinderea acestor daune-interese și nici situația în care transferul valoric operează între comunitatea matrimonială și masa bunurilor proprii sau invers.

Spre deosebire de dreptul francez, în care fructele bunurilor proprii, inclusiv economiile realizate cu ajutorul acestora intră în masa comună a bunurilor⁴³, trebuind evaluată (pentru a fi adusă la masa partajabilă) inclusiv munca efectuată de un soț pentru renovarea unui bun propriu, al său sau al soțului⁴⁴, Noul Cod civil român prevede că fructele bunurilor proprii intră în categoria masei patrimoniale proprii⁴⁵.

5. Rolul accesunii în cadrul dreptului român al familiei.

15. Este admis în general că atunci când un proprietar se îmbogățește prin încorporarea în bunul său a unui element aparținând unui terț, are obligația de a-l

despăgubi pe acesta pentru avantajul pe care i l-a procurat și pentru îmbogățirea de care s-a bucurat în acest mod. Accesiunea – mod de dobândire a proprietății – nu se limitează însă la raporturile dintre proprietar – terț⁴⁶, ci despăgubirea este datorată ori de câte ori intervine „îmbogățirea unui patrimoniu pe cheltuiala altuia, dacă această deplasare valorică este injustă și fără cauză”⁴⁷. În dreptul francez, o asemenea obligație intervine și în cadrul comunității matrimoniale în temeiul îmbogățirii fără justă cauză, principiul fiind cel al echilibrului celor trei mase patrimoniale⁴⁸, în condițiile în care evenimentele vieții conjugale stabilesc în mod inevitabil un flux și un reflux valoric⁴⁹. Acest echilibru este asigurat în dreptul francez prin *teoria recompenselor*; cu ajutorul lor, niciunul din patrimoniul nu se poate îmbogăți sau însărăci injust fără a i se acorda o compensație, o despăgubire cu ocazia lichidării comunității. Dar „pentru că această compensație se plătește în bani, o condiție este necesară pentru funcționarea acestui echilibru: stabilitatea monedei”⁵⁰.

Însă, în două domenii similare (recompensele datorate în cadrul regimului comunității și accesiunea), principiul civil al determinării întinderii creanței la momentul nașterii sale este respectat, asigurându-se în același timp și echivalența valorică prin faptul că despăgubirea reprezintă expresia monetară a unei valori incluse într-un bun.

16. În situația construcțiilor edificate de un singur soț sau de către comunitate asupra terenului bun propriu al celuilalt soț, problemele dreptului de proprietate și a despăgubirilor aferente sunt rezolvate în dreptul român contemporan conform regulilor accesiunii imobiliare. Ca regulă generală, construcția ridicată în timpul căsătoriei, cu mijloace comune, asupra terenului aflat în proprietatea exclusivă a unuia dintre soți, cu acordul acestuia, este bun comun, soțul neproprietar dobândind asupra terenului un drept de suprafață⁵¹. Soluția este aceeași în cazul unor construcții alăturate, învecinate sau suprapuse unei construcții vechi, bun propriu al unuia dintre soți.

În cazul în care soțul, întrebuițând mijloace comune, ridică o construcție (o lucrare cu caracter durabil) pe terenul celuilalt soț, fără consimțământul sau chiar împotriva voinței acestuia, el va fi considerat un constructor de rea-credință⁵². Astfel, dacă soțul proprietar asupra terenului invocă accesiunea, va dobândi proprietatea asupra construcției, având obligația de a plăti – din fonduri proprii, la alegerea sa – jumătate din prețul materialelor și al muncii utilizate pentru ridicarea acesteia ori din sporul de valoare adus imobilului (art. 582 alin. 1 lit. a Noul Cod civil). În cazul în care soțul proprietar asupra terenului solicită ridicarea construcției și plata de daune-interese pentru prejudiciile cauzate, soțul constructor de rea-credință va trebui să procedeze corespunzător. Nu se precizează în general dacă soțul-constructor de rea-credință va trebui să își îndeplinească aceste obligații din fondurile proprii sau, având în vedere mijloacele comune utilizate pentru realizarea construcției, din fonduri comune.

Apreciem că fiind vorba despre reaua sa credință, pentru îndeplinirea obligațiilor va trebui să utilizeze mijloacele aparținând masei patrimoniale a bunurilor proprii. Soluția este neîndoielnică în ceea ce privesc daunele-interese pentru prejudiciile cauzate prin edificarea construcției, având în vedere că temeiul acestora este răspunderea civilă delictuală, personală.

Soluțiile urmează aceeași logică, fiind guvernate de principiul accesunii, și în cazul în care edificarea construcției se realizează de către un soț cu mijloace proprii pe terenul proprietate comună, de soți cu mijloace comune sau proprii pe terenul unui terț sau de terț pe terenul proprietatea soților⁵³.

17. Și în dreptul român s-a manifestat, așadar, preocuparea pentru menținerea valorii în timp în cazul transferurilor patrimoniale dintre masa bunurilor comune și masa bunurilor proprii fiecăruia dintre soți. S-a recurs, în acest scop, fie la subrogația reală, care prezintă avantajul caracterului automat, fie la teoria accesunii, cu dezavantajul diferențierii creanței de restituire în funcție de buna sau reaua-credință a celui care ridică o construcție, o lucrare sau o plantație pe terenul celuilalt.

În ceea ce ne privește, apreciem că recurgerea la subrogația reală și la înlocuirea simplului drept de creanță cu un drept real nu sunt suficiente pentru realizarea acestui obiectiv în cazul în care stabilirea întinderii obligației de restituire nu se realizează la un moment cât mai apropiat de cel al plății efective, respectiv prin așa-numita întârziere în evaluare. Tehnica datoriilor de valoare apare astfel ca necesară pentru a asigura – cu ocazia lichidării regimului matrimonial – menținerea valorii în timp și echilibrul inițial dintre masele de bunuri. Echilibrul între masele patrimoniale trebuie să se manifeste pe tot parcursul căsătoriei, dar nerespectarea acestui principiu și favorizarea valorică a unei mase patrimoniale în detrimentul alteia devin evidente cu ocazia partajului. Se impune astfel aprecierea succintă a regulilor aplicabile în dreptul român împărțirii bunurilor comune pentru a vedea dacă și în ce măsură, în absența unor prevederi exprese, doctrina și jurisprudența română au fost favorabile datoriilor de valoare.

18. Împărțirea bunurilor comune ca urmare a desfacerii căsătoriei, poate avea loc în dreptul român prin act autentic notarial sau prin hotărâre judecătorească (art. 355 din Noul Cod civil). Sub imperiul fostei reglementări, se considera că în masa de împărțit intră bunurile comune dobândite de soți în timpul căsătoriei, existente la data cererii de partaj⁵⁴. La rândul său, art. 357 din Noul Cod civil prevede că fiecare dintre soți preia bunurile sale proprii, după care se va proceda la partajul bunurilor comune și la regularizarea datoriilor.

În contextul fostei reglementări se considera că, odată cu desfacerea căsătoriei, proprietatea în devălmășie se transforma de drept în proprietate comună pe cote-părți, urmând a i se aplica regimul acesteia⁵⁵. La momentul actual, Noul Cod civil

prevede expres că până la finalizarea lichidării, comunitatea subzistă atât în privința bunurilor, cât și în privința obligațiilor (art. 355 alin. 2). De asemenea, în cazul în care regimul comunității de bunuri încetează prin desfacerea căsătoriei, foștii soți rămân coproprietari în devălmășie asupra bunurilor comune până la stabilirea cotei-părți ce revine fiecăruia.

Din punct de vedere al mecanismului datoriiilor de valoare prezintă interes numai partajul judiciar al bunurilor comune, doctrina și jurisprudența română stabilind de-a lungul timpului o serie de criterii privind evaluarea acestora. În primul rând, instanța va lua act de recunoașterile părților cu privire la existența și valoarea bunurilor. Evaluarea judiciară privește bunurile rămase în dispută, după ce au fost lămurite aspectele ținând de existența acestora și de calitatea lor de bun comun. Bunurile vor fi evaluate luându-se în considerare valoarea de circulație a acestora la data judecării și nu prețul de cumpărare sau valoarea lor de la momentul achiziției⁵⁶. Pentru reflectarea adecvată a echilibrului dintre diversele mase de bunuri, apreciem că valoarea venală urmează a fi stabilită prin raportare la data partajului efectiv și nu la data cererii de chemare în judecată. Prețul de circulație poate fi stabilit prin orice mijloc de probă admis de lege, fiind posibil și ca părțile să achieseze la valori inferioare celei de circulație⁵⁷.

Similar, în dreptul francez se admite că se va determina la data hotărârii judecătorești de divorț compunerea mase comunității matrimoniale, valoarea bunurilor ce compun această masă partajabilă fiind determinată la data hotărârii de partaj, ținând cont de modificarea acestor bunuri în perioada de indiviziune post-comunitară⁵⁸. Între data divorțului și cea a hotărârii de partaj, dacă acestea intervin la momente diferite, indiviziunea post-comunitară poate cunoaște un spor valoric datorită fructelor bunurilor comune sau ca efect al subrogației reale survenită în activul indiviziunii.

De asemenea, în dreptul spaniol s-a considerat că, în vederea partajului, bunurile care au aparținut comunității matrimoniale trebuie apreciate în funcție de valoarea lor reală, efectivă (de circulație) la acest moment, în caz contrar soțul căruia i s-a atribuit un anumit bun îmbogățindu-se injust⁵⁹.

19. În vederea stabilirii valorii de circulație a bunului sunt luate în considerare toate criteriile utile, precum prețurile practicate în zonă pentru construcții sau terenuri similare, în funcție de materialele încorporate, riscul seismic, gradul de finisare și de confort, locul situării⁶⁰ etc. (în ceea ce privesc construcțiile), respectiv categoria de folosință, natura și proprietățile solului, gradul de fertilitate, relieful, amplasamentul față de construcții sau căile de acces etc. (în ceea ce privesc terenurile)⁶¹. În practică, evaluarea bunurilor se realizează printr-un raport de expertiză, care va indica și dacă bunurile sunt comod partajabile în natură.

De asemenea, se apreciază că fac obiectul acțiunii de împărțeală și fructele bunurilor comune percepute de către unul dintre soți după rămânerea definitivă a hotărârii prin care s-a desfășurat căsătoria⁶².

În ceea ce privesc autoturismele, în cazul în care bunul a fost folosit în mod exclusiv de către unul dintre soți după despărțirea lor în fapt, se consideră că valoarea care trebuie luată în calcul este cea a bunului de la data despărțirii în fapt și nu cea de la data partajului sau a eventualei înstrăinări ulterioare de către soțul care îl folosea⁶³. Astfel, acesta este ținut să suporte diminuarea valorică a autoturismului prin uzură sau ca urmare a unui accident. Din punctul nostru de vedere, pentru a asigura deplina echivalență între patrimonii, ar fi mai corectă aplicarea în această ipoteză a tehnicii datoriiilor de valoare, în sensul aprecierii valorii bunului în starea de la data despărțirii în fapt la valoarea de la data partajului (a hotărârii judecătorești).

20. Analiza succintă a regulilor aplicabile raporturilor patrimoniale ale familiei ne permite să constatăm că jurisprudența și doctrina română au fost favorabile luării în considerare a valorii reale („valoarea de circulație actualizată”) a bunurilor, la un moment cât mai apropiat de cel al plății efective (cel mai frecvent, cel al hotărârii judecătorești de partaj). Raporturile adesea îndelungate dintre soți obligă la menținerea echilibrului (patrimonial) dintre aceștia, ținând cont atât de sporul de valoare sau de diminuarea valorică fortuite (determinat de cursul pieței sau de hazard), cât și a celor rezultate din fapta unuia dintre soți.

În dreptul francez, menținerea echilibrului patrimonial dintre soți s-a realizat prin consacrarea treptată a datoriiilor de valoare în cazul sumelor de bani ce trebuiau plătite de comunitatea matrimonială masei bunurilor proprii sau invers.

6. Intervenția legislativă franceză de consacrare a mecanismului datoriiilor de valoare.

21. Pentru a concilia dreptul strict și echitatea, legiuitorul francez a intervenit printr-o lege din 17 mai 1960 privind sumele datorate în cazul dobândirii sau restituirii de bunuri făcând obiectul unor drepturi reale sau imobiliare. Prin aceasta, a abandonat regula evaluării creanței la momentul nașterii sale, „întârziind” evaluarea, stabilind că ea se va efectua în ziua plății⁶⁴. Legea nu a enunțat însă un principiu general de evaluare la acest moment a creanțelor având ca obiect o valoare inclusă într-un bun, ci a statuat asupra unor ipoteze precise, dând impresia unui „hazard și nu a unei voințe de realiza o sistematizare”⁶⁵. De asemenea, ea nu viza și recompensele (despăgubirile) datorate în raporturile din cadrul comunității matrimoniale, astfel că doctrina franceză a încercat extinderea ei prin similitudine de raționament cu ipoteza accesunii, extindere respinsă

însă de jurisprudență. Treptat, însă, o serie de decizii care au subliniat „injustiția și caracterul ilogic” al nominalismului monetar au „provocat” intervenția legislativă – în sensul valorist - din 13 iulie 1965 privind reforma regimurilor matrimoniale⁶⁶.

Actul normativ, pe lângă sporirea atribuțiilor soției asupra bunurilor comune, a stabilit un nou regim al raporturilor dintre patrimoniile persoanelor căsătorite și comunitate, respectiv o nouă tehnică de calcul a sumelor datorate între aceste patrimonii, denumite *recompense*. Articolul 1469, rezultat din intervenția legislativă din 1965, utilizează trei expresii: *valoarea împrumutată*, *profit subzistent* (care nu aveau nicio conotație tehnică în teoria clasică a recompenselor) și *cheltuială efectuată* (având anterior doar un sens notarial)⁶⁷.

Potrivit art. 1469 Cod civil francez, în principiu, recompensa este egală cu cea mai mică dintre cele două sume reprezentate de cheltuiala efectuată și profitul subzistent. Totuși, ea nu poate fi mai mică decât quantumul cheltuielii efectuate, atunci când aceasta a avut caracter necesar.

De asemenea, potrivit art. 1469 alin. 3 Cod civil francez, recompensa nu poate fi mai mică decât profitul subzistent atunci când *valoarea împrumutată a servit la dobândirea, conservarea sau ameliorarea unui bun care se regăsește la momentul lichidării comunității*⁶⁸ în patrimoniul împrumutat. Dacă bunul dobândit, conservat sau căruia i s-au adus îmbunătățiri a fost înstrăinat în timpul comunității, profitul subzistent este evaluat la data înstrăinării, iar dacă un nou bun s-a subrogat celui înstrăinat, profitul subzistent se determină prin raportare la bunul subrogat⁶⁹. Din acest punct de vedere, datoria de valoare funcționează chiar dacă obligația inițială era pecuniară, o sumă de bani concretă („valoarea împrumutată”⁷⁰), care însă a servit la dobândirea unui bun ce se regăsește la data partajului în patrimoniul beneficiar. Într-un exemplu evident, dacă suma de bani proprie unuia dintre soți a servit la dobândirea a ½ din bunul intrat în masa comunității matrimoniale, fiind dobândit în timpul căsătoriei, soțul creditor va avea dreptul – potrivit teoriei recompenselor – la profitul subzistent prin raportare la bunul subrogat, așadar la valoarea reprezentând ½ din valoarea reală, actuală (prețul de circulație) a bunului în cauză la data partajului.

Ideea nu este străină nici dreptului român, considerându-se însă în mod direct (în temeiul subrogației) că soțul creditor dobândește o cotă-parte din bun ca fiind propriu, corespunzător cu contribuția sa la achiziția bunului în cauză⁷¹.

22. Mecanismul datoriilor de valoare a fost extins de legiuitorul francez printr-o lege din 23 decembrie 1985 și la creanțele dintre soți, respectiv cele care vizau transferurile valorice între masele patrimoniale proprii ale soților din regimul comunității legale sau ale maselor personale ale soților din regimul separației de bunuri⁷². Astfel, această tehnică se va aplica în cazul tuturor deplasărilor de valoare, fie dinspre masa bunurilor proprii spre cea comună, fie între masele de bunuri proprii ale soților, dar numai în privința creanțelor de investiție⁷³.

Teoria recompenselor a fost dezvoltată de către notarii francezi în cazul comunității de bunuri, ca un procedeu tehnic destinat să împiedice la momentul lichidării comunității diminuarea sau creșterea masei bunurilor comune în profitul sau pe cheltuiala masei patrimoniale proprii a unuia dintre soți. Ulterior, alineatul 3 al art. 1469 C. civil francez a formulat principiul și conținutul recompensei, atunci când aceasta ia naștere cu ocazia dobândirii unui bun existent încă (la data lichidării⁷⁴) în masa îmbogățită. Prin ipoteză, există o cheltuială, o valoare împrumutată între masele patrimoniale și o îmbogățire – un „profit”.

Legiuitorul francez a consacrat termenul de *recompensă* pentru a desemna suma de bani datorată între masele patrimoniale, pe care legiuitorul român o denumește adesea despăgubire, sultă sau daune-interese. Pentru a evita ideea unei răspunderi ce intervine între soți, în realitate fiind vorba despre o *obligatie de restituire*, dar și pentru că în dreptul francez recompensele urmează un regim legal propriu, vom utiliza în cele ce urmează acest termen.

7. Regimul legal specific al stabilirii recompenselor datorate între masele de bunuri în cadrul regimurilor matrimoniale.

23. Respectând ca punct de pornire regulile îmbogățirii fără justă cauză, principiul este că recompensa este egală cu cea mai mică dintre cele două sume – cheltuiala efectuată sau profitul subzistent. Patrimoniul care a finanțat o „investiție” este îndreptățit la sporul de valoare înregistrat de patrimoniul împrumutat, fie că este vorba despre o îmbogățire veritabilă, fie că aceasta este limitată la suma nominală⁷⁵. Astfel, regula aplicabilă în cazul recompenselor ar reprezenta doar o aplicație particulară a teoriei generale care remediază pe calea *actio de in rem verso* îmbogățirea fără cauză a unui patrimoniu în dauna altuia⁷⁶, recompensa fiind la rândul ei dublu limitată⁷⁷. Spre deosebire de îmbogățirea fără justă cauză, însă, stabilirea însărăcirii și îmbogățirii nu se raportează la suma de bani transferată inter-patrimonial fără temei, ci la *valoarea în care aceasta s-a încorporat*.

Practica notarială franceză anterioară modificării legislative din 1965 nu compara însă îmbogățirea patrimoniului beneficiar cu însărăcirea patrimoniului-creditor, ci stabilea cuantumul recompensei exclusiv prin raportare la cheltuiala efectuată⁷⁸, apreciată nominal (în bani). Astfel, recompensa datorată pentru bunurile transferate *în valoare* din patrimoniul propriu în cel comun sau invers ignora creșterea sau diminuarea acesteia. Evaluarea cheltuielii efectuate se plasa întotdeauna la momentul actului care a condus la îmbogățirea uneia din masele patrimoniale în detrimentul alteia, astfel că evaluarea se realiza *ne varietur* în monedă⁷⁹. În deplin acord cu nominalismul

monetar, doar această sumă de bani putea fi solicitată cu titlu de recompensă. Prin excepție, în ceea ce priveau cheltuielile efectuate din veniturile comune în privința bunurilor proprii, se aplica tradiția romană, care distingea între cheltuielile necesare, utile și voluptorii. Quantumul recompensei era egal cu cheltuiala efectuată, dacă aceasta era una necesară. Nicio obligație de restituire nu subzista în cazul cheltuielilor voluptorii, iar cheltuielile utile urmau regulile accesunii⁸⁰. Dar, exceptând regimul aplicat cheltuielilor utile, recompensa era determinată prin raportare la quantumul nominal al cheltuielii efectuate la momentul transferului de bogății dintre diferitele mase patrimoniale, fără a fi luată în considerare în vreun fel evoluția ulterioară a acestei valori.

24. Însă, în urma modificării legislative, alineatul 3 al art. 1469 Cod civil francez are calitatea de a urmări evoluția valorii în timp, deoarece pe lângă cheltuiala efectuată – un eveniment situat adesea cu mulți ani în urmă – quantumul recompensei este determinat și în funcție de profitul subzistent în patrimoniul beneficiar, care urmează evoluția valorii împrumutate. Deși principiul enunțat pare să reia regula clasică privind stabilirea recompenselor, determinată de doctrină și jurisprudență, această regulă se aplică în timp, în sensul că în loc să fie apreciată la un singur moment dintr-un anumit interval, ea ține cont atât de situația contemporană nașterii creanței ce concretizează dreptul la recompensă, cât și de cea de la momentul lichidării comunității⁸¹.

S-a considerat că ar fi mult mai adaptată scopului datorii de valoare stabilirea momentului evaluării la data lichidării recompensei⁸², de vreme ce întinderea acesteia este determinată atât de cheltuiala efectuată, cât și de profitul subzistent. Astfel se realizează deplina adecvare la data plății, ca datorie de valoare, între cheltuială și profitul subzistent, cu condiția absenței conduitei culpabile a soțului și fără a se putea ține cont, în determinarea întinderii obligației de plată, de sporul de valoare care decurge din fapta acestuia. Fiind vorba despre o datorie de valoare, quantumul nominal al acesteia variază pentru a exprima cu cât mai mare acuratețe valoarea reală a obiectului în funcție de care se determină întinderea obligației⁸³.

În cazul deprecierei monetare constante, masa debitoare preia toate riscurile economice, profitul subzistent fiind apreciat la data lichidării comunității. Dimpotrivă, în cazul în care circumstanțele economice conduc la acest moment la un preț de circulație al bunului inferior valorii în bani împrumutate, această sumă va face obiectul obligației de restituire, la nivelul de la data transferului inter-patrimonial⁸⁴. De exemplu, în toate circumstanțele, în cazul în care cheltuiala necesară efectuată prin transferul valoric între masele patrimoniale nu mai subzistă în masa beneficiară, ea trebuie restituită, chiar dacă la momentul lichidării regimului matrimonial nu se mai regăsește sub forma unui profit⁸⁵.

Atunci când „valoarea împrumutată” a servit la dobândirea, conservarea sau ameliorarea unui bun care se mai găsește încă în patrimoniul împrumutat, recompensa nu poate fi mai mică decât profitul subzistent, chiar dacă acesta reprezintă cea mai mare dintre cele două sume (situație frecventă în perioadele de depreciere monetară).

Recompensa este o creanță în valoare prin modul său de calcul, valoarea fiind reprezentată de profitul subzistent (cea a bunului care se mai regăsește în patrimoniul împrumutat)⁸⁶. De altfel, textul Codului civil francez nu utilizează termenul de „sumă”, ci de „valoare” împrumutată⁸⁷ – care ar trebui așadar restituită tot în valoare.

25. Valoarea împrumutată desemnează în concret valoarea contabilă înregistrată de masa beneficiară de la o altă masă de bunuri, în cursul comunității, cu obligația restituirii la finalul acesteia. În măsura în care această valoare s-a concretizat într-un bun determinat, profitul subzistent se va aprecia prin raportare la acesta. În acest caz, valoarea împrumutată se încorporează în bun, nefiind reprezentată de simpla sumă de bani. Dacă însă valoarea împrumutată nu poate fi identificată decât ca o sumă de bani, obligația de restituire poartă doar asupra acesteia, nefiind susceptibilă de un profit subzistent. Acesta se raportează la transferul valoric dintre masele patrimoniale, materializat într-un bun, adesea precis determinat⁸⁸. Cel puțin măsura în care acest bun depășește prețul plătit pentru dobândirea lui constituie în sens tehnic un profit, a cărui valoare poate crește sau scădea în cursul comunității. Profitul subzistent se determină astfel prin raportare la valoarea bunului din momentul lichidării comunității.

Cel mai frecvent, în perioade de depreciere monetară, prețul bunului va suferi o creștere considerabilă, astfel că determinarea profitului subzistent prin raportare la valoarea actuală a bunului restabilește echitatea între patrimoniul debitor – însărcit - și cel creditor, beneficiar al îmbogățirii cu mijloacele oferite de cealaltă masă patrimonială. Conjunctura poate însă influența profitul subzistent independent de fluctuațiile monetare, de exemplu valoarea unui teren poate crește substanțial datorită extinderii unei localități, a construirii unei autostrăzi sau a înființării a unei stațiuni; de asemenea, valoarea bunului poate scădea datorită uzurii sau demodării acestuia.

Creșterea sau scăderea valorii bunului se pot prelungi și după încetarea căsătoriei și a comunității matrimoniale, în cadrul indiviziunii post-comunitare care, până la lichidare și partaj, rămâne distinctă de cele două patrimonii proprii.

26. Pentru ca regula valoristă să funcționeze, valoarea împrumutată trebuie să fi servit însă la fixarea, în patrimoniul împrumutat, a unui element pozitiv, un profit în natură, concretizat în dobândire, ameliorare sau conservare⁸⁹. Mecanismul datoriei de valoare intervine așadar – pentru stabili întinderea obligației la data restituirii – nu doar atunci când exprimă în mod direct valoarea bunului, ci și atunci când expresia primară a acesteia este monetară, stabilită în bani, dar suma în cauză poate fi legată de „soarta economică” a unui bun.

Aplicarea practică a formulei prevăzute de alineatul 3 al art. 1469 C. civil francez a condus însă la constatarea că în unele cazuri sunt necesare reevaluări succesive pentru calculul profitului subzistent, recompensa reprezentând o datorie de valoare, care determină alegerea proporției reevaluabile⁹⁰.

Ideea elementară de la care se pornește în calculul recompensei este aceea că în toate cazurile în care patrimoniul creditor nu a contribuit decât în parte la dobândirea operată în patrimoniul debitor, profitul subzistent în cadrul său nu este reprezentat de integralitatea îmbogățirii, ci doar de fracțiunea acesteia obținută grație cheltuielii făcute de primul patrimoniu⁹¹. O cheltuială pentru dobândirea unui bun propriu, făcută în parte cu contribuția comunității, are ca efect includerea în acest bun a unei *valori comune*. Dimpotrivă, o cheltuială pentru dobândirea unui bun comun, făcută în parte cu contribuția unuia dintre soți din cadrul bunurilor sale proprii, are ca efect includerea în acest bun a unei *valori proprii*. Această valoare trebuie să păstreze marca originii sale, indiferent de soarta bunului în care s-a integrat. Prin acest mod de calcul, recompensa tinde la menținerea echilibrului valoric între masele patrimoniale, restituind împrumuturile realizate între comunitate și masa bunurilor proprii ale soțului. Deoarece valoarea împrumutată poate consta fie în bani, fie într-un bun în natură, restituirea prin intermediul recompensei se poate realiza printr-o singură operațiune sau printr-o dublă contribuție.

a) Recompensa rezultă dintr-o singură operațiune.

27. Deși reprezintă în aparență una din ipotezele cele mai simple, atunci când patrimoniul creditor al recompensei nu a contribuit decât în parte la dobândirea realizată de patrimoniul-debitor, determinarea fracțiunii de îmbogățire obținute cu ajutorul valorii împrumutate duce la interpretări diferite. Într-o primă opinie, profitul subzistent este reprezentat de valoarea părții de bun dobândită cu ajutorul sumelor de bani comune de la data lichidării, dacă sporul de valoare între momentul achiziției bunului și cel al lichidării comunității se datorează în exclusivitate circumstanțelor economice⁹². Dacă unul din soți a dobândit jumătate dintr-un imobil cu ajutorul unor sume împrumutate de comunitate, în condițiile în care era deja proprietar în indiviziune asupra celeilalte jumătăți⁹³ (prețul de vânzare fiind de 100 000 Ron, iar cheltuielile vânzării de 5 000 Ron – contribuția comunității fiind de 105 000 Ron), iar valoarea bunului la data dobândirii era de 200 000 Ron, dacă la data lichidării, imobilul – ca urmare a circumstanțelor economice – valorează 600 000 Ron, comunitatea ar avea dreptul la o recompensă egală cu valoarea a jumătate din imobil, respectiv 300 000 Ron.

Este soluția simplă întâlnită în general și în jurisprudența română⁹⁴.

28. Acestui raționament i s-a reproșat însă că nu ține cont de integralitatea contribuției în valoare furnizate de comunitate (care, în exemplul anterior, privește și o parte din cheltuielile de vânzare), în condițiile în care cauza recompensei este cheltuiala efectuată, dar obiectul obligației de recompensă constă în valoarea împrumutată, astfel că recompensa trebuie să permită „regăsirea” acestor valori inclusă în bunul dobândit⁹⁵. S-a recurs astfel la un raționament diferit, constând că – în exemplul dat – comunitatea ar fi dobândit 105/200 din bun, astfel că recompensa ar trebui stabilită la 105/200 din valoarea actuală a bunului din momentul lichidării⁹⁶, respectiv 315 000 Ron.

29. La rândul său, acestui raționament i s-a reproșat faptul că ar permite dobândirea a 105/200 din bun, deși în fapt s-a achiziționat doar jumătate din acesta⁹⁷. În realitate, însă, textul legal francez nu impune ficțiunea dobândirii de către comunitate a unei cote oarecare din bun (bunul este și rămâne propriu, chiar dacă a fost achiziționat în parte cu mijloace comune); pentru nașterea dreptului la recompensă (despăgubire) fiind suficient ca valoarea împrumutată să fi servit la dobândirea bunului. Valoarea reprezintă o fracțiune din imobil, detașată de suma de bani din care provine și inclusă în bun, trebuind să profite de orice spor de valoare decurgând din circumstanțele economice și monetare înregistrat de bunul de referință, prin raportare la care se calculează profitul subzistent⁹⁸. De îndată ce valoarea inclusă reprezintă 105/200 din valoarea bunului la momentul nașterii obligației, această valoare trebuie reevaluată, în aceleași proporții, la momentul lichidării, pentru a asigura creditorului recompensei „aceeași stabilitate și aceeași eficacitate ca un drept real purtând direct asupra bunului”⁹⁹.

Așadar, dacă primei concepții i se reproșă că reduce contribuția comunității (prin ipoteză, la jumătatea dobândită prin actul de cumpărare, deși valoarea împrumutată a fost mai mare, incluzând și cheltuielile vânzării), cea de-a doua concepție suportă reproșul în sens invers, permițând comunității să dobândească mai mult decât cumpărătorul bunului. De aceea, celei de-a doua concepții i s-a adus corectivul în sensul aprecierii contribuției comunității nu prin raportare la valoarea bunului de la momentul dobândirii, ci la prețul real de cumpărare efectiv plătit¹⁰⁰, conform principiului potrivit căruia conținutul obligației de plată a recompensei trebuie determinat la momentul nașterii sale. În exemplul dat valoarea împrumutată reprezintă 105/205 din prețul de achiziție, ceea ce creează pentru creditor dreptul la o recompensă de 105/205 din prețul imobilului din ziua lichidării obligației. Dacă la acest moment imobilul are o valoare venală de 600 000 Ron, recompensa datorată comunității va fi de 307 317,07 Ron. La rândul său, soluția a fost criticată, cu argumentul că în cazul în care valoarea unui imobil achiziționat se dublează în timp, acest fapt nu atrage automat dublarea cheltuielilor accesorii (legate de încheierea actului)¹⁰¹. În ceea ce ne privește, avem rezerve față de această opinie, având în vedere faptul că unele din aceste cheltuieli accesorii se stabilesc ca un procent din valoarea bunului în cauză.

Acest sistem intermediar, pe lângă adevărul conținut de maxima „*in medio stat virtus*”, ar prezenta avantajul reevaluării exacte, la momentul lichidării, a sumei de bani împrumutate la momentul nașterii obligației de recompensă, reprezentând „expresia monetară a întregii valori incluse în prețul de achiziție”¹⁰². Sistemul traduce, conform teoriei datoriilor de valoare, valoarea reală exprimată în putere de cumpărare a creanței de recompensă, care avea de la momentul nașterii sale o expresie monetară.

b) Reevaluarea recompensei rezultată dintr-o dublă contribuție.

30. Această dublă contribuție presupune pe de-a parte cea în natură a unuia dintre soți, care realizează un schimb, respectiv cea constând într-o sumă de bani provenită de la comunitate. Astfel, prin ipoteză, un soț proprietar al unui imobil de 100 000 Ron îl schimbă în cursul căsătoriei pentru un altul, valorând 150 000 Ron; comunitatea achită diferența de 50 000 Ron și partea de cheltuieli aferente schimbului ce revine soțului care a realizat această operațiune, de 20 000 Ron. Diferența de preț fiind inferioară valorii bunului cedat, imobilul dobândit în urma schimbului rămâne bun propriu al soțului, cu obligația de a recompensa comunitatea (art. 1407 Cod civil francez). Potrivit alineatului 3 al art. 1469 Cod civil francez, pentru calculul recompensei trebuie să se țină cont de profitul subzistent. Și în această ipoteză, orientările doctrinare și soluția reținută sunt aceleași ca în cazul recompensei rezultată dintr-o singură operațiune¹⁰³.

31. Prima soluție constă în compararea sumei totale plătite de comunitate (70 000 Ron) cu valoarea imobilului dobândit în urma schimbului (150 000 Ron), concluzionând că, deoarece astfel comunitatea ar fi dobândit 70/150 din valoarea imobilului, recompensa datorată este egală cu 70/150 din valoarea imobilului în cauză la momentul lichidării creanței¹⁰⁴. Soluția a fost respinsă, deoarece comunitatea este favorizată nejustificat în detrimentul soțului și funcționarea subrogației reale este astfel bulversată. Mai mult, teoria recompenselor dă dreptul creditorului doar la valoarea reală a prestației sale exprimată în putere de cumpărare, la „întreaga valoare dar numai la aceasta”¹⁰⁵. Recompensa nu trebuie să conducă nici la îmbogățirea, nici la însărăcirea creditorului ci – chestiune extrem de delicată uneori – la menținerea justului echilibru al maselor patrimoniale.

32. Cea de-a doua soluție constă în compararea valorii imobilului cedat cu cea a imobilului dobândit în urma schimbului pentru a determina fracțiunea din acesta care a fost dobândită prin mijloacele comunității (în exemplul dat, această fracțiune este de 100/150, respectiv 2 treimi au fost dobândite prin mijloace aparținând soțului, respectiv o treime prin cele ale comunității)¹⁰⁶. Deși este în general admisă, această

soluție este criticată chiar de autorii ei, deoarece comunitatea nu a vărsat doar diferența de preț de 50 000 Ron, ci și cheltuielile schimbului. În concluzie, ar trebui comparată contribuția comunității (70 000 Ron) cu cea a soțului (100 000 Ron), ceea ce ar avea ca rezultat reevaluarea efectivă a contribuțiilor respective ale soțului și ale comunității.

În ceea ce ne privește, apreciem că raportarea valorii sumelor împrumutate la cea a imobilului, pentru a stabili proporția ce trebuie restituită la lichidarea raporturilor patrimoniale dintre soți, este cea mai adecvată finalității datorilor de valoare de a menține echilibrul patrimonial. Jurisprudența română a fost mai puțin preocupată de problema cheltuielilor „accesorii” contractului, precum cele necesare pentru autentificarea lui, pentru formalitățile de publicitate imobiliară, pentru plata agentului imobiliar etc. Din acest punct de vedere, apreciem că includerea cheltuielilor pentru încheierea contractului sau a eventualelor sume investite în bun în calculul procentului din valoarea finală a bunului la care este îndreptățit creditorul este o soluție aptă să exprime, la orice moment, raportul corect și concret dintre diferitele mase patrimoniale.

33. Recompensa (creanța celui care a creditat, la un anumit moment, un alt patrimoniu sau o altă masă patrimonială) trebuie să reprezinte, la momentul lichidării comunității, echivalentul monetar al valorii incluse în bun, indiferent dacă este vorba despre o „valoare în natură” (un alt bun, încorporat ca atare sau doar prin echivalent) sau despre o valoare monetară (având o natură specifică, absolut fungibilă). Variabilă și reevaluabilă, valoarea ce măsoară creanța purtând denumirea specifică de recompensă urmează evoluția bunului în care s-a încorporat.

Tehnica datoriei de valoare are meritul de a menține echilibrul între diferitele mase de bunuri, conservând substanța patrimoniilor respective. Astfel concepută, din punctul nostru de vedere, poate fi utilizată cu succes în cazul transferurilor inter-patrimoniale, al deplasării valorilor în cadrul diferitelor mase de bunuri, în vederea menținerii echilibrului între ele și a conservării substanței valorice a acestora.

Chiar dacă nu este denumită ca atare, nici consacrată sub forma unei teorii a recompenselor (a sumelor datorate cu titlu de despăgubire între diferitele mase de bunuri), jurisprudența și doctrina române au utilizat mecanismul datorilor de valoare în cadrul raporturilor patrimoniale dintre soți sau cu ocazia partajului. Așa cum am arătat în partea corespunzătoare dreptului român, întinderea obligațiilor de restituire dintre soți este determinată pe baza valorii încorporate într-un bun dobândit în timpul căsătoriei (materiale de construcție proprii, o parte din preț achitată cu ajutorul bunurilor proprii etc.). Soțul creditor al comunității matrimoniale cu bunurile proprii sau cu prețul acestora beneficiază astfel cu ocazia partajului de valoarea actuală a contribuției sale, în funcție de proporția din bunul comun dobândită cu mijloace proprii.

Doctrina și jurisprudența română au fost mai puțin preocupate, până la acest moment, de cheltuielile accesorii contractului, care în cazul achiziționării unui imobil, de exemplu, pot fi importante. De aceea, apreciem ca util modul de calcul ce ține cont și de acestea ca pondere în valoarea imobilului (care include și cheltuielile), permițând o restituire în quantum real, actual și nu doar nominal.

8. Concluzii

34. Prezentarea doctrinei și jurisprudenței române în materia asigurării echilibrului patrimonial între diferitele mase de bunuri în cadrul regimului comunității, ca și a evoluției doctrinei, jurisprudenței și legislației franceze în domeniu ne prilejuiește câteva concluzii.

Funcționarea datoriilor de valoare este explicată în cadrul regimurilor matrimoniale prin subrogația reală, înțelegând ca tehnică ce permite menținerea unui drept al cărui obiect material a fost distrus sau înstrăinat prin reportarea lui asupra unui bun nou¹⁰⁷. Tehnica datoriei de valoare constă în a considera că obiectul obligației este o valoare inclusă în bun, care poate fi apreciată ca fiind – într-o oarecare măsură – subrogată celei inițiale. Reevaluarea operată în cadrul datoriei de valoare joacă același rol ca subrogația reală¹⁰⁸.

Mecanismul subrogației reale este evident și în cazul în care bunul dobândit, ameliorat sau conservat cu mijloace aparținând altei mase patrimoniale a fost înstrăinat, iar prețul obținut a fost utilizat pentru achiziția altui bun. În acest caz, profitul subzistent este evaluat prin raportare la bunul nou obținut, creanța transferându-se asupra acestuia.

Conservarea valorii este astfel asigurată prin ideea menținerii drepturilor, fără a fi necesar ca toate elementele acestora să fie conservate, fiind suficientă păstrarea caracterelor apte să afecteze bunul nou destinației care se dorește a fi perpetuată¹⁰⁹.

Așa cum am arătat, în cazul dobândirii unui bun parțial cu mijloace proprii și parțial cu mijloace comune, în dreptul român se apreciază bunul va fi propriu în măsura corespunzătoare valorii proprii încorporate, iar ceea ce excede acestei contribuții intră în comunitatea de bunuri¹¹⁰. De asemenea, în cazul în care unul dintre soți dobândește un bun parțial cu o sumă de bani provenită din masa patrimonială a bunurilor proprii ale celuilalt soț, în temeiul subrogației, se consideră că fiecare soț are o cotă parte din bun, corespunzător contribuției la dobândirea acestuia. În dreptul francez însă, potrivit prevederilor art. 1099 – 1 Cod civil francez, în acest caz soțul din al cărui patrimoniu propriu provine suma de bani are doar un drept de creanță (tot la restituirea unei sume de bani), dar aceasta este determinată în funcție de valoarea actuală a bunului¹¹¹. Astfel, creanța nu este determinată nominal definitiv la momentul

nașterii sale (cel al ieșirii din patrimoniul bunurilor proprii), ci este măsurată de valoarea actuală a părții de bun la dobândirea căreia a servit. Această regulă permite atât recuperarea valorică a sumei ieșite din patrimoniul bunurilor proprii, cât și menținerea independenței soțului dobânditor, care va putea să înstrăineze liber bunul în cauză¹¹².

Pentru a da eficiență deplină mecanismului datoriiilor de valoare, momentul evaluării obligației și a exprimării ei nominale a fost reportat la data lichidării recompensei¹¹³.

35. Doctrina română apreciază că evaluarea bunurilor comune în funcție de valoarea de circulație de la momentul judecării se impune în temeiul *principiului echității partajului*¹¹⁴. Astfel, sporul de valoare, rezultat din activitatea părților sau din circumstanțele economice, ca și diminuarea valorică, determinată de uzura bunului sau de contextul economic, profită sau dăunează ambilor soți. Prin excepție, în cazul în care oscilația valorică este rezultatul intervenției exclusive a unuia dintre soți, se va ține cont de acest fapt pentru determinarea exactă a drepturilor fiecărui soț asupra masei bunurilor comune. Deoarece în cazul regimului comunității matrimoniale se urmărește evitarea vidării masei proprii de bunuri în favoarea celei comune, a fost considerat suficient transferul caracterului de bun propriu asupra celui nou dobândit pentru conservarea valorică a masei bunurilor proprii¹¹⁵.

Spre deosebire de Codul civil francez, din care pare a se inspira în materia regimurilor matrimoniale și în pofida jurisprudenței „valoriste” constante în materia raporturilor de familie, Noul Cod civil român nu a reținut, din nefericire, niciuna din prevederile referitoare la transferurile inter-patrimoniale de valori (mai exact, între masa bunurilor proprii și cea comună sau invers) sau la evaluarea bunurilor la data partajului consecutiv divorțului. Soluția la care s-a oprit Noul Cod civil este interesantă dacă ținem cont de faptul că, în același domeniu – cel al dreptului patrimonial al familiei, au fost pe de-o parte consacrate legal datorii de valoare în materia raportului donațiilor (art. 1153¹¹⁶) sau a reducăunii liberalităților excesive (art. 1091 alin. 2) și, pe de altă parte, s-a lăsat doctrinei și jurisprudenței sarcina de a asigura, în raporturile de familie, menținerea valorii în timp și a egalității patrimoniale dintre soți în cazul lichidării comunității de bunuri.

Marele avantaj al reglementării raporturilor patrimoniale dintre soți în Noul Cod civil constă în posibilitatea pe care acesta o lasă soților sau viitorilor soți de a opta pentru unul din regimurile matrimoniale reglementate legal. De asemenea, având în vedere că art. 367 din Noul Cod civil permite, în cadrul comunității convenționale de bunuri, stabilirea prin convenție matrimonială a unor modalități privind lichidarea comunității convenționale, apreciem că soții vor putea stabili în mod expres aplicarea

teoriei datoriilor de valoare – în sensul expus mai sus – pentru bunurile dobândite în timpul acestui regim matrimonial.

În toate cazurile, însă, rămâne jurisprudenței și doctrinei sarcina de a asigura echilibrul patrimonial între soți și masele de bunuri care coexistă în cazul regimurilor comunitare.

* Asistent universitar, Facultatea de Dreptă UBB Cluj-Napoca ; frosioru@law.ubbcluj.ro.

¹ Exemplul cel mai celebru este cel al lui Balzac, *Le contrat de mariage*, intriga fiind centrată asupra stipulațiilor contractului de căsătorie; a se vedea, pe larg, J. Maury, *Le droit patrimonial de la famille dans le roman français du XIX^e siècle*, Mélanges M. Cabrillac, Litec, Paris, 1999, p. 785.

² Analiza relației dintre căsătorie și bani se realizează, de regulă, în cadrul mai larg al analizei regimurilor matrimoniale. A se vedea, pentru dreptul francez, în special: J. Carbonnier, *Flexible droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001, p. 283; R. Cabrillac, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Montchrestien, Paris, 2002, p. 2; A. Colomer, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Litec, Paris, 1998, § 2, p. 3; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Sirey, Paris, 1986, p. 8. Și în dreptul român au existat analize ale regimurilor matrimoniale, atât sub imperiul reglementării anterioare (Codul familiei, care permitea doar comunitatea legală de bunuri) - a se vedea, cu titlu de exemplu: P. Vasilescu, *Regimuri matrimoniale. Parte generală*, Editura Rosetti, București, 2003; C. – M. Crăciunescu, *Regimuri matrimoniale*, Editura All Beck, București, 2000 – cât și după adoptarea Noului Cod civil – a se vedea, cu titlu de exemplu: C. – M. Crăciunescu, *Dreptul de dispoziție al soților asupra bunurilor ce le aparțin, în diferite regimuri matrimoniale*, Editura Universul Juridic, București, 2010; C. Nicolescu, M. Avram, *Regimuri matrimoniale*, Editura Hamangiu, București, 2010.

³ Registrul național notarial al regimurilor matrimoniale a fost organizat prin Ordinul ministrului justiției nr. 1786/C/2011 pentru aprobarea Normelor metodologice privind organizarea și funcționarea Registrului național notarial al regimurilor matrimoniale și procedura de înscriere și consultare a acestuia, publicat în Monitorul oficial al României, Partea I, nr. 666 din 19 septembrie 2011.

⁴ R. Cabrillac, *op. cit.*, p. 2; A. Colomer, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, § 2, p. 3; M. Planiol, G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.* t. 8, § 2, p. 12; A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 3, Dalloz, Paris, 1924, § 1, p. 1; J. Flour, G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, Paris, 2001, § 2, p. 2. S-a dezvoltat, în dreptul francez, un drept patrimonial al familiei, în cadrul căruia se intersectează reguli privind drepturile personale, drepturile patrimoniale în general, cele reale în special, și succesiunile și liberalitățile.

⁵ G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, § 1, p. 1. Potrivit Codul civil francez, se aplică un regim matrimonial doar în cazul căsătoriei; partenerii care au încheiat un așa-numit „pact civil de solidaritate” (pacte civil de solidarité sau PACS), nu beneficiază de un regim matrimonial ci, potrivit art. 515-4 Cod civil francez sunt ținută solidar față de terți pentru obligațiile contractate de unul dintre ei pentru nevoile vieții curente sau pentru o cheltuială vizând imobilul servind drept locuință comună; bunurile dobândite însă în acest interval sunt supuse indiviziunii de drept comun (art. 515-5 Cod civil francez). În cazul concubinilor care nu au încheiat un pact civil de solidaritate (uniunea de fapt, potrivit Legii franceze din 15 noiembrie 1999), aceștia nu sunt ținută solidar pentru datoriile contractate de unul dintre ei (Cass. Civ. 1^{re}, 17 octombrie 2000, în „La Semaine Juridique. Édition générale (JCP G.)”, 2000. II. 10568, note T. Garé; totuși, teoria aparenței protejează terții care credeau că încheie contractul cu parteneri ținută de solidaritate în ceea ce privesc datoriile menajere. Concubinii pot să suplimenteze absența unui regim matrimonial în temeiul libertății contractuale.

- ⁶ Regulile privind raporturile patrimoniale din timpul căsătoriei pot constitui un ansamblu de reguli imperative („regimul primar”) cărora li se pot adăuga reguli stabilite convențional de către soți sau, dimpotrivă, pot să fie aplicabile doar regulile comune (dreptul comun), precum în cazul dreptului musulman sau al *Common Law* (R. Charles, *Droit musulman*, Dalloz, Paris, 1982, p. 49; K. J. Gray, *Droit de la famille*, în J. A. Jollowicz (dir.), *Droit anglais*, Dalloz, 1992, § 392; E. De Toledo, J. – J. Fiora, *Les régimes matrimoniaux en Europe*, Répertoire du notariat Defrénois 1992, art. 35246; P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 33 și urm.
- ⁷ Noul Cod civil nu consacră astfel regula clasică a imutabilității regimului matrimonial.
- ⁸ Astfel, profesorul Ioan Albu definește datoriile de valoare ca fiind „obligațiile al căror obiect îl constituie valori exprimate în sume de bani, sume care însă sunt supuse modificării atunci când ele nu mai exprimă acele valori din cauza fluctuațiilor monetare” (*Drept civil. Introducere în studiul obligațiilor*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1984, p. 120); în același sens, L. Pop, *Câteva considerații generale referitoare la categoria datoriilor de valoare*, în „Dreptul” nr. 9/2002, p. 68; F. Roșioru, *Datoriile de valoare*, teză de doctorat, Cluj-Napoca, 2011, p. 333 și urm.
- ⁹ P. Catala, *La jurisprudence, gardienne de l'égalité successorale*, în „Recueil Dalloz”, 1962, *Chroniques*, p. 99.
- ¹⁰ O. Kuknmunch, *L'influence de la dépréciation monétaire sur le patrimoine familial*, în P. Durand (dir.), *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1961, p. 199 și p. 200.
- ¹¹ Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 1996, § 332, p. 290; I. Lulă, *Unele probleme privind noțiunea de patrimoniu*, în „Dreptul” nr. 1/1998, p. 16. Potrivit autorului, subrogația reală nu operează la nivelul universalității de fapt, dar operează la nivelul patrimoniului, Astfel, atunci când universalitatea de fapt face parte din masa bunurilor proprii a unui dintre soți, de exemplu, vânzarea acesteia sau a unor elemente ale sale va atrage subrogația reală asupra prețului primit în masa bunurilor proprii.
- ¹² *Contra*, I. Lulă, *op. cit.*, p. 16; P. Vlachide, *Repetiția principiilor de drept civil*, vol. I, Editura Europa Nova, București, 1994, p. 38.
- ¹³ Este cazul uzufructului asupra unei turme (art. 1800 C. civil francez), de exemplu.
- ¹⁴ G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, § 291; V. Stoica, *Noțiunea juridică de patrimoniu*, în „Pandectele Române”, culegere de studii „140 de ani de la nașterea lui Constantin Hamangiu (1863 - 1932)”, supliment la nr. 1/2003, § 6, p. 187.
- ¹⁵ V. Stoica, *Noțiunea juridică de patrimoniu*, *cit. supra*, *loc. cit.*
- ¹⁶ P. Vasilescu, *Regimurile matrimoniale. Partea generală*, Editura Rosetti, București, 2003, p. 33: denumit „regim primar imperativ”, „statut imperativ de bază”, „statut matrimonial de bază”, „regim matrimonial primar”, „efectele căsătoriei”, drepturile și obligațiile patrimoniale ale soților constituie numitorul comun cel mai mic față de pluralitatea regimurilor matrimoniale aplicabile într-un sistem de drept național. Același autor îl definește ca „regim primar imperativ”, fiind „un set de norme imperative și esențiale, norme de aplicare imediată, indiferent de regimul matrimonial concret al soților”.
- ¹⁷ În dreptul francez, prin Legea din 13 iulie 1965, lichidarea comunității a fost reglementată astfel încât să asigure echilibrul pecuniar între diferitele mase de bunuri.
- ¹⁸ Potrivit art. 340 din Noul Cod civil, sunt bunuri proprii ale fiecărui soț: a) bunurile dobândite prin moștenire legală, legat sau donație, cu excepția cazului în care dispunătorul a prevăzut, în mod expres, că ele vor fi comune; b) bunurile de uz personal; c) bunurile destinate exercitării profesiei unuia dintre soți, dacă nu sunt elemente ale unui fond de comerț care face parte din comunitatea de bunuri; d) drepturile patrimoniale de proprietate intelectuală asupra creațiilor sale și asupra semnelor distinctive pe care le-a înregistrat; e) bunurile dobândite cu titlu de premiu sau recompensă, manuscrisele științifice sau literare, schițele și proiectele artistice, proiectele de invenții și alte asemenea bunuri; f) indemnizația de asigurare și

despăgubirile pentru orice prejudiciu material sau moral adus unuia dintre soți; g) bunurile, sumele de bani sau orice valori care înlocuiesc un bun propriu, precum și bunul dobândit în schimbul acestora; h) fructele bunurilor proprii.

- ¹⁹ De la această extindere a comunității legea exceptează bunurile prevăzute la art. 340 lit. b - bunurile de uz personal - și c - bunurile destinate exercitării profesiei unuia dintre soți, dacă nu sunt elemente ale unui fond de comerț care face parte din comunitatea de bunuri.
- ²⁰ De la această extindere a comunității legea exceptează bunurile prevăzute la art. 351 lit. c - obligațiile asumate de oricare dintre soți pentru acoperirea cheltuielilor obișnuite ale căsătoriei.
- ²¹ G. Marty, P. Raynaud, *op cit.*, § 7, p. 13-14; R. Cabrillac, *op cit.*, p. 10.
- ²² Ch. Freyria, *Les moyens d'éviter, dans les contrats de mariage, les conséquences de la dépréciation monétaire*, în „Revue trimestrielle de droit civil”, 1951. 333. O asemenea regulă nominalistă poate funcționa în mod corect doar în perioadele de stabilitate monetară. În fapt, Franța a cunoscut peste un secol și jumătate de stabilitate monetară (considerată adesea ca ținând de „mitologia monetară”), dar începând cu anul 1938, logica intrinsecă a Codului civil a fost dejucată de deprecierea monedei.
- ²³ G. L. Pierre – François, *La notion de dette de valeur en droit civil*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1975, § 148, p. 128.
- ²⁴ Fr. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, Dalloz, Paris, 1989, § 663.
- ²⁵ A. Colomer, *op. cit.*, p. 15 și p. 331; J. Barrere, *Influence de la dépréciation monétaire sur les obligations alimentaires*, în P. Durand (dir.), *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1961, p. 50 - 51.
- ²⁶ R. Savatier, *Peut-on remédier dans le contrat de mariage à l'insécurité causée dans les rapports entre époux par l'instabilité de la monnaie ?*, *cit. supra*, p. 172.
- ²⁷ S. Petit, *Du sort des substituts de salaires en cas de liquidation de la communauté*, (note sous Cass. Civ. 1^{re}, dec. din 26 septembrie 2007), în „Petites Affiches” nr. 235/23 noiembrie 2007, p. 14, în special p. 19 - 21.
- ²⁸ Precum reforma din 13 iulie 1907 (care a permis femeii căsătorite să exercite o profesie diferită de cea a soțului, să perceapă singură salariile astfel obținute și să achiziționeze cu ajutorul acestora bunuri considerate „bunuri rezervate” indiferent de regimul matrimonial) sau reforma din 18 ianuarie 1938 care înlătura incapacitatea femeii căsătorite.
- ²⁹ Datorită prerogativelor extinse recunoscute judecătorului francez, chemat printre altele să reglementeze situația în caz de conflict între soți, familia a fost considerată un „ménage à trois: le mari, la femme et le juge” – Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, Cujas, Paris, 1994, § 18.
- ³⁰ M. Eliescu, *Efectele căsătoriei cu privire la raporturile patrimoniale dintre soți*, în (col.) *Căsătoria în dreptul R.P.R.*, Editura Academiei, București, 1964, p. 171.
- ³¹ E. Florian, *Dreptul familiei*, Editura Limes, Cluj-Napoca, 2003, p. 91; Al Bacaci, *Raporturile juridice patrimoniale în dreptul familiei*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1986, p. 128. *Contra*: I. P. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, Editura ALL, București, 1998, p. 77; D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună a soților*, Casa de editură și presă „Șansa”, București, 1993, p. 107; I. Albu, *Căsătoria în dreptul român*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1988, p. 136;.
- ³² I. Lulă, *Unele probleme privind noțiunea de patrimoniu*, *cit. supra*, p. 22.
- ³³ Tr. Ionașcu, *Patrimoniul, funcțiile și caracterele sale juridice în dreptul civil al R.P.R.*, în „Justiția Nouă”, nr. 2/1961, p. 302.
- ³⁴ D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună pe cote-părți și aplicațiile sale practice*, Editura Științifică, București, 1973, p. 34.

- ³⁵ E. Florian, *op. cit.*, p. 101; *idem*, *Căsătoria în legislația României și a Republicii Moldova*, Editura Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006, p. 56; D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună a soților*, *cit. supra*, p. 107.
- ³⁶ În art. 179 lit. f din Codul civil italian.
- ³⁷ I. P. Filipescu, *op. cit.*, p. 77; D. Lupulescu, *op. cit.*, p. 107; M. Eliescu, *Efectele căsătoriei cu privire la raporturile patrimoniale dintre soți*, p. 218. Pentru observații asupra acestei interpretări, a se vedea I. Lulă, *Unele probleme privind noțiunea de patrimoniu*, *cit. supra*, p. 21.
- ³⁸ Tribunalul Suprem, secția civilă, dec. nr. 890/1960, în „Culegere de decizii pe anul 1960”, p. 251; E. Florian, *op. cit.*, p. 102.
- ³⁹ E. Florian, *op. cit.*, p. 102; D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună a soților*, *cit. supra*, p. 107. Soluția a fost consacrată în jurisprudență; a se vedea: Plenul Tribunalului Suprem, decizia de îndrumare nr. 19/1960, în „Culegere de decizii pe anul 1960”, p. 26; Tribunalul Suprem, secția civilă, dec. nr. 723/1978, în „Culegere de decizii pe anul 1978”, p. 164; *idem*, dec. nr. 1277/1981, în „Culegere de decizii pe anul 1981”, p. 145; *idem*, dec. nr. 479/1984, în „Culegere de decizii pe anul 1984”, p. 148.
- ⁴⁰ Tribunalul Suprem, secția civilă, dec. nr. 391/1981, în „Culegere de decizii pe anul 1981”, p. 147; D. Lupulescu, *op. cit.*, p. 201.
- ⁴¹ Tribunalul județean Brașov, dec. nr. 1072/1973, în „Revista Română de Drept”, nr. 10/1974, p. 68; D. Lupulescu, *op. cit.*, p. 201 – 202.
- ⁴² Proprietatea nu poate fi însă reclamată decât mai înainte ca soțul dobânditor să dispună de bunul dobândit, cu excepția cazului în care terțul dobânditor a cunoscut că bunul a fost achiziționat de către soțul vânzător prin valorificarea bunurilor celui alt soț - art. 363 alin. 2 al Noului Cod civil.
- ⁴³ A. Colomer, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, § 950, p. 436; mai exact, comunitatea are vocație la fructele bunurilor proprii, putând solicita o recompensă în cazul în care soțul neglijează să le perceapă sau le consumă fraudulos; L. Antippas, *La notion d'économie en droit des régimes matrimoniaux*, în „Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif”, nr. 3/2009, p. 1275 - 1276.
- ⁴⁴ R. Cabrillac, *Le travail d'un époux sur un bien dans les régimes matrimoniaux*, în *Mélanges offertes à Christian Mouly*, livre I, Litec, Paris, 1988, § 2, p. 258 și în special § 8, p. 262. *Contra*, Cass. Civ. 1^{re}, dec. din 18 mai 1994, în „Revue trimestrielle de droit civil” 1994. 930, *observation* B. Vareille.
- ⁴⁵ Potrivit art. 340 lit. h al Noului Cod civil, fructele bunurilor proprii intră tot în categoria bunurilor proprii.
- ⁴⁶ Desigur că și soțul este terț față de bunul propriu al celui alt soț. În cazul în care comunitatea matrimonială dobândește un imobil parțial cu mijloace proprii ale unuia dintre soți, acesta este pe de-o parte proprietar asupra părții de bun dobândită cu mijloace proprii (și care în temeiul subrogației este bun propriu), iar pe de altă parte codevălmaș asupra părții de bun intrată în comunitate.
- ⁴⁷ G. L. Pierre – François, *op. cit.*, § 146, p. 126: „cette obligation d'indemniser naît toutes les fois qu'il y a enrichissement d'un patrimoine aux dépens d'un autre, si ce déplacement de valeur est injuste et sans cause” („obligăția de despăgubire se naște ori de câte ori există o îmbogățire a unui patrimoniu pe cheltuiala altuia, dacă această deplasare a valorilor este injustă și fără cauză” - traducerea noastră).
- ⁴⁸ După modificarea legislativă franceză din 1965, deși masa bunurilor comune s-a diminuat, aceasta și-a menținut existența și independența și, o dată cu acestea, și principiul echilibrului patrimonial.
- ⁴⁹ R. Contin, *Les règlements en nature dans les partages matrimoniaux*, în „Revue trimestrielle de droit civil” 1977.439.
- ⁵⁰ R. Savatier, *Peut-on remédier dans le contrat de mariage à l'insécurité causée dans les rapports entre époux par l'instabilité de la monnaie ?*, în „Répertoire du notariat Defrénois” 1948, art. 26607, p. 169; în același sens, Ch. Freyria, *op. cit.*, p. 333.

- ⁵¹ L. Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, p. 216; E. Florian, *op. cit.*, p. 109; Plenul Tribunalului Suprem, decizia de îndrumare nr. 19/1960, *cit. supra*, p. 26; Tribunalul Suprem, secția civilă, dec. nr. 566/1979, în „Culegere de decizii pe anul 1979”, p. 15; *idem*, dec. nr. 1261/1982, în „Revista Română de Drept” nr. 7/1983, p. 58. Aceeași este soluția în cazul în care construcția este ridicată în timpul căsătoriei, cu mijloace proprii, asupra terenului aflat doar în proprietatea unuia dintre soți, cu acordul acestuia, cu precizarea că bunul construit este unul propriu.
- ⁵² Similar, va fi considerat un constructor de rea-credință soțul care construiește în timpul căsătoriei, cu mijloace proprii, asupra terenului aflat doar în proprietatea unui dintre soți, fără acordul acestuia.
- ⁵³ A se vedea, pe larg, E. Florian, *op. cit.*, p. 111 – 114.
- ⁵⁴ E. Florian, *op. cit.*, p. 202; I. P. Filipescu, *op. cit.*, p. 237 – 243; Al. Bacaci, *op. cit.*, p. 88.
- ⁵⁵ D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună pe cote-părți și aplicațiile sale practice*, *cit. supra*, p. 40; M. Eliescu, *Efectele căsătoriei cu privire la raporturile patrimoniale dintre soți*, *cit. supra*, p. 334 – 335; Gh. Fekete, *Unele aspecte ale raporturilor patrimoniale dintre soți în lumina Codului familiei*, în „Legalitatea Populară”, nr. 6/1955, p. 614; Plenul Tribunalului Suprem, decizia de îndrumare nr. 1/1964, în „Culegere de decizii pe anul 1964”, p. 108; în sensul unui regim distinct, al comunității convenționale, mai apropiat de devălmășie, dar distinct și de aceasta și de indiviziune, a se vedea I. Albu, *Regimul juridic al bunurilor comune ale foștilor soți pe timpul dintre data desfacerii căsătoriei și data împărțirii lor (II)*, în „Justiția Nouă”, nr. 8/1965, p. 58.
- ⁵⁶ „Valoarea de circulație actualizată” – D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună a soților*, *cit. supra*, p. 196. În același sens: C.S.J., secția civilă, dec. nr. 1288/1992, în „Dreptul” nr. 7/1993, p. 94; *idem*, dec. nr. 1285/1993, în „Dreptul” nr. 9/1994, p. 81.
- ⁵⁷ Tribunalul Suprem, secția civilă, dec. nr. 329/1981, în „Culegere de decizii pe anul 1981”, p. 35; Tribunalul Suprem, secția civilă, dec. nr. 1376/1984, în „Culegere de decizii pe anul 1984”, p. 34.
- ⁵⁸ C. Barberot, *Consistance de la masse indivise partageable*, (note sous Cass. Civ. 1^{re}, dec. din 28 ianuarie 2003), în „Recueil Dalloz”, 2003, *Jurisprudence*, p. 644.
- ⁵⁹ Audiencia Provincial Asturias (sección 6^a), sentința din 31 martie 2003, în „Actualidad Civil”, nr. 42/2003.
- ⁶⁰ A. Cristian, F. Baias, *Considerații referitoare la prețurile actuale ale locuințelor*, în „Dreptul” nr. 1/1993, p. 47-53; C.S.J., secția civilă, dec. nr. 2456/1992, în „Dreptul” nr. 10-11/1993, p. 120; *idem*, dec. nr. 1715/1922, în „Dreptul” nr. 10-11/1993, p. 121; *idem*, dec. nr. 1285/1993, în „Dreptul” nr. 9/1994, p. 81. Valoarea de circulație se va include în masa comună partajabilă proporțional cu partea din preț plătită până la efectuarea partajului, deoarece numai plățile efectiv achitate reprezintă o valoare reală, câștigată – S. Deleanu, *Despre modul de partajare la divorț a unei locuințe construite sau cumpărate cu sprijinul statului*, în „Dreptul” nr. 10-11/1991, p. 58; D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună a soților*, *cit. supra*, p. 195 - 196.
- ⁶¹ E. Florian, *op. cit.*, p. 203; D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună a soților*, *cit. supra*, p. 202; C.S.J., secția civilă, dec. nr. 1288/1992, *cit. supra*, p. 94; *idem*, dec. nr. 600/1992, în „Dreptul” nr. 10/1992, p. 90 - 91; *idem*, dec. nr. 498/1992, în „Dreptul” nr. 2/1993, p. 75. Dacă uzura sau sporul de valoare sunt rezultatul activității unuia din soții copartajanți, diminuarea valorică a bunului sau sporul de valoare influențează numai drepturile acestuia - Tribunalul Suprem, secția civilă, dec. nr. 719/1987, în „Revista Română de Drept”, nr. 1/1988, p. 70.
- ⁶² A. Sitaru, *În legătură cu obligația aducerii fructelor la masa bunurilor partajabile*, în „Revista Română de Drept”, nr. 10/1977, p. 32: sunt datorate în toate cazurile fructele civile, iar cele industriale numai dacă nu au fost cultivate în exclusivitate de respectivul soț.
- ⁶³ D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună a soților*, *cit. supra*, p. 197.

- ⁶⁴ G. - L. Pierre – François, *op. cit.*, § 148, p. 127. Art. 192 din Codul civil italian prevede doar că restituirile între soți se efectuează la momentul dizolvării comunității, dată la care este datorată valoarea bunurilor.
- ⁶⁵ M. C. Fayard, *Les impenses*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1969, p. 212.
- ⁶⁶ Pe larg, a se vedea G. - L. Pierre – François, *op. cit.*, § 148, p. 128. În legătură cu domeniul de aplicare a teoriei recompenselor, a se vedea R. Savatier, *Note sous Cass. Civ. 1^{re}, 15 februarie 1973 (Communauté entre époux. Indivision post-communautaire)*, în „Recueil Dalloz”, 1975. II. 809.
- ⁶⁷ R. Savatier, *Le vocabulaire du nouvel article 1469 C. C. français «dépense faite - profit subsistant – valeur empruntée» dans le régime de communauté conjugale de la loi du 13 juillet 1965 în Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin sous la direction de Adrian Popovici*, Presses Universitaires de Montréal, 1974, p. 204.
- ⁶⁸ În doctrina franceză a existat o controversă legată de momentul la care trebuia apreciată existența bunului: la desfacerea căsătoriei sau la lichidarea comunității. Legea din 1985 a tranșat diferendul în sensul aprecierii la momentul lichidării comunității.
- ⁶⁹ Potrivit textului original al art. 1469 C. civil francez: „(1) La récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant.
(2) Elle ne peut, toutefois, être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire.
(3) Elle ne peut être moindre que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné avant la liquidation, le profit est évalué au jour de l'aliénation; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien”.
- ⁷⁰ În legătură cu natura actului dintre soții care au optat pentru regimul separației de bunuri, a se vedea D. de la Marniere, *Du paiement par un époux séparé de biens du prix de l'acquisition faite par son conjoint*, în „Gazette du Palais”, 1979, *Doctrine*, p. 57.
- ⁷¹ E. Florian, *op. cit.*, p. 102; D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună a soților, cit. supra*, p. 201; Tribunalul Suprem, secția civilă, dec. nr. 890/1960, *cit. supra*, p. 251.
- ⁷² Aceeași lege a abrogat prevederea care interzicea vânzările între soți; astfel, acestea sunt valabile cu condiția ca plata prețului să fie efectivă.
- ⁷³ Respectiv a creațiilor care au servit la dobândirea, ameliorarea sau conservarea unui bun (art. 1479 alin. 2 Cod civil francez).
- ⁷⁴ Spre deosebire de redactarea anterioară, în reglementarea actuală a art. 1469 alin. 3 Cod civil francez (ca urmare a modificării prin Legea n° 85-1372 din 23.12.1985) este prevăzută expres ca dată a aprecierii profitului subzistent cea a lichidării comunității (a se vedea, pe larg, C. Philippe, *La récompense retrouve son sens originaire de juste indemnisation*, în „Revue Lamy droit civil”, 2008, p. 45).
- ⁷⁵ V. Barabé – Bouchard, *Le changement de signification du principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux*, în „La Semaine Juridique. Édition Notariale” (JCP. N.), 1994, *Doctrine*, § 47, p. 124; J. Flour, G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, § 680, p. 629: creațiile dintre soți care nu servesc unei investiții (pentru dobândirea, ameliorarea sau conservarea unui bun) sunt supuse principiului nominalismului monetar.
- ⁷⁶ R. Savatier, *Le vocabulaire du nouvel article 1469 C. C. français*, § 3, p. 205; R. Cabrillac, *op. cit.*, p. 234; H. et L. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome IV, vol. 1, *Régimes matrimoniaux*, Montchrestien, Paris, 1969 § 411; *contra*, M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil*. Tome VIII. *Les régimes matrimoniaux* par M. Nast et J. Boulanger, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1957, § 890; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux, cit. supra.*, § 340, p. 276 (teoria recompenselor se întemeiază pe echitate și este un succedaneu al subrogației reale); A. Colomer, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, § 932, p. 430 (tehnica recompenselor reprezintă o tehnică autonomă, de sorginte legală și de aplicabilitate generală în materia menținerii echilibrului patrimonial în timpul căsătoriei; ea reprezintă „cariatida regimului comunității de bunuri”).

- ⁷⁷ În cazul îmbogățirii fără justă cauză, reclamantul poate pretinde însărăcirea, fără ca aceasta să poată depăși cuantumul îmbogățirii subzistente în patrimoniul beneficiar (cel al îmbogățitului). La rândul ei, ca regulă generală, recompensa datorată este egală cu cea mai mică dintre cele două sume reprezentate de cheltuiala făcută și profitul subzistent.
- ⁷⁸ R. Savatier, *Le vocabulaire du nouvel article 1469 C. C. français*, § 4, p. 205.
- ⁷⁹ Astfel, înainte de 1965, cheltuiala efectuată era reprezentată de: plata făcută pentru dobândirea unui bun propriu al cărui preț era plătit, în tot sau în parte, de comunitatea matrimonială; cuantumul datoriei, dacă o datorie proprie era plătită cu veniturile comune sau invers; prețul plătit în cazul în care un bun propriu era înstrăinat comunității matrimoniale.
- ⁸⁰ Pentru modul de stabilire al recompenselor înainte de intervenția legislativă, dar și pentru controversele în ceea ce privește modul concret de calcul al recompenselor după anul 1965, a se vedea: G. Cornu, *La réforme des régimes matrimoniaux*, în „La Semaine Juridique. Édition générale (JCP G.)”, 1971, II, 2128, § 201 și urm.; R. Savatier, *Le vocabulaire du nouvel article 1469 C. C. français*, § 5, p. 206; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, § 342 și urm., p. 277 și urm.; A. Colomer, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, § 961, p. 440 – 442.
- ⁸¹ R. Savatier, *Le vocabulaire du nouvel article 1469 C. C. français*, § 8, p. 208. În sensul că în cazul unor lucrări de renovare a unui imobil recompensa trebuie calculată doar la data restituirii, în funcție de diferența dintre valoarea de circulație a imobilului și valoarea pe care ar fi avut-o dacă lucrările nu ar fi fost efectuate, a se vedea G. Moirin, *Communauté. Récompense. I. Evaluation. II. Intérêts*, (note sous C. Appel Paris, decizia din 17 mai 1977 și C. Appel Paris, decizia din 16 martie 1978), în „Répertoire du notariat Defrénois 1979”, art. 32141, p. 1519.
- ⁸² A. Colomer, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, § 966, p. 443 și § 980, p. 447; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux, cit. supra.*, § 347, p. 283. În prezent, ca urmare a modificării legislative a art. 1469 alin. 3 C. civil francez, acest moment este cel al lichidării comunității.
- ⁸³ G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux, cit. supra.*, § 350, p. 285.
- ⁸⁴ Prin derogare de la situația comună, circumstanțele economice nu profită debitorului ci creditorului, *contra*, a se vedea J. Flour, G. Champenois, *op. cit.*, § 681, p. 631.
- ⁸⁵ R. Savatier, *Le vocabulaire du nouvel article 1469 C. C. français*, § 8, p. 209. Cheltuiala necesară nu se limitează la cea care evită pieirea bunului, ci se raportează la nivelul de viață al familiei. Astfel, este considerată o cheltuială necesară cea privind instalarea unui sistem de încălzire (G. Moirin, *Communauté. Récompense. I. Evaluation. II. Intérêts, cit. supra*, p. 1528) sau chiar cumpărarea unei locuințe în care să locuiască familia (R. Cabrillac, *op cit.*, p. 235).
- ⁸⁶ G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, § 346, p. 282 și § 354, p. 287; G. - L. Pierre – François, *op. cit.*, § 149, p. 129. Dacă venituri făcând parte din categoria bunurilor proprii au fost încasate în cont comun și soțul face dovada profitului pe care comunitatea l-a obținut prin folosirea lor, el are dreptul la restituire potrivit teoriei recompenselor: B. Vareille, *Régimes de communauté: preuve de la récompense en cas d'encaissement de deniers propres par la communauté, revirement de jurisprudence*, în „Revue trimestrielle de droit civil”, 2005. 445; B. Beignier, *Preuve de la récompense due par la communauté: retour au droit et à l'équité (note sous Cass. Civ. 1^{re}, decizia din 14 ianuarie 2003)*, în „Recueil Dalloz”, 2003, *Jurisprudence*, p. 575 – 576.
- ⁸⁷ Această „valoare” ar putea consta nu doar într-o sumă de bani, ci și într-un bun în natură sau orice altă valoare utilizată de cel împrumutat pentru „dobândirea, conservarea sau ameliorarea unui bun” – așadar pentru finanțarea unei investiții în natură.

- ⁸⁸ R. Savatier, *Le vocabulaire du nouvel article 1469 C. C. français*, § 6, p. 206 – 207; M. Mathieu, J. – F. Pillebout, *Cadre de partage de communauté et clauses particulières relatives aux récompenses*, în „La Semaine Juridique, Édition notariale” (JCP N.) 1994, *Doctrine*, p. 185 – 190; R. Le Guidec, *Communautés. Récompenses. Évaluation*, în „La Semaine Juridique, Édition notariale” (JCP N.) 1994, *Pratique*, p. 653.
- ⁸⁹ G. Cornu, *La réforme des régimes matrimoniaux*, în „La Semaine Juridique. Édition générale (JCP G.)”, 1971, II, 2128, § 212 bis. Conservarea se referă doar la cheltuielile necesare pentru evitarea distrugerii sau degradării unui bun, nu și la cele care urmăresc evitarea pierderii dreptului de proprietate –H. Thuillier, *Communauté conjugale (notă sub C. Appel Paris, decizia din 2 decembrie 1977)*, în „La Semaine Juridique, Édition notariale” (JCP N.) 1979, II, 117, în special § I, p. 118; *contra*, J. Patarin, *Impenses nécessaires et plus-value procurée aux biens indivis aux frais d'un indivisaire*, în „Revue trimestrielle de droit civil”, 1987. 385. Pentru aplicarea datoriilor de valoare în situația soților dintr-un regim separatist, a se vedea S. Becqué-lickowitz, *La construction sur le terrain d'un époux séparé de biens financée par des sommes indivises. Réflexions sur la dette de valeur*, în „Revue trimestrielle de droit civil”, 2008, 589.
- ⁹⁰ G. - L. Pierre – François, *op. cit.*, § 149, p. 129. Potrivit unei părți a doctrinei, acest mod de calcul al recompenselor ar avea semnificația introducerii unei clauze de indexare legală în convențiile matrimoniale (R. Savatier, *Le vocabulaire du nouvel article 1469 C. C. français*, § 12, p. 210; R. Savatier, *Peut-on remédier dans le contrat de mariage à l'insécurité causée dans les rapports entre époux par l'instabilité de la monnaie?*, *cit. supra*, p. 170). În ceea ce ne privește, apreciem că este vorba despre o datorie de valoare, deoarece potrivit legii și în temeiul subrogației reale, modul de calcul funcționează în ipoteza înstrăinării succesive a bunurilor în care s-a încorporat valoarea, prin raportare la ultimul bun dobândit, existent în patrimoniul beneficiar. În schimb, în ceea ce privesc clauzele de indexare, pe lângă regimul lor restrictiv din dreptul francez, schimbarea automată a indicelui nu este în principiu admisă.
- ⁹¹ G. - L. Pierre – François, *op. cit.*, § 150, p. 130; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, *cit. supra.*, § 353, p. 280; V. Barabé – Bouchard, *Le changement de signification du principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux*, *cit. supra*, § 42, p. 122. Potrivit autoarei, acest calcul are la bază fungibilitatea monedei.
- ⁹² J. Patarin, G. Morin, *La réforme des régimes matrimoniaux*, Tome I, *Statut fondamental et régime légal*, Defrénois, Paris, 1971, § 296, p. 243; R. Cabrillac, *op. cit.*, p. 237 - 238.
- ⁹³ Potrivit art. 1408 C. civil francez partea de bun dobândită cu ajutorul sumelor aparținând comunității sau al celuilalt soț nu devine bun comun.
- ⁹⁴ Pentru o încercare de a explica dreptul soțului la valoarea bunului comun dobândit în parte cu veniturile proprii pe temeiul contractului de vânzare-cumpărare între soți, a se vedea D. C. Tudurache, *Despre un caz în care este admisibilă vânzarea-cumpărarea între soți*, în *Conferința internațională bienală Timișoara, 23-25 octombrie 2008*, Editura Wolters Kluwer, București, 2008, p. 135 și urm., în special p. 139 – 142.
- ⁹⁵ G. L. Pierre – François, *op. cit.*, § 152, p. 131.
- ⁹⁶ A. Precigout, *La réforme des régimes matrimoniaux. Application de la Loi n. 65-570 du 13 juillet 1965*, în „La Semaine Juridique, Édition notariale” (JCP. N.) 1966, I, 1978, § 200. Pentru analiza jurisprudenței care consacră acest mecanism de calcul, a se vedea Fr. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, Paris, 2008, § 677, p. 530, în special nota 3.
- ⁹⁷ J. Patarin, G. Moirin, *op. cit.*, § 296, p. 244.
- ⁹⁸ G. L. Pierre – François, *op. cit.*, § 153, p. 132.
- ⁹⁹ A. Precigout, *op. cit.*, § 201.
- ¹⁰⁰ Această interpretare decurge din înseși prevederile textului legal „valoarea a servit la dobândirea” („la valeur a servi à acquérir”).

- ¹⁰¹ B. Vareille, *Régimes de communauté: montant de la récompense due à raison des frais de licitation et de partage liés à l'acquisition d'un bien propre*, în „Revue trimestrielle de droit civil”, 2005. 446.
- ¹⁰² G. L. Pierre – François, *op. cit.*, § 154, p. 132 – 133.
- ¹⁰³ G. - L. Pierre – François, *op. cit.*, § 155 - 157, p. 133 – 136.
- ¹⁰⁴ A. Precigout, *op. cit.*, § 301; Fr. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, § 677, p. 530. *Contra*, J. Patarin, G. Moirin, *op. cit.*, § 297, p. 244 – 245, criticând soluția deoarece ea sacrifică interesele soțului, reținând o contribuție de doar 80/150 din valoarea imobilului, în condițiile în care în realitate ea a fost de 100/170, sporind corelativ cota de contribuție a comunității la 70/150, deși în realitate ea a fost de 70/170.
- ¹⁰⁵ G. - L. Pierre – François, *op. cit.*, § 156, p. 134.
- ¹⁰⁶ J. Patarin, G. Moirin, *op. cit.*, § 297, p. 244.
- ¹⁰⁷ V. Barabé – Bouchard, *Le changement de signification du principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux*, *cit. supra*, § 40, p. 122; R. Savatier, *Le vocabulaire du nouvel article 1469 C. C. français*, § 8, p. 210 - 212.
- ¹⁰⁸ G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, *cit. supra.*, § 350, p. 285.
- ¹⁰⁹ F. Chapuisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle. A propos des lois du 13 juillet 1965 et 9 juillet 1971*, în „Revue trimestrielle de droit civil”, 1973. 643.
- ¹¹⁰ Tribunalul Suprem, secția civilă, dec. nr. 890/1960, în „Culegere de decizii pe anul 1960”, p. 251; E. Florian, *op. cit.*, p. 102.
- ¹¹¹ A se vedea, pe larg, M. Dagot, *Réflexions sur l'article 1099-1 du Code civil (l'acquisition d'un bien par un époux au moyen des deniers donnés par l'autre à cette fin)*, în „La Semaine Juridique. Édition générale (JCP G.)”, 2971. I. 2397.
- ¹¹² Această prevedere a fost adăugată prin Legea din 28 decembrie 1967.
- ¹¹³ G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, *cit. supra.*, § 347, p. 283; A. Colomer, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, § 966, p. 443; în acest sens este și prevederea actuală a art. 1469 alin. 3, C. civ. fr.
- ¹¹⁴ E. Florian, *op. cit.*, p. 203.
- ¹¹⁵ *Idem*, *loc. cit.* Pentru aceeași soluție în dreptul francez, a se vedea V. Barabé – Bouchard, *op. cit.*, § 40, p. 122.
- ¹¹⁶ Potrivit art. 1153 alin. 1 și 2: „În vederea efectuării raportului prin echivalent, se ia în considerare valoarea bunului donat la momentul judecării, ținându-se însă cont de starea lui în momentul donației, din care se scade valoarea, la momentul judecării, a sarcinilor asumate prin contractul de donație. Dacă bunul a fost înstrăinat de donatar anterior cererii de raport, se ține seama de valoarea lui la data înstrăinării. Dacă bunul donat a fost înlocuit cu altul, se ține cont de valoarea, la data raportului, a bunului intrat în patrimoniu și de starea lui la momentul dobândirii. Totuși, dacă devalorizarea bunului intrat în patrimoniu era inevitabilă la data dobândirii, în virtutea naturii sale, înlocuirea bunului nu este luată în considerare”.

DREPTUL DE PROPRIETATE - O FICȚIUNE?

Adrian-Cristian ARDELEAN*

Abstract: Is property a fiction? *Performing the most difficult and important part of any legal system, property has been universally offered the privilege of certainty by jurists. The issue is that this certainty proves to be extremely fragile at a closer look, leaving room to doubts concerning the real nature of property, if such a unique form truly exists. By challenging the very foundations of property, we are trying to eradicate the pride and prejudice, the quasi-religious fervour enveloping the given right. History shows us that property, especially private, was as rare as early democracy and developed mostly in connexion to it. Most ancient and medieval scholars, as well as illuminist philosophers considered property not as God-given or at least evident, and, until the protestant and capitalistic approach to profit, property did not become an important legal subject. The common law vision on the matter shows little sign of idolatry, offering the one true property right to the king only. Last but not least, the most important criticism on the continent belonged to Marcel Planiol, who was the first to demonstrate that property is no different, in its essence, than any personal right. But does this all mean that property is but a fiction, a legal lie?*

Keywords: civil law property, common law property, fiction, Torrens system

Cuvinte cheie: proprietate în dreptul continental, proprietate în common law, ficțiune, sistemul Torrens

Poate cea mai intimă și mai sensibilă problemă de drept se referă la proprietate. Constituțiile o transformă într-o chestiune de căpătâi, semn că este în egală măsură o caracteristică politică, o trăsătură definitorie a oricărui sistem de acest fel. Fie ea declarată ca aparținând poporului, individului, zeităților sau diverse alte variațiuni pe aceleași teme, ea nu lipsește din documentul de bază al vreunei seminții. Societatea o protejează și o respectă, conferindu-i atribute sacrosancte, de temelie a edificiului cetății și a relațiilor inter-umane. În Occident, bogăția este asociată cu meritul supra-social, cu o virtute¹, indiferent de sacrificiile făcute pe altarul succesului², pe când în Orient individul care deține proprietăți este „gospodar”, termen din slava veche cu varii implicații politice, economice, familiale.

Dacă tot am menționat problemele sfinte, religia instituie comandamente anti-furt și anti-râvnire la bunurile altuia pentru a împiedica lăcomia și a proteja ceea ce aparține și i se cuvine fiecăruia (deși observăm că textul sfânt nici măcar nu cere

așa ceva). Chiar mai subtil și deseori neașteptat la prima vedere, gramatica limbilor indo-europene conferă verbului „a avea” rolul de piatră unghiulară pentru întreaga lor structură. Engleza, germana sau franceza, pentru a ne limita la cele mai importante, precum și româna, folosesc acest verb ca auxiliar pentru celelalte, formând astfel timpul trecut. Însă la fel cum Noica observa³, înțelepciunea, fibra intimă a unui popor este adânc impregnată în limba pe care o vorbește. Nu pare astfel deloc întâmplător că verbul atribuit al proprietății este utilizat zilnic în contexte din cele mai diverse.

Am enunțat deja sistemul juridico - moral menit să prevină furturile instituit de Biblie. Nu simțim nevoia să insistăm, trebuie arătat doar că, prin laconicele formulări „să nu furi” și „să nu poțtești nimic din ce este al aproapelui tău”, norma sacră reușește ceva mai mult decât să regleze conviețuirea drept - credincioșilor. Prima apără sămburele dreptului de proprietate din dorința de a menține liniștea și ordinea, pe când cea din urmă, militând împotriva lăcomiei, consfințește dreptul celuilalt la păstrarea a ceea ce a dobândit. Vedem, și nu ne putem împiedica un surâs, cum nucleul intim al unei religii se preocupă destul de intensiv cu o chestiune juridică.

Mai departe în istoria gândirii, Aristotel pune la îndoială teza până atunci consacrată în privința raporturilor dintre individ și stat. Cetățenii își unesc voințele pentru a crea statul asemeni unei asociațiuni, neputându-se vorbi despre un drept de proprietate al primului asupra celor din urmă⁴. Deși nu-și propune în context, Stagiritul observă implicit că necesitatea existenței dreptului de proprietate nu se impune ca o evidență nici măcar în alte împrejurări. Rămâne de văzut dacă raportul dintre stat și cetățeni este sau nu comparabil cu cel dintre proprietar și bun. Este adevărat că bunurile nu se „asociază” în puterea noastră, dar la fel de adevărat este că le conducem destinele într-o manieră comparabilă unui suveran, deși ele nu au drepturi.

Poate cea mai interesantă viziune medievală asupra proprietății îi aparține lui William Ockham. Parcă pentru a-l contrazice pe olandezul Hugo Groot, apărut pe scena istoriei trei secole mai târziu și care clama dreptul natural, dat de Dumnezeu omului asupra tuturor lucrurilor, un soi calitate morală atașată persoanei, Ockham - călugăr franciscan și teoretician al școlii nominaliste în gândirea occidentală - arată că omul are cel mult o folosință asupra bunurilor și nicidecum vreun drept. El asociază proprietatea cu un act de voință ce creează o situație de putere, o voință derivată din păcatul originar⁵. Constrângerea morții ne îndeamnă să acumulăm cât mai mult, să încercăm să strângem sub puterea noastră tot ce ne înconjoară, într-o încercare de un absurd asemănător celui al unui înotător ce vrea să aducă în pumni nisip de la baza râului.

Jean - Jacques Rousseau, deosebit de critic vis-à-vis la organizarea socială încă feudală din secolul XVIII, era de părere că primul om care a bătut țărushi și a delimitat o palmă de teren a săvârșit cel dintâi sacrilegiu, iar toți ceilalți, care îl priveau impasibili în loc să-i strige că pământul nu este al lui sau al oricui altcuiva, au fost primii imbecili. Mai mult, instinctul îl îndemna să nu împrăștie ceea ce găsea⁶. Dar de aici și până la

conștiința vreunui drept asupra acelei bucăți de pământ este nu doar cale lungă, ci și un veritabil salt ontologic, de la materialitate și palpabil la abstractizare. Animalele nu dețin bunuri pentru că nu au o dimensiune spirituală, care să le îndemne să-și aroge drepturi și atribute pe care de altfel nu le au. Coruperea omului coincide cu acest salt de conștiință, arată filosoful născut la Geneva, iar după această treaptă acel „bun sălbatic” devine un om modern. Obiectul proprietății de pretutindeni se transformă în sursă de conflict, prin urmare un contract social este necesar pentru a regla aceste raporturi.

În sfârșit, în epoca modernă, gânditorul american John Rawls inovează abordarea contractualistă asupra statului și a proprietății, enunțând o regulă simplă pentru eliminarea părerilor fanteziste. În *O teorie a dreptății*, precum și în *Liberalismul politic*, filosoful creionează conceptul „vălului ignoranței” pentru a ajunge la poziția originară, una de bun-simț bazată pe intuiție rațională⁷. Acesta este și procedeul pe care ni-l propunem în cadrul demersului de față. Vom încerca să ne punem un văl al ignoranței pentru a ajunge la inocența dintâi a temei abordate, pe cât posibil fără a scăpa din vedere chestiuni esențiale, necompatibile cu această stare primară.

Structura articolului:

1. Scurt istoric
2. Ficțiunea
3. Patrimoniul
4. Geniul revoluționar al lui Planiol
5. *Common law* – proprietatea stratificată

1. Scurt istoric. În încercarea de a găsi un fir evolutiv firesc, coerent, pentru dreptul de proprietate de-a lungul secolelor, întâlnim diverse abordări în funcție de societatea și de spațiul geografic care l-a creat. Considerăm relevant din această perspectivă să restrângem cercetarea doar la proprietatea asupra terenurilor, primul germene al dreptului civil născut imediat după dezvoltarea agriculturii.

Cele mai primitive concepții asupra relației dintre om și pământ se nasc, însă, înainte de „îmblânzirea” terenurilor fertile, în era culegătorilor și apoi în cea (încă prezentă în zonele subdezvoltate ale lumii) a agriculturii de subzistență. Omul primitiv privește pământul nu ca pe un bun care-i aparține, ci tocmai invers, lucru observabil încă la unele triburi africane. El aparține terenului, privit ca o mamă care-l hrănește și îngrijește⁸. Este un accesoriu al pământului, în viață doar datorită lui, și ca atare nu se poate proclama proprietar asupra lui, în orice caz nu în vreun sens occidental, modern, al termenului.

Originea dreptului de proprietate asupra terenurilor apare odată cu nașterea civilizației, în Mesopotamia. Dezvoltarea agriculturii, a orașelor și necesitatea întreținerii

canalelor de irigare cereau organizare și efort financiar. Există domenii regale, comunități țărănești și un început de proprietate privată⁹. Domeniile regale sunt împărțite supușilor în schimbul unor redevențe și corvezi, însă acest sistem amintește mai mult de colonii romani decât de cavalerii vasali din Europa feudală¹⁰. Nici în Egipt, celălalt leagăn de civilizație, nu se face o teorie sau o aplicație extinsă a proprietății. Țara aparține faraonului, iar proprietatea individuală este restrânsă doar la spațiile necesare practicării cultului morților¹¹. Abia după cucerirea Egiptului de către Alexandru cel Mare influența greacă a dinastiei ptolemaice se face simțită prin introducerea colonatului.

În Grecia se conturează două mari curente în Sparta și Atena, după reformele lui Licurg, respectiv Solon. Spartanii preferă regimul unei proprietăți publice generalizate, cu distribuirea redevențelor unei mici elite a cetățenilor, un soi de „comunism militar primitiv”. Atena merge în direcția opusă, preferând proprietatea individuală pentru toți cetățenii, cu un inerent decalaj accentuat între ei în funcție de mijloacele lor financiare¹².

Romanii încearcă prima teorie generală a proprietății, creând mai întâi un sistem tripartit de proprietate: cea colectivă, aparținând ginții, cea familială (*heredium*) de doar 0,5 ha și în fine, timidă la început, proprietatea privată imobiliară¹³, căci la ea am înțeles să ne referim în cadrul acestui capitol. Ulterior, proprietatea este împărțită în cea de stat și cea privată, la rândul ei clasificată în quiritară - a cetățenilor, pretoriană - după dezvoltarea relațiilor comerciale, provincială - pământurile cucerite date în concesiune, și peregrină - pentru străini¹⁴. Această ultimă diviziune pălește și dispare în perioada imperială, în special după edictul lui Caracalla¹⁵ din 212. Dreptul post-clasic și cel bizantin încearcă înlăturarea sclavajului și înlocuirea lui cu colonatul, prin aceasta creându-se premisele instituției medievale a iobăgiei. Colonul este „legat de glie”, un accesoriu al pământului¹⁶.

Evul Mediu timpuriu, denumit pe bună dreptate întunecat din multe puncte de vedere, vine cu concretizarea unei diviziuni deja existente faptic în dreptul roman și cel bizantin, după cum am văzut: proprietatea e împărțită între suveran și vasali, primul având *dominium eminens*, cei din urmă având *dominium utile*. Se naște astfel, în spațiul dintre Sena și Loara, în secolele X-XI, *fief*, pământ privit ca o formă de remunerație pentru serviciile militare¹⁷ aduse de vasal suveranului, care la rândul său are datoria de a-i oferi protecție primului. Fieful este un contract personal de concesiune viageră, această legătură juridică luând sfârșit prin moartea vreuneia dintre părți, moment în care fieful se întoarce în posesia seniorului sau al urmașului său, după caz. Începând cu secolul XIII are loc o schimbare de percepție asupra raporturilor dintre senior și vasal, implicit asupra fiefului, care devine mai mult un mijloc de asigurare a resurselor financiare ale statului decât o obligație militară¹⁸. Prin urmare, fieful se poate transmite succesorilor vasalului, însă nu se poate înstrăina. În

secolul XIV, glossatorul Bartolus realizează prima distincție teoretică între *dominium eminens* și cel *util*, arătând că sunt atâtea „proprietăți” câte maniere de a se bucura de un pământ¹⁹. Tot în această perioadă apare distincția între importanța acordată bunurilor imobile și celor mobile – *res mobilis, res vilis*, azi în mare parte desuetă, respectiv *mobilia concernunt personam, immobilia territorium* – regulă aplicată și azi în litigiile de drept internațional privat²⁰.

Abordarea feudală asupra proprietății se stinge în dreptul continental abia odată cu Revoluția din 1789 în Franța, respectiv cu cea din 1848 în partea de Est a continentului. Declarația *drepturilor omului și cetățeanului* în 26 august 1789 proclamă proprietatea drept un drept „inviolabil și sacru”, „natural și imprescriptibil”. Codul Civil Napoleon din 1804 aduce acea celebră definiție²¹ a proprietății de la art. 544, preluat ca atare de Codul civil român din 1864, art. 480: „proprietatea este dreptul ce are cineva de a se bucura și a dispune de un lucru în mod exclusiv și absolut, însă în limitele determinate de lege.” Despre bucuria exacerbată adusă de proprietate s-au spus și sunt în continuare destule de enunțat, dar nu este aici locul pentru așa ceva²². Ne limităm să observăm, odată cu Jean-Louis Halpérin, că această exaltare, această bucurie aproape mistică dată de bunurile posedate este un fenomen recent²³, deoarece în viziunea creștină medievală sărăcia era o virtute²⁴, fiind nevoie de o întregă construcție de inspirație mai degrabă religioasă decât juridică pentru a justifica tendința spre acaparare. În plus, Christian Atias observă că „ceea ce are o istorie nu poate fi definit” și că proprietatea nu constituie decât situația în care nimeni și nimic (un dezmembrământ, o altă grevare) nu se află între proprietar și bunul său. În acest context, subliniază autorul, dispozițiile art. 544 sunt inutile, neexistând vreo definiție *pozitivă posibilă* a proprietății. *Définir la propriété, c'est finir la révolution*²⁵.

Inventarea mașinii cu aburi de către James Watt impulsionează avântul industrial și economic, ridicarea unei noi clase sociale - burghezia și căderea alteia - vechea nobilime feudală. Din acest moment accentul averii și puterii nu mai cade pe proprietatea funciară ci pe mijloacele de producție și pe capital. Decăderea principalei surse economice de până atunci - terenul agrar, nu dezarmează însă juriștii moderni, care clamează că natura dreptului de proprietate nu s-a schimbat. Rămâne de văzut dacă este într-adevăr așa.

2. Ficțiunea. Termenul de ficțiune²⁶ se dovedește unul enigmatic și dificil de înțeles. Plecând inițial de la sensul de a modela o realitate preexistentă, nevoile juridice i-au oferit semnificația de creație, de fapt cu totul diferit, chiar contrar originii sale. Ficțiunea ajunge să devină un „artificiu de tehnică juridică, o minciună a legii”²⁷, însă, spre deosebire de o minciună de rând, acest fals oficial este asumat și nimeni nu se lasă înșelat; sau mai degrabă se poate susține că toți cădem în această capcană. Nu există pretenția de realitate, accentul punându-se doar pe utilitate. Latura creatoare

s-a pierdut progresiv, ea având un rol major cu precădere în dreptul roman, unde rigiditatea procedurii formulare lăsa loc unor consecințe vădit neechitabile, care necesitau intervenția pretoriană²⁸.

Logica clasică enunță reguli simple referitoare la stabilirea adevărului. Plecând de la principiul identității, se ajunge la cea mai veche dintre teoriile privitoare la adevăr, cea a corespondenței, enunțată pe scurt drept: „să spui că este ceea ce este și că nu este ceea ce nu este”²⁹. Sună simplu și complet inutil, dar stipulează clar un adevăr: realitatea este suma faptelor. Totuși, ficțiunea juridică nu pleacă de la această bază aparent firească, ci de la realitatea juridică. Altfel, după cum arată Ion Deleanu, ajungem să identificăm ficțiunea cu orice procedeu de abstractizare juridică, în fond, întregul sistem de drept nefiind altceva decât o interpretare normativă a realității palpabile: „alegerea criteriului realității juridice prezintă și avantajul de a preveni alunecarea în exces, văzând ficțiuni și numai ficțiuni în toate definițiile nominale”³⁰.

Este interesant de văzut că, deși marea majoritate a ficțiunilor sunt legale și nu convenționale sau jurisprudențiale, legea nu denumea ca atare decât un singur astfel de procedeu: reprezentarea succesorală³¹, în reglementarea actuală termenul fiind evitat cu abilitate. Adevărul este că aceasta nici măcar nu se constituie drept o ficțiune de reprezentare, deoarece nu se face abstracție de faptul că cel reprezentat precedea, ci constituie cel mult o ficțiune de substituție în grad. În considerentul afecțiunii prezumate a lui *de cuius* față de toți succesorii și pentru a preveni o ordine nenaturală a deceselor, supusă hazardului³², legea instituie o excepție de la regula proximității gradului de rudenie, și nicidecum o veritabilă ficțiune³³.

Prin urmare, definirea procedurii scapă legiuitorului, iar acest lucru nu trebuie să suprindă cât timp orice definiție în drept este periculoasă. Coordonatele mecanismului i-au fost conturate de către doctrină, și anume faptul că sunt procedee de tehnică judiciară care instituie judecăți de valoare: „printr-un fel de *violență intelectuală* (s.n.) practică asupra realităților, figurând în ipoteza deciziilor legale, dreptul existent se găsește modificat, fațada rămânând însă intactă, căci regula nouă își găsește ospitalitate în sânul definițiilor și clasificărilor vechi”³⁴. „Minciuni juridice”, ele fac abstracție de necesitățile raționamentului, silogismului, derogând conștient de la regulile structurale ale sistemului de referință, în numele funcționării căruia sacrifică ordinea reală a lucrurilor³⁵.

Faptul că un sistem de drept are nevoie de ficțiuni pentru a funcționa - e util de observat până și paronimia - duce cu gândul la dogmă. E notoriu faptul că religiile se folosesc de paradox pentru a explica inexplicabilul, pentru a repara cu cuvinte o realitate dintr-o logică ce ne scapă cel puțin deocamdată³⁶. După o viață întregă de căutări și raționament, este nevoie să apară, la capătul drumului, revelația pentru a afla adevărul, rațiunea fiind insuficientă într-un asemenea demers³⁷. Paralela nu ni se pare forțată. Ficțiunea juridică realizează uneori un salt epistemologic asemănător

paradoxului, alteori schimbă macazuri și zăgăzuește forțe latente, câteodată umple goluri și chituește erori logice. Cu cât un sistem este mai incoerent, cu atât are mai mare nevoie de aportul ficțiunilor, dar acest afluvii poate fi justificat până la urmă de infirmitatea spiritului uman de a crea concepte complet pliabile pe realitate³⁸. Acolo unde raționamentul juridic ar trebui forțat până la prăbușirea sistemului de referință pentru a da un minim de coerență logică, legiuitorul în principal, dar și instanța sau părțile se folosesc de o ficțiune, salvând efectele juridice și coerența sistemică prin sacrificarea logicii și a inocenței, prin asumarea minciunii. Aceasta este, în fond, singura diferență dintre jurist și dogmatic. Primul are dintru început conștiința falsului pe care este nevoit să-l utilizeze, utilitatea fiind scopul care scuză machiavellic mijloacele³⁹.

Ceea ce trebuie să uimească cu adevărat este că din relația dintre ficțiune și proprietate se poate naște, în materie succesorală, celebra *infans conceptus pro nato habetur*. Un copil conceput are, datorită acestei ficțiuni, drepturile succesoriale (deci patrimoniale) pe care le-ar avea dacă ar fi deja în viață. Nimic nefiresc, am putea spune, este o chestiune pe care echitatea o cere. Este interesant de observat, însă, că normele – penale chiar - care ocrotesc viața unui om nu îl protejează și pe acest copil conceput, nici măcar cea referitoare la avort, cât timp nu se încadrează la ipotezele art. 185 Cod Penal. Acest copil se bucură de protecția patrimoniului, nu și de siguranța dreptului la viață.

Dreptul de proprietate poate fi ușor catalogat drept coloana vertebrală a unui sistem de drept. Se pare că nimeni - cu capul pe umeri, cel puțin - nu se îndoiește de realitatea lui socială, mai ales⁴⁰. Problema este că o realitate juridică, după cum am văzut, nu are nimic de-a face cu una concretă.

3. Patrimoniul. Totuși, în această mare de ficțiuni asumate sau implicite, problema naturii dreptului de proprietate nu este pusă de către doctrină sub aspectul ficțiunii sale. Marea dificultate rezidă tocmai în faptul că dreptul de proprietate stă sub semnul întrebării în lipsa unei concepții oricât de vagi referitoare la patrimoniu. Însă acesta din urmă reprezintă cel mai mare efort de abstractizare în teoria generală a dreptului. De la universalitate de fapt în vechiul drept roman⁴¹ la universalitate de drept ulterior și chiar ajungându-se la ocolirea inconvenientelor practice ale teoriei personaliste⁴² a patrimoniului prin crearea patrimoniului comercial de afecțiune, noțiunea a evoluat și degenerat într-atât, încât nu mai desemnează nimic precis. Unii autori nu se feresc să denumească această ultimă etapă a cursului drept o ficțiune⁴³.

Structura clasică a patrimoniului este combătută de unii autori cu „argumentul omului de pe stradă”⁴⁴, care privește noțiunea drept un total al activelor, fără vreun pasiv. Ceea ce definește cu adevărat un patrimoniu este, în definitiv, doar funcția sa economică, capacitatea de a converti elementele sale în valori monetare, în bani⁴⁵.

Fie că adoptăm o poziție individualistă asupra lui, plecând de la proprietar, ori una pecuniară, pornind de la perspectiva celorlalți asupra patrimoniului, acesta rămâne o instituție greu de definit, nu întâmplător evitată abil de art. 1718 din vechiul cod civil. Ciudățenia sesizată *illo tempore* își are originea în două mari probleme: cum poți avea ceva cu semnul minus (un patrimoniu negativ)⁴⁶, respectiv de ce nu-ți este permis să transferi cadrul care învăluie bunurile decât după moarte, deși le-ai transferat pe toate deja⁴⁷? Pentru ultima întrebare avem un răspuns simplu în clasică și aparent eterna teorie personalistă a patrimoniului, care-l privește ca fiind o universalitate de drept desprinsă de bunurile ce-o compun și legată intim de persoana proprietarului. Dacă ar fi chiar așa, atunci ar trebui să îngropăm bunurile odată cu defunctul, asemeni egiptenilor, și nu să mai fim nevoiți să recurgem la o ficțiune, cea a continuării persoanei defunctului de către succesori. În privința primei chestiuni, ne împăcăm cu gândul că slăbiciunea umană ne cere să ne imaginăm că avem ceva, chiar după ce-am pierdut toate bunurile și rămânem cu datorii⁴⁸.

4. Geniul revoluționar al lui Planiol. Un jurist breton născut la Nantes avea să zdruncine din rășputeri sistemul de drepturi reale așa cum era el cunoscut încă de la Codul Napoleonian. Nimeni nu anticipa ce surprize ascundea tânărul ajuns profesor la Sorbonna în principal datorită virtuților sale pedagogice. În acele vremuri romantice ale științei juridice, în acea *belle epoque* în care se întâmpla deseori ca un singur profesor să predea toate materiile de drept civil⁴⁹ și în care o lucrare foarte serioasă putea avea o listă de doar două pagini de referințe bibliografice, încă se putea spune ceva nou în materia drepturilor reale.

Marcel Planiol n-a încercat nici să-și păstreze cu orice preț, printr-o atitudine neutră și conservatoare, onoranta catedră obținută, ci a preferat să-și exprime deschis părerea complet neortodoxă referitoare la natura dreptului de proprietate. În 1899 a publicat prima ediție a manualului său de drept civil în trei volume, lucrare deosebită care făcea o sinteză pertinentă a întregului spectru al Codului Napoleonian și care era destinată inerent studenților săi. Desigur, o simplă privire contemporană asupra lucrării sale ca întreg nu lasă să se întrevadă inițial valoarea sa deosebită, datorită amplei evoluții ulterioare a doctrinei, precum și a unor pasaje căzute în desuetudine din cauza dispariției suportului lor legal - spre exemplu problemele privind emfiteoza sau rentele funciare. Citorul actual resimte ca banalități multe afirmații⁵⁰ câștigate cu prețul unor ani de trudă și a dezbaterilor nesfârșite, iar juristul poate considera multe pasaje drept insuficient de ample ori de motivate jurisprudențial. Trebuie să nu pierdem însă niciodată din vedere că la acea vreme practica judiciară era la un nivel incipient, deși trecuse aproape un secol de la adoptarea Codului, iar doctrina, așa cum am arătat, aproape inexistentă. În astfel de condiții, demersul lui Planiol era unul deosebit de dificil.

Lucrarea sa are, așadar, o structură generală conservatoare, respectând programa și făcând, printre altele, o analiză a caracterelor dreptului de proprietate enunțate la art. 544 Cod Civ. fr. Autorul păstrează aceleași considerații făcute de Aubry și Rau, cei mai respectați autori din acea vreme, dar înainte de clasicile *usus*, *fructus* și *abusus*, cu restricțiile lor numeroase, autorul analizează teoria patrimoniului, aici enunțând și primele opinii dizidente. În primul rând, Planiol face o distincție necesară între înțelesul noțiunilor de *obligație*, *drept personal*, și, respectiv, *drept de creanță*. Astfel, dacă primul termen are atât un sens larg, de raport juridic între două persoane, care reunește noțiunile de creanță și datorie, respectiv unul restrâns, de debit⁵¹. Apoi, mult mai important, un drept personal nu este sinonim cu un drept de creanță, și prin urmare nu poate fi vorba de o antiteză logică sau lingvistică cu un drept real. Un drept personal poate fi fie intransmisibil succesorilor, fie insesizabil, dar nu se confundă cu un drept de creanță, deoarece face referire doar la raportul obligațional și, în sens restrâns, strict la încrederea acordată debitorului⁵².

Atunci ce anume este un drept real, prin ce diferă el de un drept de creanță? Începând din nou prin a analiza definiția propusă de Aubry și Rau, cu coordonatele pe care le cunoaștem: un bun se află în puterea deplină a unei persoane, în virtutea unui raport juridic imediat opozabil tuturor celorlalți. Planiol apreciază implicațiile practice firești ale acestei poziții, și anume consecința directă a inexistenței vreunui intermediar între proprietar și bunul său. Strict din punct de vedere material și cât timp nu încalc restricțiile legale, pot dispune cum doresc de propriul bun, fără ca altcineva să aibă dreptul să se amestece. Este o idee simplă ce corespunde în general necesităților practicii, și prezintă o viziune integratoare asupra tuturor drepturilor reale, prin urmare place. Totuși, ea este complet falsă ca fundament teoretic, deoarece acest raport direct nu reprezintă decât o situație de fapt ce poartă un alt nume: posesiunea⁵³. Nu pot avea un raport juridic cu un bun, este un non-sens, orice drept reprezintă raportul dintre două persoane, ca o axiomă de necombătut. În privința dreptului de proprietate, prima persoană este neîndoiește proprietarul, iar cea de-a doua este colectivă, reprezentată de toți ceilalți⁵⁴.

Critica principală care i-a fost adusă lui Planiol din cauza acestei susțineri a constat în faptul că această opozabilitate față de toți ceilalți, care datorează un respect situației juridice și au obligația de a nu face, este în fond specifică și oricărui drept de creanță⁵⁵. Aici, însă, criticii poziției lui Planiol, care s-au grăbit să-i denumească ironic teoria sa ca fiind cea a unei proprietăți - creanță, râzând de absurditatea, în opinia lor, că un papuaș, spre exemplu, mi-ar fi debitor al unei obligații de a nu a face. Problema nu este nici pe departe într-atât de radicală, deoarece Planiol n-a vorbit vreodată de toți ceilalți ca debitori actuali, ci ca potențiali. Papuașul din exemplu devine cu adevărat debitor în momentul în care amenință să-mi încalce dreptul. Până în acel moment, juridic vorbind, el nu există.

Prin urmare, diferența specifică dintre un drept real și unul de creanță, pe lângă numărul debitorilor, constă în faptul că debitorul obligației de a nu face datorată unui proprietar nu-și vede diminuat cu nimic patrimoniul personal, în care nu apare vreun element pasiv din această cauză. Această abstențiune, așadar, nu dăunează debitorului, simpaticului papuaș pomenit mai sus. O altă diferență constă în faptul că un drept real, spre deosebire de un drept de creanță, necesită un obiect material asupra căruia să se îndrepte, deoarece dreptul de proprietate are întotdeauna scopul garantării faptului posesiunii, care este neapărat concret și care nu poate exista fără un obiect determinat⁵⁶. Aceasta nu înseamnă, însă, nicio clipă accentul trebuie pus asupra relației dintre proprietar și bunul său, așa cum am văzut mai sus.

Am văzut, așadar, nu doar creativitatea și curajul lui Marcel Planiol, care l-a făcut să revoluționeze dreptul civil, oferindu-i o nouă perspectivă asupra naturii dreptului de proprietate, ci și, până la urmă, optimismul său, rar întâlnit în doctrina actuală. În chiar primul capitol ce tratează proprietatea, el susținea că, într-un timp în care toate legile au fost sau urmează să fie schimbate (context izbitor de asemănător cu cel în care se află dreptul român în prezent), fundamentele dreptului de proprietate nu trebuie căutate în legi, ci în puterea creatoare a doctrinei, și în luminile jurisprudenței⁵⁷.

5. Common law - proprietatea stratificată. În Britania conservatoare și izolată de canalul Mânecii nu a existat niciodată un echivalent al momentului 1789 și nici o personalitate reformatoare ca Napoleon. Într-un anume sens chiar, se poate spune că epoca feudală nu s-a stins vreodată pentru supușii reginei. Sistemul feudal britanic de proprietate nu diferea așadar, până la revoluția franceză, față de cel continental, având la bază aceleași principii de dare în folosință a terenului pe baza privilegiilor. Suveranul se afla în vârful lanțului trofic, iar mai jos de el, spre baza piramidei, puteau fi virtual oricâte verigi. Marea nobilime britanică a rămas aceeași până în zilele noastre, iar terenul a continuat să fie folosit, într-o mare măsură, de urmașii acelor câțiva cavaleri care i-au fost loiali lui William Cuceritorul și au supraviețuit bătăliei de la Hastings⁵⁸.

Asfințitul progresiv al sistemului de privilegii n-a adus, în schimb, la o modificare de structură a dreptului legal de proprietate⁵⁹. Proprietatea privată se concentrează în continuare în jurul conceptului de *estate*⁶⁰. La origine puteau exista aproape oricâte forme de *estate*, ele nefiind limitate legal sau cutumiar, transferul proprietății fiind restrâns doar la principiul universal conform căruia nimeni nu poate da mai mult decât are el însuși. Același bun poate fi obiect al mai multor drepturi de proprietate, al mai multor interese limitate de timp sau jurisdicție. De exemplu, A constituie (și nu transferă, vom vedea că termenul e mai potrivit în context) în favoarea lui B un drept de proprietate pe durata vieții sale și a tuturor urmașilor săi de sex masculin. B, la rândul său, constituie pentru C un drept de proprietate pe durata vieții acestuia. La

decesul lui C, proprietatea îi va reveni lui B sau urmașilor săi, iar la decesul ultimului urmaș de sex masculin al lui B, va reveni succesorilor lui A⁶¹. Este unul dintre cele mai simple exemple de acest fel, putând fi imaginate altele mult mai complexe. Să vedem, însă, care sunt principalele forme de *estate*.

5.1. Formele de proprietate în *common law*. Din moment ce regele era și este în continuare proprietarul terenului, ceea ce subdobânditorii dețin sunt simple *estates*, adică drepturi și puteri de a folosi terenul pentru o anumită durată.

Cel mai mare *estate* pe care un dobânditor l-ar putea avea este în *fee simple*. Termenul de *fee* indică un domeniu care poate face obiect al succesiunii, iar cel de simplu arată că nu este afectat de vreo altă condiție sau modalitate, fiind astfel cel mai aproape de definiția continentală a imobilului ce poate face obiect al transferului⁶². Ba mai mult, pentru a evita eventuale neajunsuri cauzate de constituirea dreptului în favoarea unui terț, începând cu secolul 14, Curțile au arătat că domeniul poate subzista cât timp există un urmaș al subdobânditorului, și nu neaparat al dobânditorului inițial. Astfel, un *estate in fee simple* are potențialul de a deveni etern⁶³.

În al doilea rând, putem avea de-a face cu un *estate* în *fee tail*. Termenul englezesc pentru *coadă* este suficient de expresiv pentru a descrie în acest caz linia de succesiune, în general bărbătească⁶⁴, dar în anumite cazuri și femeiască. La momentul în care deținătorul *estate*-ului rămâne fără urmași direcți, acesta se întoarce de drept celui care l-a constituit. În sfârșit, cea mai radicală formă este cea de *life estate*, care subzistă doar pe timpul vieții celui în favoarea căruia se constituie. Acest tip de domeniu nu este transferabil *mortis causa*, dar poate fi totuși cedat unui terț, în lipsa vreunei interdicții convenționale. În acest caz, terțul nu poate dobândi mai mult decât dreptul transmitătorului însuși, astfel că domeniul revine lordului la același moment, și anume cel al decesului transmitătorului, și nu cel al dispariției terțului. Putem astfel vorbi despre un *estate pour autre vie*⁶⁵.

Pe lângă aceste trei forme principale și ușoarele lor variații de care sunt susceptibile, dreptul anglo-saxon este marcat puternic și de conceptul de *equity*. Echitatea apare foarte devreme în jurisprudența insulară tocmai din cauza rigidității și nedreptăților evidente care erau provocate de abuzurile marilor lorzi. Până la finele secolului XV s-a conturat astfel o practică consolidată a Cancelariei, apărând un sistem paralel⁶⁶ celui clasic prezentat mai sus, bazat pe *estate*. Intervenția jurisprudenței a determinat această distincție istorică și validă până în prezent între proprietatea celui care deținea oficial un teren și multitudinea de interese asupra aceleiași parcele, deținute de o serie de alte persoane. Totuși, pentru a proteja și interesele marii nobilimi și a evita divizarea excesivă a domeniilor, s-a instituit un drept de agrement al lorzilor la constituirea în favoarea terților a unui nou *estate* prin statutul *Quia emptores*⁶⁷ din 1290.

5.2. Situația prezentă. Un aspect interesant care trebuie reținut este cel referitor la actul prin care se constituie dreptul de proprietate. Astfel, contractul, simplul acord al părților nu este capabil să transmită proprietatea, fiind nevoie de un act unilateral formal⁶⁸, denumit *deed*⁶⁹, reminiscentă evidentă a perioadei feudale, când titlurile privitoare la terenuri erau conferite în cadrul unor ceremonii.

După cum am văzut, conservatorismul britanic a determinat atât păstrarea unui sistem aproape încremenit, cât și o evoluție jurisprudențială în dauna uneia legale. Această situație s-a păstrat până în 1925, când o serie de acte au venit să clarifice atât modurile de dobândire a proprietății, cât și cele de înregistrare a terenurilor și a sarcinilor sau garanțiilor asupra lor. Aceste patru acte sunt *The Law of Property Act (LPA)*, *The Settled Land Act (SLA)*, *The Land Registration Act (LRA)*, respectiv *The Land Charges Act (LCA)*, modificată ulterior în 1972). LPA tratează problema terenurilor deținute în temeiul proprietății legale și echitabile, SLA actualizează situația fondului funciar, LRA face distincția între terenurile înregistrate și cele neînregistrate, în sfârșit, LCA se ocupă de garanțiile și sarcinile imobilelor⁷⁰.

În cadrul demersului de față ne interesează doar dispozițiile LPA, pentru a vedea care sunt formele moderne de *estate* și dacă nu cumva ceea ce s-a schimbat a fost doar denumirea. Astfel, chiar de la Secțiunea 1, art. 1, (1) al legii, se arată că singurele forme de *estate* determinate legal sunt un *estate in fee simple absolute in possession*, respectiv *a term of years absolute*. Alineatul doi al aceluiași articol enumeră interesele care pot coexista asupra terenului respectiv⁷¹. Toate celelalte *estates*, sarcini, drepturi și interese care nu sunt prezente în enumerarea expresă de la art 1 al LPA se comportă ca interese echitabile⁷², păstrându-se astfel și întărindu-se distincția istorică. Trebuie observat aici că cele două aparent noi forme de *estate* nu diferă esențial față de cele enunțate deja. Prima este nimic altceva decât vechiul *estate in fee simple*, iar termenul de *absolute* arată că proprietarul nu trebuie să suporte grevări, având în plus terenul în posesiune. *Term of years absolute* este corespondentul vechiului *life estate*, cu mențiunea că perioada poate fi mai scurtă sau mai lungă decât viața beneficiarului cumpărător. Observăm cu ușurință că reforma din 1925 n-a făcut decât să clarifice puțin și să reducă numărul de *estates*, nu să instituie un regim radical modificat.

5.3. Înregistrarea terenurilor și sistemul Torrens. Deși nu putem vorbi despre cărți funciare în înțelesul continental al termenului, registrele britanice și americane îndeplinesc până la urmă aceeași funcție de protecție a circulației terenurilor. Proprietatea se transfer (constituie) după cum am văzut nu la momentul încheierii contractului, dar nici la cel al înregistrării, care are doar efect de opozabilitate. Fiecărui titlu îi este conferit un număr și informațiile despre situația terenului și a deținătorului actual. Statul asigură veridicitatea situației juridice prezentate de registru și cumpărătorul nu trebuie să investigheze asiduu titlurile anterioare. Aproximativ 85% din terenuri sunt înregistrate în Marea Britanie, iar numărul celor neînregistrate se reduce încet, dar sigur⁷³.

Nu putem vorbi, însă, despre aceeași siguranță în trecut și nici măcar în prezent, cât timp Marea Britanie și cele mai multe state din cadrul S.U.A. folosesc același sistem de înregistrare bazat pe *deed*. Acest act este cel pe baza căruia se fac înscrierile, și nu contractele dintre părți, astfel că incertitudinea și fraudele își pot croi drum. Lucrurile sunt esențial diferite în South Australia, unde, în 1858 guvernatorul britanic sir Robert Torrens a vrut să pună capăt prăbușirii sistemului funciar din cauza fraudelor și permanentei contestări a titlurilor. Impresionat de simplitatea sistemului britanic de registre privind vasele comerciale, el s-a întrebat dacă nu cumva poate fi aplicabil și terenurilor. Guvernul avea un registru oficial al navelor care enumera, pe o singură pagină, numele navei, proprietarul și orice constituiri sau tranzacții cu privire la ea⁷⁴. Torrens a implementat un sistem asemănător, diferit de cel britanic prin faptul că momentul la care titlul de proprietate se consolida era cel în care *deed*-ul anterior al vânzătorului era radiat din registru și se emitea un nou *deed* dobânditorului, și nu cel în care vânzătorul îl oferea cumpărătorului, ca în Marea Britanie. Se institua astfel un sistem constitutiv de drepturi, mult mai sigur, iar terții de bună-credință urmau să fie despăgubiți de stat⁷⁵. Sistemul s-a răspândit rapid din South Australia în toată colonia, apoi la scurt timp în Noua Zeelandă și chiar a fost preluat de zece state americane⁷⁶, unde coexistă, însă, cu sistemul de înregistrare legal anterior.

5.4. Iluzia insulară a proprietății. După cum am văzut, în *common law*, singurul autentic proprietar este nimeni altul decât regele. Ceilalți au doar statutul de *owner*, termen intermediar între cele continentale de detentor și posesor. Distincția între dreptul real de uz sau abitație, respectiv cel personal de locațiune nu este nici pe departe una fermă sau cu adevărat utilă, cât timp ambele conferă doar un *interest* sau un *estate* - o stare de fapt recunoscută juridic, un compromis social cu origini feudale care urmărește evitarea tulburărilor, și nu consfințirea unui drept de proprietate. Astfel, dincolo de Canalul Mânecii, proprietatea se dovedește mai degrabă un mit decât o ficțiune, iar sistemul de drepturi reale un vestigiu lăsat voit nereformat temeinic, parcă pentru a ne aminti că oamenii sunt cel mult stăpâni vremelnici ai terenului, și nu proprietarii lui. Regele este singurul care poate să-și aroge un astfel de drept pentru că titlul său este (măcar la origine) de sorginte divină, prin urmare nu se intersectează cu ordinea juridică aplicabilă tuturor celorlalți.

Concluzii. Am văzut, în scurtul nostru demers, cum dreptul perlă a coroanei din cadrul oricărui sistem juridic are un fundament contestat pe continent, respectiv unul vădit și pe alocuri voit iluzoriu în dreptul anglo-saxon. Proprietatea funciară, bază economică timp de secole, a decăzut treptat, însă nu și importanța oferită ei de către juriști. Mai mult, distincția dintre drepturile reale și cele de creanță devine din ce în ce mai palidă pe măsură ce o privim cu atenție sporită. Se prea poate să ajungem la

concluzia că nu există vreo diferență netă, cu precădere nu una esențială, deși legiuitorul se încapățânează să enumere expres și drepturile reale⁷⁷, parcă pentru a sublinia importanța lor supremă.

O altă idee ușor surprinzătoare inițial ni se sugerează: o teorie generală a proprietății se poate dovedi inutilă. Cu greutate putem vorbi despre un drept de proprietate în sens unitar, caracterele acestuia intime diferind în funcție de obiectul căruia i se aplică, deși atributele generale rămân aceleași. Protecția juridică oferită dreptului de proprietate diferă foarte mult ca intensitate dacă vorbim despre un teren, un bun mobil, un fond de comerț ori un drept de autor. În acest ultim caz, pentru ca legea să intervină, este nevoie de obiectivarea procesului creator, de apariția oricărei forme de suport material a ideii, deoarece în lipsa lui, aceasta din urmă circulă liber.

Nu am considerat necesar să facem referire, în cadrul acestui sumar demers, la de multe ori fictivele și ineficientele dispoziții ale legilor reparatorii din România postdecembristă, deoarece nu ne-am propus să tratăm formele acțiunii în revendicare, chiar dacă s-ar fi dovedit, poate, util să demonstrăm cum un drept proclamat de lege absolut și perpetuu își pierde deseori acest caracter.

Dreptul de proprietate nu este o ficțiune, în sensul deja arătat de domnul Ion Deleanu, căci altfel ar trebui să ne asumăm că tot sistemul juridic s-a construit pe un astfel de procedeu. Însă nici statutul său privilegiat în sistemul de drept nu se justifică, nici fervoarea aproape religioasă pe care a inspirat-o de-a lungul secolelor. Se prea poate să constatăm că, dacă ținem mortăș să căutăm esența dreptului de proprietate, cu pasiunea și conștiința eșecului propice unui alchimist medieval, că nucleul intim se află în punctul cel mai fragil, mai slab protejat - în materia drepturilor de autor, și chiar dincolo de ea, în domeniul ideilor neobiectivate juridic. Ceea ce este cu adevărat al nostru, ceea ce ne rămâne după ce am pierdut tot, este cultura, ansamblu evanescent de idei și principii, de consistența norilor și fără vreo legătură imediată cu dreptul.

* Student, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; cristiardelean89@yahoo.com

¹ „Cel care nu-și adaptează modul de viață la condițiile succesului capitalist trebuie să se scufunde, sau cel puțin nu se poate înălța” - Max Weber, *Etica protestantă și spiritul capitalismului*, Ed. Incitatus, București, 2003, p. 61

² „Căștigarea de bani este considerată în așa măsură doar ca un scop în sine, încât, din punctul de vedere al fericirii sau utilității pentru individ, pare complet transcendent și absolut irațional” - idem, p. 46

³ „Rostirea putea fi expresie a mitului și a gândirii mitice sau alteori a gândirii magice, expresie a gândirii religioase, cu oracolul, a vieții morale, cu porunca și norma, a relațiilor juridice, ca lege, a gândirii filosofice, ca *logos*, așa cum putea fi expresia gândirii științifice de dinaintea științei de simboluri și semne, a cunoașterii și a narațiunii istorice, sau expresia gândirii literare și poetice, care uneori reușește să le cuprindă pe toate și să regăsească începuturile” - Constantin Noica, *Cuvânt împreună despre rostirea românească*, București, Ed. Eminescu, 1987, pp. 331-332

- ⁴ „Casa n-are, desigur, nimic care să poată deveni comun între ea și zidar, și cu toate acestea arta zidarului n-are alt obiect decât casa. Și, de asemenea, cetatea are nevoie desigur de proprietate, dar proprietatea nu este câtuși de puțin parte esențială din cetate, deși cuprinde ca elemente ființe vii.” - Aristotel, *Politica*, Ed. Cultura Națională, București, 1942, p. 161
- ⁵ Jonathan William Robinson, *William of Ockham's early theory of property rights: sources, texts and contexts* - Center for medieval studies, Toronto University, 2010, pp. 90-92
- ⁶ „Le premier sentiment de l'homme fut celui de son existence; son premier soin celui de sa conservation. Les productions de la terre lui fournissaient toutes les secours nécessaires; l'instinct le porta à en faire usage” - J.J. Rousseau, *De l'inégalité parmi les hommes*, Les classiques du peuple, Ed. Sociale, Paris, 1954, p. 109
- ⁷ „Tot așa, poziția originară este pur și simplu un procedeu de reprezentare; ea descrie parteneri, fiecare responsabil de interesele esențiale ale unui cetățean liber și egal” - John Rawls, *Liberalisme politique*, Ed. Quadrige/PUF, Paris, 2001, p. 50
- ⁸ „on y dit que l'homme appartient à la terre comparée à une Mère nourricière, protégé et habitée par des puissances divines.” - Jean - Louis Halpérin, *Histoire du droit des biens*, corpus histoire du droit dirigé par Albert Rigaudière, Ed. Economica, Paris, 2008, p. 6
- ⁹ Vladimir Hanga, *Mari legiuitori ai lumii*, Ed. Lumina Lex, București, 1994, p. 58
- ¹⁰ Jean - Louis Halpérin, op. cit., pp. 8-9
- ¹¹ Idem, pp. 11-12
- ¹² Idem, pp. 12-15
- ¹³ „De fapt, nu se poate vorbi - cel puțin până la Legea celor XII table - de „proprietate” în sensul conceptual juridic, ci de o stăpânire asupra bunurilor.” -Vladimir Hanga, Mircea Dan Bocșan, *Curs de drept privat roman*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 166
- ¹⁴ Idem, pp. 168-171; referitor la proprietatea provincială, autorii arată că nu se face încă distincția medievală asupra proprietății divizate, eminentă și utilă, chiar dacă în fapt acesta era regimul, „fie din considerente politice, fie din pricina unui tradiționalism specific roman, care privea dreptul statului asupra pământului din provincii și acela al posesorilor de loturi ca aparținând la două ramuri distincte de drept”.
- ¹⁵ Jean - Louis Halpérin, op. cit., p. 32
- ¹⁶ Vladimir Hanga, op. cit, p. 100
- ¹⁷ Jean - Louis Halpérin, op. cit., p. 61
- ¹⁸ Idem, p. 67
- ¹⁹ Idem, p. 73
- ²⁰ Idem, p. 100
- ²¹ Henri Batiffol, *Problèmes contemporains de la notion de biens*, în *Archives de Philosophie du droit*, tome 24, *les biens et les choses*, Ed. Sirey, Paris, 1979, p. 15
- ²² De altfel, art. 555 din actualul Cod Civil este mai puțin entuziast, preluând doar caracterele proprietății subliniate de doctrină și practica judecătorească
- ²³ „L'exaltation du droit de propriété est un phénomène plutôt récent dans l'histoire de la pensée juridique.”; „Dans l'esprit de renoncement de Jésus Christ aux biens de ce monde, les Pères de l'Eglise ont une approche plutôt négative de la propriété - Jean - Louis Halpérin, op. cit., pp. 150-151
- ²⁴ „Les pères de l'Église, grecs, tels que saint Basile et saint Jean Chrysostome, ou latins, comme saint Ambrose et saint Augustin ont contesté le principe même de la propriété privée, spécialement de la terre. (s.n.)” - Jean - Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, *Traité de droit civil. Les biens*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2000, p. 76
- ²⁵ Christian Atias, *Droit civil. Les biens*, Ed. LexiNexis Litec, Paris, 2009, pp. 73-76

- ²⁶ De la *fingo, fingere* (lat.) - a forma, a modela, a plăsmui
- ²⁷ Ion Deleanu, *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 1
- ²⁸ „Or, dans les droits modernes, cet aspect créateur de la fiction ne revêt plus qu'un caractère marginal” - Guillaume Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1997
- ²⁹ Aristotel, *Metafizica*, Ed. Academiei, București, 1967, p. 155
- ³⁰ Ion Deleanu, op. cit., p. 47
- ³¹ Art. 664 din Vechiul Cod Civil: „reprezentarea este o ficțiune a legii, care are de efect de a pune pe reprezentanți în locul și în gradul și în dreptul reprezentatului”; art. 965 din actualul Cod Civil, ce oferă definiția reprezentării, nu folosește termenul de ficțiune
- ³² Dan Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 71
- ³³ Ion Deleanu, op. cit., p. 263; Guillaume Wicker, op. cit., p. 58
- ³⁴ Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1953, p. 232, *apud* Ion Deleanu, op. cit., p. 53
- ³⁵ „La fiction juridique peut donc se définir comme l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application” - Guillaume Wicker, op. cit., p. 12
- ³⁶ „Paradoxul nu este o soluție, căci nu rezolvă nimic, poate fi folosit doar ca împodobire a ireparabilului, a voi să îndrepti ceva cu el este cel mai mare paradox.” - Emil Cioran, *Amurgul gândurilor*, Ed. Dacia Traiană, Sibiu, 1940, p. 14
- ³⁷ „De vreme ce dorința nu e zadarnică, noi dorim să știm că ignorăm. Dacă am putea înțelege pe deplin acest lucru, atunci am ajunge la o doctă ignoranță. Nimic altceva nu va fi atunci mai de preț pentru om, chiar foarte dedicat științei, decât faptul de a fi socotit foarte doct în însăși propria-i ignoranță.” - Nicolaus Cusanus, *De docta ignorantia*, Ed. Polirom, Iași, 2008, p. 33
- ³⁸ François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 378, *apud* Guillaume Wicker, op.cit., p. 14
- ³⁹ „Accentul pus (pe utilitate, n.n) își dovedește stringența mai ales în drept, unde eventuala existență a unor ficțiuni ineficace, așadar inutile, ține exclusiv de retorică, nu de jurisprudență” - Ion Deleanu, op. cit., p. 10
- ⁴⁰ „Comme le contrat ou la famille, la propriété est une réalité; avant d'être définie, protégée, limitée par des règles de droit découlant de dispositions légales et de décisions judiciaires, elle est déjà une composante de l'ordre social.” - Christian Atias, op. cit., p. 69
- ⁴¹ Liviu Pop, Liviu - Marius Harosa, *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 8
- ⁴² Viziunea lui Aubry și Rau definea coordonatele principale ale unui patrimoniu: 1. fiecare persoană are un patrimoniu; 2. fiecare persoană nu are decât un patrimoniu; 3. fiecare patrimoniu aparține unei persoane; 4. două persoane nu pot avea același patrimoniu - R. Sève, *Determinations philosophiques d'une théorie juridique: La Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau (1)* în *Archives...*, p. 249
- ⁴³ *Idem*, p. 17
- ⁴⁴ A. Sériaux, citat de Jean - Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, op. cit., p. 2
- ⁴⁵ Christian Atias, op. cit., p. 19
- ⁴⁶ „Façonée ou non par des théories doctrinales, la construction ne satisfait pas les économistes, car ils sont allergiques à l'idée d'un patrimoine nul ou négative.” - François Terré, *Variation de sociologie juridique sur les biens*, în *Archives...*, p. 27
- ⁴⁷ Dan Chirică, op. cit., p. 30

- ⁴⁸ „Există, deci, minus 10 lei? [...] Am putea observa că minusul civil nu există în sine, precum plusul civil. Scala de valori patrimoniale nu poate fi decât pozitivă, cu originea în zero, adică în lipsa vreunui activ patrimonial. Cine nu are nimic este la zero și se poate consola cu ideea că patrimoniul său încă există...” - Paul Vasilescu, *Cesiunea de contract între nominalism și realism juridic*, în *Cesiunea de contract, repere pentru o teorie generală a formării progresive a contractelor*, Ed. Sfera Juridică, Cluj, 2007, p. 33
- ⁴⁹ Era și cazul lui Marcel Planiol
- ⁵⁰ Spre exemplu, existența dreptului de suprafață chiar în lipsa unei reglementări la acea vreme
- ⁵¹ Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome premier, Librairie Cotillon, Paris, 1900, p. 295
- ⁵² Idem, p. 297
- ⁵³ Idem, p. 298
- ⁵⁴ Idem, p. 298-299
- ⁵⁵ Jean - Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, op. cit., p. 36
- ⁵⁶ Marcel Planiol, op. cit., p. 302
- ⁵⁷ „On a donc essayé de mettre le droit de propriété au-dessus des lois, de façon à ne laisser au législateur que le rôle d'un arbitre, intervenant pour régler le droit de propriété, non pour le créer.” - idem, p. 379
- ⁵⁸ Conform *Doomsday Books*, registre comandate de regele William, conținând situația terenurilor și păstrate la arhivele naționale ale guvernului britanic - <http://www.nationalarchives.gov.uk>
- ⁵⁹ Ugo Mattei, *Basic principles of property law - a comparative legal and economic introduction*, Greenwood Publishing Group, 2000, p. 6
- ⁶⁰ teren, imobil, avere, chiar raportul dintre activ sau pasiv în anumite contexte; de la termenul latin de *status*, care arată poziția socială, starea de fapt în cadrul piramidei sociale
- ⁶¹ Samantha Hepburn, *Principles of property law*, Series Editor: Professor Phillip H. Clarke, 2nd edition, Cavendish Publishing, London, 2001, p. 4
- ⁶² S. H. Goo, *Sourcebook on Land Law*, 3rd edition, Cavendish Publishing, London, 2002, p. 3
- ⁶³ op. cit., p. 4
- ⁶⁴ Ugo Mattei, op. cit., p. 11
- ⁶⁵ S. H. Goo, op. cit., p.
- ⁶⁶ Ugo Mattei, op. cit., p. 7
- ⁶⁷ S. H. Goo, op. cit., p. 3; sintagma se traduce literal prin „datorită cumpărătorilor”, a situației juridice ivite
- ⁶⁸ Ugo Mattei, op. cit., p. 12
- ⁶⁹ În esență, instrument juridic de confirmare a tranzacției deja efectuate, la care, în plus față de părți, asistă cel puțin un martor
- ⁷⁰ Martin Dixon, *Principles of land law*, 4th edition, Cavendish Principles of law series, London, 2002, pp. 12-13
- ⁷¹ o rentă, un privilegiu, drept, sau înlesnire asupra terenului; idem, p. 10
- ⁷² idem, p. 9
- ⁷³ Martin Dixon, op. cit., pp. 16-17
- ⁷⁴ Charles J. Jacobus, *Real estate principles*, 11th edition, Cengage Learning, Mason (Ohio), 2010, p. 100
- ⁷⁵ Idem, p. 101
- ⁷⁶ Hawaii, Massachusetts, Minnesota, New York, Colorado, Georgia, Carolina de Nord, Ohio, Virginia și Washington
- ⁷⁷ Art 551 din Noul Cod Civil

TESTAMENTUL OLOGRAF ȘI PONDEREA FORMALISMULUI: UN STUDIU APLICAT PE PROBLEMA DATEI¹

Mircea-Dan BOB*

Résumé: *Le testament olographe et la portée du formalisme: étude appliquée au problème de la date.* Le nouveau code civil roumain n'a apporté aucune modification au texte régissant le testament olographe dans le code de 1865. Emprunté au code napoléonien (art. 970), il reste en tant que tel en dépit de la jurisprudence tumultueuse générée par sa datation. Notre analyse s'interroge sur la signification et sur l'opportunité de son maintien en tant que tel.

La jurisprudence roumaine a suivi au début la rigidité des tribunaux français dans l'observation des exigences formelles imposées par l'art. 970 (art. 859 roumain). Sous l'influence des assouplissements successifs apportés en France après une décision prononcée par la Cassation civile en 1855, elle s'est prise après la moitié du XX^e siècle même la liberté d'une position plus courageuse. Il sera utile de comparer cette orientation du juge roumain avec les revirements provoqués en France par les arrêts Payan et Garon et avec la jurisprudence québécoise sur le testament informatique.

Cuvinte cheie: *testament olograf; formalism; dată; nulitate*

Mots clés: *testament olographe; formalisme; date; nulité*

Există un text care a tranzitat neschimbat din vechiul în noul cod civil:

Art. 859 – Testamentul olograf nu este valabil decât când este scris în tot, datat și subsemnat de mâna testatorului.

ART. 1041 – Testamentul olograf

Sub sancțiunea nulității absolute, testamentul olograf trebuie scris în întregime, datat și semnat de mâna testatorului.

Art. 859 c.civ. preluase la 1864 aproape tot textul francez al art. 970, considerând ca inutilă remarca finală a legiuitorului francez: „il n'est assujetti à aucune autre forme”. Redactarea art. 1041 NCC a avut ca repere vechiul art. 859, precum și art. 1002 Cod civil 1940, art. 602 c.civ. italian și 505 c.civ. elvețian: conținutul este păstrat și se adaugă precizarea sancțiunii, anterior prevăzută la art. 886 c.civ. Identic pe formă, textul a rămas oare identic și pe fond? Cu alte cuvinte: interpretarea de care beneficia la 1804 a rămas aceeași în 2011?

Interogația ni se pare necesară ținând cont de configurația testamentului olograf: solemnitățile sale simple îl fac extrem de accesibil și, concomitent, lesne contestabil². Comentând un caz practic de contestare a validității testamentului, un autor francez observa:

„Această speță ne face să vedem limpede o dată în plus nenumăratele dificultăți și contestații ce se ridică zilnic în ceea ce în mod paradoxal se numește comunitatea de moștenitori, o comunitate în care, în ciuda numelui, divizarea este la ordinea zilei. Constatarea se verifică mai ales în succesiunea testamentară, căci reacționăm cu mai multă animozitate împotriva voinței uni om pe care l-am văzut trăind și despre care considerăm a ne fi exclus decât împotriva deciziei abstracte și impersonale a legii”³.

Iată motivele pentru care considerăm necesar a răspunde la întrebările mai sus formulate. O vom face analizând jurisprudența română și cea străină în materie, urmărind analizele teoretice ce le-au acompaniat și încercând în final o concluzie sintetică din perspectiva evoluției formalismului testamentar.

1. Jurisprudențele română și franceză au produs câteva decizii interesante, ce merită analizate.

Jurisprudența franceză a determinat înainte de toate ce se înțelege prin dată în sensul art. 970 Cod Napoléon (art. 859 c.civ. 1864). În tăcerea codului, Casația a stabilit că data cuprinde indicarea zilei, lunii și anului, nefiind necesară precizarea orei și locului testării⁴.

1.1. Curtea noastră de casație a apreciat într-o cauză că „data fiind un element esențial al testamentului olograf, lipsa ei atrage nulitatea testamentului. O dată greșită sau incompletă nu este însă tot una cu lipsa de dată și nu poate avea întotdeauna drept consecință anularea testamentului. Astfel, dacă judecătorii de fond constată că data testamentului este inexactă nu din cauza voinței testatorului, ci numai din cauza nebăgării sale de seamă și dacă pe lângă aceasta se poate îndrepta eroarea și fixa în mod sigur data cu ajutorul dispozițiilor din testament sau a altor fapte sau probe, chiar afară din testament, dar care sunt în strânsă legătură și dau înțelesul dispozițiilor din testament, atunci nu mai este nici un motiv a se anula testamentul”⁵. Instanța de fond, respectiv cea de recurs, „examinând diferitele dovezi produse de părți a constatat în fapt mai întâi că antedatarea testamentului nu este făcută cu știință și voință, cum pretinde recurenta, ci este numai rezultatul inadvertenței testatorului; că apoi, pentru a stabili că adevărata dată este 15 iulie 1897, Curtea de apel s-a întemeiat pe dispozițiile din testament și pe faptul că testatorul s-a căsătorit cu soția sa în anul 1880, cum și pe faptul că tocmai în anul 1887 luna septembrie, au fost terminate casele care prin testament sunt lăsate soției sale”⁶.

Observăm cum, urmând poziția adoptată începând din 1855 de Casația franceză⁷, Curtea de Casație de la București a utilizat elemente intrinseci ale testamentului, coroborate cu elemente extrinseci dar legate de acesta, pentru a reconstitui data și a valida în final testamentul olograf.

1.2. Într-o acțiune de ieșire din indiviziune, intentată de frații unui soldat decedat în războiul din 1916, împotriva altor frați și a văduvei defunctului pentru împărțirea averii rămasă pe urma acestuia⁸, soția produce în fața tribunalului un testament emanând de la defunct, susținând că averea arătată în acțiune i se cuvine, întrucât îi fusese lăsată în întregime prin actul de ultimă voință invocat. Chestiunea a fost complicată de împrejurarea că testamentul fusese scris pe o carte poștală trimisă nedată soției pârâte: instrucțiunile militare interziceau ostașilor de pe front să pună data sau localitatea de unde scriau. La obiecția reclamantilor care, deși recunoștea că testamentul este scris și subscris de testator, susțineau însă că este nul fiindcă nu este datat, soția invocă cazul de forță majoră notoriu și necontestat care a împiedicat pe testator de a-și data testamentul, motivând că această împrejurare poate să-l dispenseze de condiția datei și să-l facă valabil ca testament olograf.

În hotărârea Tribunalului Prahova s-a reținut: „împrejurarea că un testament olograf, scris de un militar de pe front pe o carte poștală, este lipsit de dată din cauza instrucțiunilor militare care interziceau ostașilor în timpul războiului să pună data și localitatea de unde scriau, nu poate dispensa testamentul de condiția datei, întrucât, legiuitorul prevăzând atât pentru testamentele obișnuite cât și pentru cele excepționale anumite condiții de formă, aceste condiții trebuiesc îndeplinite, indiferent de forma la care a recurs testatorul pentru a-și redacta actul său.

Deși după art. 859 C.civ. data este, ca și scrierea și subscrierea testatorului, o condiție de validitate a testamentului olograf, totuși rațiunea datei fiind de a se stabili dacă testatorul a fost capabil în acel moment și, în acest caz de pluralitate de testamente cu dispoziții contrarii, de a se ști care e cel din urmă și a revoca pe celelalte, înseamnă că data nu mai e necesară și poate chiar lipsi când e necontestat că testatorul a fost capabil și că nu a mai lăsat nici un alt testament decât cel în discuție. [...] Stabilindu-se că testatorul a murit la începutul lunii octombrie 1916 și că a plecat în război ca rezervist după 15 august 1916, iar de altă parte prezumția fiind că scrisoarea a trimis-o după câțva timp de la plecare, urmează că data se poate determina în luna septembrie 1916, așa că în acest caz se poate spune că testamentul are dată și poate fi considerat ca valabil din acest punct de vedere”⁹.

Vedem deci cum judecătorii au validat un testament olograf pentru care au putut reconstitui numai parțial data. Adnotatorul speței critică hotărârea acestora, pronunțându-se pentru nulitate. El se realizează astfel la poziția jurisprudenței și doctrinei franceze din prima jumătate a sec. XIX, conform căreia absența totală a datei din

textul testamentului nu poate fi indiferentă¹⁰; acceptă însă posibilitatea rectificării sau completării acesteia în scopul de a recupera complet momentul temporal al testării. Pe urmele practicii franceze¹¹, rectificarea o consideră posibilă numai în caz de eroare din partea testatorului; altfel, nulitatea va sancționa data falsă¹². În ambele ipoteze, la restabilirea datei se va putea proceda „numai cu elemente sau indicații trase din cuprinsul testamentului. [...] În fine, este în afară de orice îndoială că împrejurările din afară de testament, care, luate izolat, nu sunt suficiente pentru completarea datei, pot să se coroboreze cu enunțările făcute de testator în cuprinsul testamentului, pentru a întări astfel dovada precisă a datei. Pentru aceasta însă, trebuie ca elementele furnizate chiar de testator în act să restabilească suficient data testamentului și numai apoi să se recurgă la împrejurările externe”¹³.

Tot un testament redactat în vreme de război a provocat Curtea de casație franceză să decidă: „Este valabil testamentul scris pe o carte poștală interzonală și datat „4 noiembrie”, de vreme ce s-a dovedit că testatorul Perronet nu se găsea în locul în care cartea fusese scrisă nici în 1940 nici în 1941, că respectivele cărți poștale au circulat numai în perioada 1940-1942 și că dispunătorul a decedat în 1943. Instanța poate reconstitui astfel data testamentului ca fiind 4 noiembrie 1942”¹⁴. Vedem cum instanța franceză adoptă o poziție mai rigidă decât cea a Tribunalului Prahova mai sus raportată și, așa cum preconizase nota sa Barbu Scondăcescu, nu validează testamentul până nu îi reconsituie integral data.

Aceeași soluție completă este reținută și pentru un testament din care data lipsea inițial cu desăvârșire. După testatoarea care se sinucisese s-a găsit un plic conținând o hârtie scrisă și semnată de aceasta: „Adio, Albert! Îți dau tot ceea ce îmi aparține. Alice Gilbert”. Casația franceză a concluzionat că „trebuie respins recursul promovat împotriva deciziei prin care judecătorii fondului consideraseră că fraza „Adio, Albert!”, prin scurtimea și solemnitatea exprimării, nu permite nicio incertitudine cu privire la succesiunea aproape instantanee a redactării actului și a consumării sinuciderii”¹⁵. Tonul melodramatic (element intrinsec) permite situarea redactării imediat înaintea sinuciderii, datată prin expertiza medicală (elementul extrinsec)¹⁶.

1.3. Într-o altă cauză succesorală¹⁷, legatară a cerut notarului să constate că este titulara drepturilor patrimoniale de autor de la scriitorul Anton Holban, în temeiul testamentului său olograf. Starea materială și cuprinsul acestui testament au fost stabilite, potrivit art. 892 c.civ., de către notar prin procesul-verbal din 2 iunie 1958, constatându-se că *de cuius* a lăsat discoteca sa unui prieten, iar celelalte bunuri petiționarei, logodnica sa. În cuprinsul cărții poștale cu clauze testamentare, dispunătorul arată că este în spital, printre operați și că joi dimineața va fi supus unei intervenții chirurgicale, manifestându-și regretul că nu și-a întocmit din timp testamentul. Prin încheierea din 7 august 1958, notarul a respins cererea de eliberare a certificatului de

moștenitor, motivând că testamentul olograf prezentat de petiționară nu este datat, neavând indicată decât mențiunea „marți, cu două zile înainte de operație”. Tribunalul sesizat cu acțiune în constatare de către legatară a validat testamentul, reținând că „deși incomplet datat, este valabil, putându-se stabili când a fost întocmit. [...] Reiese din numeroase scrisori primite de petiționară de la Anton Holban că acesta menționa în mod obișnuit ca dată numai ziua conceptării corespondenței și anume ziua din săptămână când a scris scrisoarea. În același fel a fost datată și cartea poștală în care se cuprinde testamentul în discuție. Această carte poștală poartă și ștampila oficiului poștal din București, Gara de Nord, cu data de 7 ianuarie 1937, iar decesul lui Anton Holban a avut loc la 15 ianuarie 1937, consecutiv operației la care a fost supus. În consecință, tribunalul constată că testamentul a fost datat de Anton Holban în stilul său propriu, utilizat de acesta în întreaga sa corespondență și că, față de existența elementelor de fapt ce stabilesc cu mare aproximație ziua conceptării testamentului olograf, acesta este valabil, întrunind condițiile cerute de art. 859 C.civ.”¹⁸. În nota redactată de Octavia Căpățână la această sentință, se arată că:

„Testamentul olograf cu dată incompletă constituie un act inform, deoarece nu satisface una din condițiile de solemnitate impuse de lege pentru validitatea sa (identificarea precisă a zilei când a fost întocmit). Ca atare, data incompletă – asimilabilă cu lipsa totală de dată – justifică, într-o interpretare strictă sancțiunea anulării în temeiul art. 859 și 886 c.civ. O soluție atât de rigidă contrazice însă, prin formalismul ei, principiul că enunțările inserate într-un înscris (cum sunt și indicațiile incomplete referitoare la dată) trebuie înțelese în sensul în care pot produce un efect juridic, după cum recomandă art. 978 C.civ., aplicabil prin extensie și testamentelor. E preferabilă interpretarea care urmărește să valideze, iar nu să infirme actul juridic. Tendința de a evita nulitatea își găsește însă limitarea firească în necesitatea de a respecta caracterul solemn al testamentului olograf”¹⁹.

Octavian Căpățână ajungea pe aceste baze teoretice la concluzia posibilității de a valida o dispoziție *mortis causa* olografă, completând data prin utilizarea de elemente intrinseci testamentului pentru a o recupera). Autorul admite în plus apelarea, la nevoie, la elemente de fapt exterioare actului, dar numai în măsura în care „își află originea în enunțările actului de ultimă voință”²⁰. Dar Căpățână precizează în final – asemenea lui Barbu Scodărescu – că nu admite validarea testamentului decât dacă data poate fi complet reconstituită: „din cuprinsul cărții poștale rezultă că testatorul a scris-o fiind internat în spital, cu două zile înainte de intervenția chirurgicală la care a fost supus. Data nu se reduce prin urmare la simpla indicație „marți” (care echivalează cu o totală nedatăre), ci mențiunile care o compun, deduse numai din enunțările testamentului, sunt următoarele. „marți, cu două zile înainte de operație”. Elementele intrinseci arătate puteau fi completate, stabilindu-se exact ziua când a avut

loc intervenția chirurgicală. În cazul când această circumstanță de fapt, extrinsecă, dar trăgându-și izvorul direct din contextul testamentului, se putea preciza neîndoielnic, însăși data actului de ultimă voință se întregea de la sine; ca mijloc suplimentar de verificare putea servi și ștampila aplicată de oficiul poștal pe corespondența dispunătorului. Dacă din probele arătate s-ar fi desprins – nu cu aproximație, ci în mod precis – ziua întocmirii testamentului, soluția validării acestuia, corectă în principiu, ar fi devenit judicioasă și în speță²¹.

1.4. Fostul Tribunal Suprem a trebuit să se pronunțe la începutul anilor șaptezeci asupra unei ipoteze (cel puțin aparent) asemănătoare²²: colateralii privilegiați ai unei defuncte pictorițe din București au avut surpriza de fi confrunțați cu amantul antecesoarei lor, care s-a prezentat în calitate de legatar universal. Pretențiile și le întemeia pe inscripționarea realizată cu penelul pe spatele unui tablou al decedatei: „las moștenire tot ce am lui Vadi”, semnat „Vavilina – 1969”. Reclamanții au invocat nulitatea acestui testament, în principal pentru că nu este datat și în subsidiar pentru că scrisul nu aparține defunctei. Fostul Tribunal al municipiului București a admis acțiunea, considerând că inscripția de pe tablou este „o abilită adăugire”, dar instanța de recurs a casat cu trimitere spre rejudecare. Tribunalul greșise, a considerat instanța de recurs, mai întâi când nu permisesese legatarului să probeze autenticitatea testamentului. De asemenea, „nulitatea relativă pentru datarea incompletă a testamentului poate fi acoperită în situația în care se învederează că, la data întocmirii lui, nu au existat efecte care să contrazică scopul – de ocrotire – al dispozițiilor art. 859 C.civ. și a căror înlăturare să fie necesară prin mijlocirea nulității”²³. Aceasta înseamnă că, din moment ce incapacitatea testatoarei nu fusese invocată și nici nu se produsese testamente ulterioare celui litigios, sancțiunea nulității nu mai are rațiune de a fi aplicată. Prima adnotare făcută speței este una critică: „Pornind însă de la necesitatea unui control efectiv asupra realității actului invocat, credem că nu se poate afirma că, în dreptul socialist, formalitățile cerute de lege pentru validitatea testamentelor ar putea fi înlăturate, și anume, chiar acelea prevăzute de lege sub pedeapsă de nulitate. Scopul acestor formalități este tocmai să garanteze că actul cuprinde voința testatorului și că nu a fost plăsmuit de persoane interesate. Astfel, în speță, era mai ușor să se adauge pe un tablou care purta semnătura pictorului și anul în care a fost pictat, cele câteva cuvinte care cuprindeau legatul, decât să se completeze data: această completare ar fi sărit în ochi că este adăugată”²⁴. Al doilea adnotator își însușește poziția Tribunalului Suprem, arătând că data în testamentul olograf “nu prezintă importanță prin ea însăși, adică ca element formal, ci pentru că îndeplinește o dublă funcție: aceea de a stabili capacitatea de a dispune a testatorului, verificată în momentul redactării înscrisului și aceea de a permite, eventual, înlăturarea

testamentelor anterioare, dat fiindcă ultimul datat revocă pe toate celelalte”²⁵. Opinia ultimă consacră ceea ce se numește data indiferentă în testamentul olograf.

Se observă cum jurisprudența română a pornit de la aplicarea întocmai a exigenței datării, așa cum o prevedea textul din cod și cum o practica jurisprudența mamă din Franța. A ajuns însă treptat la o interpretare mai suplă, în care data nu trebuie integral reconstituită și poate fi chiar indiferentă, câtă vreme rațiunile-i identificate nu sunt lezate. Pe autorii noștri i-am văzut în schimb reacționând în consens cu poziția reticentă din Franța.

Această poziție a suferit însă un prim reviriment fundamental în 1983 prin decizia Payan: „judecătorii fondului s-au înșelat pronunțând nulitatea unui testament olograf datat numai „ianuarie 1975”, câtă vreme nici incapacitatea testatorului nici existența unui testament ulterior incompatibil nu fuseseră dezbătute între părți”²⁶. Era pentru prima dată când practica franceză accepta indiferența datei: acolo unde o dată completă este inutilă, absența zilei este lipsită de consecință²⁷. Lucrurile au fost duse și mai departe prin decizia în cazul testamentului Garon. Un preot de țară din zona orașului Limoges dispusese în testament de veniturile slujbelor ce urma să le țină. Mustrat mai apoi de conștiință în fața unei morți iminente, a scris un act, prin care lăsa respectivele venituri unui colateral cu sarcina de la le vărsa episcopiei din Limoges, pe care în grabă a uitat să-l dateze²⁸. Curtea de casație a decis: „în pofida absenței datei, un testament olograf nu va fi lovit de nulitate când elemente extrinseci actului, coroborate prin elemente intrinseci, stabilesc că a fost redactat în cursul unei perioade determinate și că nu s-a demonstrat că în cursul acestei perioade testatorul ar fi fost lovit de o incapacitate de a testa sau ar fi redactat un testament revocator sau incompatibil”²⁹.

Teoria datei indiferente în testamentul olograf a ajuns deci să fie acceptată în jurisprudența franceză mai târziu decât în cea română. De asemenea, acceptarea vizează numai situația în care se poate totuși identifica un interval de timp în care ultima voință fusese manifestată (în speță, Garon testase cândva între 28 septembrie 1999 – data primului testament – și 4 august 2000, când a decedat) și numai dacă moștenitorii contestatari nu demonstrează necesitatea de a cunoaște precis data pentru acest interval (problemă de incapacitate sau de testament subsecvent revocatoriu)³⁰.

2. Am expus până aici poziția practicii, urmărind în paralel jurisprudențele română și franceză. Teoria nu a rămas indiferentă la tendințele acestora, astfel că este momentul să îi analizăm poziția.

Diminuarea exigențelor formale în materie testamentară a fost remarcată și evaluată teoretic în 1932 de către profesorul Louis Josserand, într-un studiu rămas de notorietate³¹. Acesta constata în plan general existența unei tendințe de consensualizare

a actelor juridice și, în particular, faptul că donația nu mai este demult un act formal. Josserand se pronunță în final împotriva tendinței de desolemnizare, dar această concluzie viza numai exigența scrierii în testamentul olograf, nu și pe cea a datei.

S-a constatat mai apoi cum notarii francezi luaseră până în anii șazeci ai secolului trecut obiceiul de a-și sfătui clienții să testeze olograf și să-și depună testamentul la ei, ceea ce a dus la raritatea testamentului autentic. Aici s-a produs o schimbare inevitabilă. Testamentul olograf este unul foarte apropiat de un act sub semnătură privată, fiind suficient pentru validitatea sa formalismul redus la de la 970 fr. / 859 rom. c.civ., formalism care în final se tinde a fi uitat. Era unul dintre rarele acte solemne la care forma cerută *ad validitatem* nu este cea autentică. Matricea de ultimă voință fiind discretă, aceste ultime voințe tind să ocupe primul plan, iar determinarea conținutului și existența lor ajunge să pară esențialul.

De aici au rezultat ezitățile jurisprudențiale din perioada respectivă, Curtea de casație ajungând, de exemplu, să constate în mod regretabil că “ruperea unui testament nu atrage prezumția de revocare a acestui act. Revine judecătorilor fondului să cerceteze [...] în funcție de circumstanțele cauzei și de cele ale distrugerii însăși, dacă voința testatorului a fost de a aneantiza dispozițiile testamentare anterioare”³². Jurisprudența menționată are la bază următorul raționament: faptul în sine că testamentul este găsit rupt nu dovedește nimic. Dacă se descoperă că testatorul a făcut-o, atunci trebuie cercetat dacă vrut sau nu să-l revoce. Curtea de Casație franceză a fost astfel treptat condusă să încurajeze judecătorii fondului la investigații subtile, uneori cvasidivinatorii. Voința revocatorie trebuie să reiasă din starea în care titlul este descoperit. Determinarea acestei voințe conducea astfel judecătorii la un dialog unic, desfășurat dincolo de tăcerea mormântului, cu cel căruia încearcă să-i pătrundă adevăratele intenții. Magistrații au ajuns să aibă uneori nevoie de tehnica unui Sherlock Holmes pentru a desluși enigme provocate de testatori. În aceste condiții, interpretarea suverană a judecătorilor fondului era deseori supusă hazardului. Voința de a cerceta cu orice preț veritabilele dorințe ale autorului ruperii a ajuns să se învecineze cu arta de a face să vorbească morții³³.

Constatăm aici o tendință voluntaristă în dauna uneia care a fost numită formalistă³⁴, tendință ce s-a manifestat și în România în privința revocării legatului particular al unui bun determinat prin înstrăinarea obiectului legat (art. 1038 fr. / 923 rom., având corespondent în art. 1068 alin. 2 și 3 NCC). Din text rezultă că revocarea operează datorită intenției pe care înstrăinarea o reflectă, intenție deductibilă atât dintr-un act de înstrăinare chiar desființat ulterior, cât și – deși textul legal nu prevede – dintr-un antedcontract ce nu a mai apucat să fie executat pentru a deveni înstrăinare definitivă³⁵. Înstrăinarea joacă în această materie rol de formalitate echivalentă și

contrară celei întrebuițată la facerea legatului. Soluția este acceptabilă, admitând că astăzi practicăm un formalism pragmatic în locul celui instinctiv, simbolic, specific începuturilor romane și epocii adoptării Codului Napoléon.

3. O ilustrare a aceleași tendințe voluntariste o găsim în practica din Québec. Precizăm că formele testamentelor ordinare fiind încă din vechiul Cod civil al Canadei de Jos (1866) o combinație între cele franceze și engleze³⁶, testamentul olograf nu are nevoie de dată. Art. 850 din acest cod se regăsește în actualul art. 726 din Codul civil Québec (1994): „Le testament olographe doit être entièrement écrit par le testateur et signé par lui, autrement que par un moyen technique. Il n'est assujetti à aucune autre forme”. Într-o cauză, testatoarea își consemnase ultimele voințe într-un document Word, pe care îl salvase pe o dischetă și pe a cărei etichetă semnase. Avocații legatarului au susținut în fața instanței posibilitatea de a asimila discheta unui plic conținând un testament olograf³⁷. Cererea de validare se baza pe jurisprudența dezvoltată sub vechiul cod din 1866; aceasta recunoștea validitatea unui testament nesemnat, dar conținut într-un plic purtând semnătura autorului său, jurisprudență care ar trebui să se aplice *mutatis mutandis* și testamentului informatic³⁸. La circumstanțele descrise s-a mai adăugat și o lege intrată în vigoare în noiembrie 2001, care echivala în materie de procedură civilă toate probele tradiționale cu cele echivalente electronice³⁹. Față de ezitățile judecătorilor confrunțați cu asemenea cereri, doctrina s-a pronunțat în manieră extrem de critică: admiterea validității reduce „regulile de formă ale testamentelor la reguli de probă, în loc să le considere așa cum au fost întotdeauna și cum continuă să fie, reguli esențiale pentru existența actului”⁴⁰. Unul dintre proiectele de reformare a vechiului cod din 1866 vizase așa-numitul testament declarat, ce ar fi putut cuprinde și pe cel informatic. Dar niciunul dintre proiectele ulterioare ce au precedat versiunea finală din 1991 nu l-au acceptat, de unde s-a concluzionat că legiuitorul din Québec nu a intenționat așa ceva; dimpotrivă, cere act scris de însuși testatorul în mod fizic⁴¹.

4. Concluzia sintetică este bine ilustrată în următoarele rânduri: „Autoritatea publică este deseori ferm convinsă că actele private mai importante trebuie să fie însoțite de forme riguroase (ca și cum procedurile pe care ea însăși le practică ar trebui să găsească ecou în obișnuitul sau în extraordinarul cetățenilor). Rezistența celor care încheie respectivele acte este adesea la înălțimea convingerii autorității: sursă de cheltuieli, formele impuse au toate șansele de a revela celuiilalt (de la primul la infinit) un act asupra existenței căruia secretul era în plan imediat de dorit. Cât privește pe cei a căror meserie este redactarea actelor, preocupați să răspundă solicitărilor clienților lor, ei construiesc formule apte a împăca evicțiunea formalismului

legal și validitatea operațiunii juridice: excesul de formalism suscită expedientul care îl va neutraliza. [...] Pe terenul liberalităților, legiuitorii și magistrații n-au abolit defel regulile de formă; le-au îmblânzit doar, din preocuparea de a împăca două exigențe contradictorii: evitarea anihilării, datorită unei simple neregularități de formă, a voințelor exprimate; asigurarea sincerității dispozițiilor testamentare. Căci formalismul nu este întodeauna o înfloritură inutilă. Dacă este important să se evite o invazie paralizantă, nu trebuie ca denunțarea excesului de formalism să alimenteze vreo cruciadă care, în numele exaltării voinței, ar pretinde expulzarea oricărui formalism. [...] Jocul formelor poate constitui un instrument major de securitate juridică⁴².

Profesorul Grimaldi observa cum interpretarea testamentelor în maniera criticată a dus în practică franceză la excese: refacerea testamentelor prin metode ce frizează arta divinatorie. Dar jurisprudența asupra datei în testamentul olograf este una care nu cade în exces în privința desolemnizării testamentului⁴³.

Suntem și noi de părere că în materie testamentară trebuie aplicat un formalism rațional: nici rigiditatea specifică formalismului instinctiv despre care am scris mai sus, dar nici un liberalism total care să răpească orice rol condițiilor de formă – iar acest lucru credem că validează menținerea formulării din vechiul art. 859 c.civ. Noul cod civil solicită la art. 1041 manuscrierea, semnarea autografă și datarea testamentului olograf, în art. 1039 alin. 2 se arată că „elementele extrinseci înscrisului testamentar pot fi folosite numai în măsura în care se sprijină pe cele intrinseci”, iar din interpretarea *per a contrario* a art. 1253 reiese că nu vom aplica sancțiunea nulității dacă rațiunile de a fi ale datei nu sunt obiect al disputei între părți⁴⁴. Aceste texte oferă temei pentru rezultatele la care s-a ajuns prin evoluția rezolvărilor de speță redate mai sus: data incompletă, greșită involuntar sau absentă în testamentului olograf poate fi reconstituită sau, dacă nimeni nu invocă incapacitatea testatorului sau vreun testament revocatoriu, poate fi considerată ca fiind indiferentă. Constatăm că s-a ajuns într-un punct în care se poate da un răspuns stabil constatării premonitoare aparținând unui autor francez: „Dreptul testamentelor continuă să fie împărțit între exigențele contradictorii ale voluntarismului și cele ale formalismului. Este un echilibru instabil, în care nu se va putea menține la nesfârșit. Mai devrem sau mai târziu, va trebui să se fixeze într-o parte sau în alta”⁴⁵.

Din punctul de vedere al practicii, observăm că nu avem deocamdată în materie vreo decizie mai recentă decât cele din anii șaptezeci ai secolului trecut. Ca urmare, față de raritatea acestei forme de testare în ultima jumătate de secol⁴⁶, notarii români sunt reticenți în a valida un testament olograf impropriu datat și preferă să trimită cauza succesorală la instanță pentru soluționare⁴⁷. În Franța, unde varietatea olografă este frecventă, s-a acționat deja în această direcție: urmare a jurisprudenței nesigure referitoare la dată, Congresul notarilor francezi din 1975 a

adoptat rezoluția nr. 72 prin care s-a solicitat ca legislația să fie modificată în sensul de a prevedea depunerea testamentului olograf în depozit la notar, care să menționeze data pe documentul închis ce îi este remis. Această înseamnă că notarul va fi cel care dă dată testamentului olograf. Propunerea a fost inclusă în Oferta de lege a grupului condus de regretatul profesor Pierre Catala⁴⁸ și este aplicată în practica notarială franceză⁴⁹. Este de remarcat că această practică beneficia în Olanda de consacrare legală chiar și sub vechiul lor cod civil din 1838: la art. 979 se prevedea că testamentul olograf scris și semnat de testator va fi depus la un notar spre păstrare⁵⁰, dobândind din acel moment și dată.

¹ Materialul reprezintă forma dezvoltată a comunicării susținute în cadrul Seminarului profesional „Reforma dreptului privat român în contextul federalismului juridic european – Notarul public, agent fiduciar al părților, instrument de securitate și stabilitate a raporturilor juridice”, Cluj-Napoca, 13-15 iunie 2012, organizat de către Camera notarilor publici Cluj.

* *Lector, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; mirceabob@law.ubbcluj.ro*

² V. pentru detalii Francisc Deak, *Tratat de drept succesoral*, Universul juridic, București, 2002, p. 185; Dan Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Rosetti, București, 2003, p. 187. Asupra fragilității formei olografe, v. și Marc Nicod, *La réforme du droit des testaments*, în *Le droit patrimonial de la famille: reformes accomplies et à venir*, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, tomul IX/Strassbourg, Dalloz, Paris, 2006, p. 65; Christian Jubault, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 438 nr. 738.

³ Henri Vialleton, notă la C.Ap. Paris, dec. din 10.X.1959, în D. 1960.J.269.

⁴ Req., dec. din 9.XI.1814 și dec. din 22.XI.1870, citate de Marc Nicod, *Formalisme des testaments*, în Michel Grimaldi (coord.), *Droit patrimonial de la famille*⁴, Dalloz, Paris, 2011, p. 888 nota 11. În aceeași direcție s-a orientat și jurisprudența română (v. deciziile citate de Dimitrie Alexandrescu, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, Tomul IV Partea 2 (Testamentele), Socec, București, 1914, p. 57 la notele 1 și 3).

⁵ Cas.I, dec. 421/2.X.1905, în Bul. 1905.1211 și redată în Mircea Dan Bocșan, *Practică testamentară. Jurisprudență română 1865-2002*², Rosetti, București, 2003, p. 84.

⁶ *Practică testamentară*, p. 85.

⁷ Req., dec. din 8.V.1855, citată de Nicod, *Formalisme*, p. 889 nota 10.

⁸ Trib. Prahova s.I, sent.civ. 223/16.V.1927, în PR 1928.II.111, notă Barbu Scondăcescu, redată în *Practică testamentară*, p. 210-219.

⁹ *Practica testamentară*, p. 210-211.

¹⁰ *Practica testamentară*, p. 218-219.

¹¹ Req., dec. din 19.II.1818 și din 12.VI.1821, citate de Nicod, *Formalisme*, p. 889 nota 7.

¹² În același sens: „Dacă se stabilește că testamentul a fost ante- sau postdatat, acest testament este nul, ca având o dată falsă, deci ca neavând nici o dată. Această nulitate este ireparabilă, în asemenea caz, data actului neputând să mai fie rectificată nici chiar cu elementele ce judecătorii le-ar culege din chiar termenii testamentului” (Trib. Botoșani, sent.civ. 351/1930, Jur.Gen. 1931.815.667.).

- ¹³ *Practica testamentară*, p. 215. În același sens, Fratea Dârlea, Notă la dec. 743/16.V.1933 a Cas. I civ., în *Practica testamentară*, p. 241.
- ¹⁴ Cass.civ., dec. din 24.VI.1952, în JCP 1952.II.7179, notă Pierre Voirin, RTDciv. 1952, p. 531, notă René Savatier.
- ¹⁵ Cass.civ. I, dec. din 11.X.1955, în D. 1956, p. 5.
- ¹⁶ Michel Grimaldi, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Litec, Paris, 2000, p. 280.
- ¹⁷ Trib.pop. raion 1 mai București, sent.civ. 327/ 19.I.1959, Notă Octavian Căpățână, în LP 12/1959, p. 13 și redată în *Practica testamentară*, p. 318-321.
- ¹⁸ *Practica testamentară*, p. 319.
- ¹⁹ *Practica testamentară*, p. 319-320. Eliescu se raliase la soluția lui Căpățână (Mihail Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul RSR*, Ed. Academiei Române, București, 1966, p. 210).
- ²⁰ *Practica testamentară*, p. 320 și 321.
- ²¹ *Practica testamentară*, p. 321.
- ²² TS civ., dec. 2841/18.XII.1974, în RRD 11/1975 p. 47, redată în *Practica testamentară*, p. 334-336.
- ²³ *Practica testamentară*, p. 334. Trecem aici peste eroarea gravă a instanței, care aplică nulitatea relativă pentru ignorarea unei condiții de formă ...
- ²⁴ Gheorghe D. Dumitrescu, Nota (I) la dec. dec. 2841/18.XII.1974 a TS civ., *cit.supra*, p. 338.
- ²⁵ Octav G. Gheorghiu, Nota (II) la dec. dec. 2841/18.XII.1974 a TS civ., *cit.supra*, p. 338-340.
- ²⁶ Cass.civ. I, dec. din 9.III.1983, în *Bull.civ I*, nr. 95 și în RTDciv. 1983, p. 775 notă Jean Patarin.
- ²⁷ Michel Grimaldi, *La jurisprudence et la date du testament olographe*, în D. 1984.Chron.253.
- ²⁸ Philippe Malaurie, *Les successions. Les libéralités*², Defrénois, Paris, p. 257 nota 39.
- ²⁹ Cass.civ. I, dec. din 10.V.2007, în D. 2007.Pan.2135 notă Marc Nicod și în RTDciv. 2007 p. 604 notă Michel Grimaldi.
- ³⁰ Nicod, *Formalisme*, p. 890-891
- ³¹ „Motivale care au făcut să fie instituit formalismul testamentar rămân valabile astăzi cum au fost și pentru trecut, și, mai ales dubla preocupare de a se asigura concomitent libertatea, independența testatorului, verificarea lesnicioasă și sigură a originii testamentului. [...] într-o asemenea materie, o libertate extremă ar consuma ruina libertății ... Ușurința în a testa nu trebuie să devină facilitatea de a fraudă” (Louis Josserand, *La désolennisation des libéralités*, în DH 1932.Chron.73-76).
- ³² Cass. I civ., dec. din 28.IV.1969, în *Bull.civ. I*, nr. 152. În același sens, dec. din 5.III.1965, în JCP 1965.II.14311, notă René Savatier; dec. din 2.II.1971, în D. 1971, p. 421, notă Jean Maury.
- ³³ Jean Maury, notă la Cass. I civ., dec. din 2.II.1971, în D. 1971.J.422-423.
- ³⁴ Grimaldi, *Droit civil*, p. 395-396 nr. 1505; Jean Maury, *Successions et libéralités*⁶, Litec, Paris, 2007, p. 165 nr. 264.
- ³⁵ Trib.jud. Timiș, dec.civ. 323/26.III.1987, în RRD 2/1988, p. 49 note Dumitru Radu și Cristiana-Irinel Stoica, redată și în *Practica testamentară*, p. 342-354.
- ³⁶ Germain Brière, *Les libéralités. Donations, testaments, substitutions et fiducie*⁸, Univ. Ottawa, 1985, p. 160.
- ³⁷ Perreau c. Desrochers, 2000 DCQI 98 (C.S.).
- ³⁸ Jacques Beaulne, *L'article 714 cu Code civil du Québec huit ans plus tard: erreur du législateur ou égarement des tribunaux?*, în *Mélanges Ernest Caparros*, Wilson&Lafleur, Montréal, p. 48-49.
- ³⁹ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.Q. 2001, c. 32 (v. Germain Brière, *Droit des successions*³, realizată de Jacques Beaulne, Wilson&Lafleur, Montréal, 2002, p. 205 nota 259).
- ⁴⁰ Pierre Ciotola, *La vérification d'un testament sur disquette ou l'art de mettre le formalisme testamentaire à la corbeille informatique*, în *Entracte* 15.IV.1997, p. 10.
- ⁴¹ Beaulne, *L'article 714*, p. 49-51.

⁴² Bernard Teyssié, prefață la Jean-François Montredon, *La désolennisation des libéralités*, teză, LGDJ, Paris, 1989, p. XIII-XIV. În același sens nota și Jacques Flour, care privea problema formalismului în materie contractuală: „reacția judecătorului împotriva regulii de formă este deci, pe undeva, inevitabilă. Este unul dintre aspectele reacției sale mai generale împotriva întregului sistem care, înlănțuindu-i prea strâns libertatea, pretinde să-l facă să dea – în numele unei reguli abstracte căreia nu-i contestă pentru acest singur motiv autoritatea – decizii pe care el le consideră nejustificate în concret. Prin formă, legiuitorul înțelege să facă să domnească buna credință în generalitatea contractelor. Prin negarea acestei forme, judecătorul vrea să o facă să domnească într-un contract anume. Ei urmează orientări diferite, plus că ei nu sunt în contradicție propriu-zisă”. Legiuitorul vede deci în formalism partea preventivă, judecătorul trebuie să găsească o sancțiunea pentru reaua credință (Jacques Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, în *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Etudes offertes à Georges Ripert*, tomul I *Etudes générales; droit de la famille*, LGDJ, Paris, 1950, p. 113).

⁴³ Michel Grimaldi, *L'intention libérale*, în *Conférences George Comtois* nr. 2/2003, Thémis, Montréal, 2004, p. 25.

⁴⁴ Art. 1253 – **Nulitatea virtuală**. În afara cazurilor în care legea prevede sancțiunea nulității, contractul se desființează și atunci când sancțiunea nulității absolute sau, după caz, relative trebuie aplicată pentru ca scopul dispoziției legale încălcate să fie atins.

⁴⁵ Maury, nota precitată, p. 421.

⁴⁶ În mod paradoxal, luând probabil constatarea din autorii interbelici, în literatura noastră se afirmă că testamentul olograf ar fi cel mai răspândit în practică (Chirică, *Drept civil*, p. 187). Am discutat personal cu notari având vechime în profesie de peste douăzeci și cinci de ani și niciunul nu și-a amintit să fi văzut mai mult de unul, maximum două, testamente olografe în toată activitatea lor. Nici practica judiciară publicată în ultimii cincizeci de ani nu ne-a relevat susținerea menționată, care de altfel nici nu este sprijinită prin vreun argument statistic.

⁴⁷ Reticența corpului notarial este de înțeles, dacă este să ne gândim doar la faptul că în cauza referitoare la testamentul Vavilinei, acesta chiar a fost un fals (v. reportajul publicat în ziarul *Scînteia*, citat de Deak, în *Tratat*, p. 188 nota 1).

⁴⁸ Nicod, *La réforme*, p. 65-66.

⁴⁹ Grimaldi, *Libéralités*, p. 289-290 nota 181; Jubault, *loc.cit.supra*.

⁵⁰ Alexandresco, *Explicațiunea*, p. 34-35 nota 3.

ESTE INTERMEDIARUL LA DARE DE MITĂ ȘI UN TRAFICANT DE INFLUENȚĂ? STUDIU PRIVIND STATUTUL JURIDIC AL INTERMEDIARULUI LA DARE DE MITĂ

dr. Sergiu BOGDAN*
Doris-Alina ȘERBAN**

Summary: *Is the Intermediary to Bribery also a Influence Peddler? Study Concerning the Legal Statute of the Intermediary to Bribery.* Having as a starting point some relevant judgments of the Romanian judicial courts, the present study seeks to establish if the intermediary to bribery can also be considered an influence peddler. In order to reach a well-founded conclusion, the study first analyses the social value protected through the incrimination of influence peddling, proceeding subsequently to the punctual analyse of the norm's objective elements. On the basis of several arguments, the study concludes that the intermediary to bribery cannot be a influence peddler as well.

Keywords: *corruption, bribery, intermediary to bribery, influence peddling.*

Cuvinte cheie: *corupție, dare de mită, intermediar la dare de mită, trafic de influență.*

I. Aspecte preliminare:

Pornind de la câteva decizii de practică judiciară, prezentul studiu își propune să ofere răspuns întrebării cu care el se deschide: este intermediarul potențial sau efectiv¹ la dare de mită și un traficant de influență?

Mai concret, având ca reper câteva ipoteze din practica judiciară în care infracțiunea de trafic de influență a fost reținută² în sarcina intermediarului potențial sau efectiv la infracțiunea de dare de mită, prezentul studiu dorește să determine în ce măsură o asemenea încadrare juridică este legală.

Ipoteza 1: B se oferă să-l ajute pe A pentru ca acesta să-și rezolve o problemă care ține de exercitarea atribuțiilor de serviciu ale funcționarului (public sau privat) C. B îi spune lui A că problema sa poate fi soluționată prin remiterea unei sume de bani funcționarului C. A îi remite lui B suma de bani. Ulterior, B remite întreaga sumă funcționarului C³.

Ipoteza 2: B se oferă să-l ajute pe A pentru ca acesta să-și rezolve o problemă care ține de exercitarea atribuțiilor de serviciu ale funcționarului (public sau privat) C. B îi spune lui A că problema poate fi soluționată în schimbul unei sume de bani, dintre care un anumit procent va ajunge la funcționarul C iar un alt procent va reprezenta remunerația lui B pentru ajutorul dat. A îi remite lui B suma de bani. Ulterior, B remite o parte din sumă funcționarului C, păstrându-și restul conform înțelegerii.

Ipoteza 3: B se oferă să-l ajute pe A pentru ca acesta să-și rezolve o problemă care ține de exercitarea atribuțiilor de serviciu ale funcționarului (public sau privat) C. B îi spune lui A că problema poate fi soluționată în schimbul remiterii unei sume de bani funcționarului C. A îi remite lui B suma de bani. B remite doar o parte din suma de bani funcționarului C, păstrându-și restul sumei fără știrea lui A⁴.

Ipoteza 4: B se oferă să-l ajute pe A să rezolve o problemă care ține de exercitarea atribuțiilor de serviciu ale funcționarului C. Acesta îi spune că problema sa poate fi rezolvată dacă îi va da o sumă de bani din care:

- a) toți banii vor fi remiși funcționarului C.
- b) un anumit procent va fi remis funcționarului C, restul fiind pentru sine.

A este indus în eroare cu privire la remiterea sumei către funcționarul C, astfel că, după ce A îi remite suma de bani lui B, B și-o păstrează pentru sine⁵.

Ca și metodologie aleasă, într-o primă fază vom analiza aspectele teoretice care pot prezenta relevanță vizavi de problematica tratată făcând, acolo unde este cazul, trimitere de rigoare la ipotezele analizate. În final, vom prezenta încadrarea juridică de noi propusă pentru fiecare dintre aceste ipoteze.

II. Obiectul juridic al infracțiunii de trafic de influență - aspect esențial în determinarea sferei de aplicabilitate a normei de incriminare.

Nu poate reprezenta o noutate faptul că în procesul de interpretare a oricărei norme de incriminare, unul dintre cei mai importanți pași preliminari care trebuie parcurs este acela de a identifica în mod corect valoarea socială care se dorește a fi protejată prin normă. O faptă tipică există doar dacă fapta în materialitatea sa a lezat valoarea socială protejată (principiul ofensivității) în maniera în care norma penală o cere (tipicitatea faptei).

În ceea ce privește infracțiunea de trafic influență (dar și cea de cumpărare de influență), la nivelul doctrinei și al practicii judiciare există acord: prin incriminarea unei asemenea conduite se urmărește protejarea imaginii sau prestigiului funcționarului⁶.

Scopul final al normei este deci acela de a menține în percepția publicului imaginea unui funcționar care își exercită în mod corect atribuțiile de serviciu, a unui funcționar care nu poate deveni victima unor intervenții exterioare prin care să se dicteze modalitatea de exercitare a acestora.

Se consideră astfel că, simpla comercializare (traficare)⁷ de către un terț a influenței (reale sau pretinse) pe care el ar putea-o exercita asupra modului în care funcționarul își îndeplinește atribuțiile de serviciu, este suficientă pentru a leza imaginea sa, transformându-l în conștiința publică dintr-un funcționar corect și neinfluențabil într-un funcționar influențabil.

Chiar dacă nu privește în mod direct problematica analizată, nu credem că putem trece la următorul punct al analizei noastre fără să acordăm atenție obiectului juridic al infracțiunilor de dare și luare de mită. Unanim, se afirmă că existența celor două infracțiuni este și ea justificată prin dezideratul de protejare a imaginii funcționarului. Însă, dacă în cazul traficului de influență această imagine a funcționarului este alterată prin faptul că el apare ca un funcționar care cedează intervențiilor exterioare (exercitarea influenței), în cazul luării și dării de mită imaginea funcționarului este lezată prin aceea că funcționarul apare ca un funcționar care poate fi cumpărat, ajungând să-și îndeplinească atribuțiile de serviciu conform indicațiilor celor care îl „cumpără”.

Puse în opoziție, se poate constata că cele două infracțiuni (traficul de influență și darea de mită) au un numitor comun, amândouă vizând protejarea imaginii funcționarului. Diferențe există însă cu privire la intensitatea cu care această imagine este lezată:

- în cazul traficului de influență imaginea funcționarului este lezată prin acțiunea terțului care afirmă că funcționarul poate fi influențat (nu e necesar ca acest atribut al funcționarului să fie confirmat printr-o conduită ulterioară obedientă din partea sa⁸). Obiectul tranzacției între părțile „convenției ilicite” este influența reală sau pretinsă asupra funcționarului.
- în cazul infracțiunii dare de mită (și de luare de mită), imaginea funcționarului este lezată într-un mod mult mai agresiv. Prin conduita mituitorului (oferire, promisiune sau remitere) și cea proprie funcționarului (pretindere, acceptare, nerespingerea promisiunii sau primire efectivă) se intervine în mod direct în îndeplinirea atribuțiilor de serviciu ale acestuia. Obiectul „convenției” între părți (mituit și mituitor) este tocmai modalitatea de îndeplinire a atribuțiilor de serviciu de către funcționar. De cele mai multe ori⁹ prin comiterea faptelor nu se creează doar suspiciunea lipsei onestității funcționarului în cadrul exercițiului atribuțiilor de serviciu ci însăși certitudinea că funcționarul poate fi cumpărat.

Din perspectivă cronologică raportat la scopul final - îndeplinirea într-un anumit mod a atribuțiilor de serviciu de către funcționar -, se poate observa că traficul de influență se situează cu mult înaintea infracțiunii de dare de mită: funcționarul nu este în niciun mod implicat în construcția infracțională, el fiind invocat doar în afirmațiile traficantului de influență sau solicitărilor cumpărătorului de influență. Traficul de influență devansează deci cu mult protecția penală acordată imaginii funcționarului, considerându-se că imaginea sa poate fi lezată prin simple afirmații ale traficantului sau solicitări ale cumpărătorului, fiind absolut indiferent dacă aceste afirmații se verifică sau nu subsecvent¹⁰. În schimb, în situația dării-luării de mită funcționarul este implicat personal și direct în schema infracțională, fie prin faptul că se încearcă tentarea lui directă cu ajutorul mitei, fie prin faptul că el pretinde mita sau chiar ajunge să o primească, ajungându-se în acest punct ultim la certitudinea incorectitudinii funcționarului.

Ca atare, din perspectiva intensității cu care este lezat prestigiul funcționarului, luarea și darea de mită ocupă primul loc, traficul de influență fiind împins în plan secund. Spre deosebire de luarea-darea de mită, conduita tipică traficului și cumpărării de influență nu va aduce niciodată certitudinea incorectitudinii funcționarului ci doar o suspiciune vulnerabilă a incorectitudinii sale, motivată prin simplele afirmații ale traficantului.

Discuția privind obiectul juridic nu este deloc indiferentă încadrării juridice a faptelor din ipotezele mai sus prezentate. Din contră, ea antamează elementele de esență ale infracțiunii de trafic de influență și reperetele ce pot fi utilizate pentru a nu o suprapune peste o simplă participare, în forma intermedierii, la infracțiunea de dare de mită.

III. Analiza elementelor constitutive ale infracțiunii de trafic de influență.

Orice analiză a unei stări de fapt trebuie să pornească de la cunoașterea precisă a textelor de incriminare posibil incidente. Având în vedere că discuția noastră are ca punct central infracțiunea de trafic de influență (incidentă conform practicii judiciare în fiecare dintre ipotezele supuse analizei), urmează să analizăm în detaliu substanța elementele sale constitutive, punând accent pe cele relevante pentru prezentul studiu.

Conform art. 257 Cod penal, constituie infracțiunea de trafic de influență *primirea, pretinderea de bani sau alte foloase ori acceptarea de promisiuni, de daruri direct sau indirect pentru sine ori pentru altul, săvârșită de către o persoană care are influență sau lasă să se creadă că are influență asupra unui funcționar, pentru a-l determina pe acesta din urmă să facă ori să nu facă un act ce intră în atribuțiile sale de serviciu.*

Sistematizând elementele sale de tipicitate, rezultă că traficul de influență presupune ca:

- A. exercitarea influenței să fie condiționată de **pretinderea, acceptarea sau primirea unui folos pentru traficantul de influență sau pentru altul;**
- B. **ipotețica îndeplinire defectuoasă a atribuțiilor de serviciu de către funcționar să fie determinată de influența exercitată asupra acestuia de către traficantul de influență¹¹.**

A. Exercitarea influenței este condiționată de pretinderea, acceptarea sau primirea unui folos pentru traficant sau pentru altul.

Această primă condiție de tipicitate numește explicit actul de executare al traficului de influență: pretindere/acceptare/primire a unui folos. Beneficiarul actului de executare poate fi atât traficantul de influență dar și un terț (altul). Pentru că problemele ridicate de acest prim element constitutiv diferă în funcție de identitatea beneficiarului folosului, cele două sub-ipoteze urmează să fie analizate distinct. Totodată având în vedere că toate ipotezele noastre se finalizează prin obținerea folosului material de către prezumtivul traficant, în analiza noastră vom acorda o atenție deosebită semnificației primirii ca act de executare specific traficului de influență¹².

1. Primirea unui folos pentru sine.

Semnificația exactă a actului de executare (primirea unui folos pentru sine) se impune a fi analizată raportat la acele ipoteze în care folosul nu este obținut de către traficant ca urmare a unui act de pretindere și, ulterior, de primire ci, prin însușirea lui fără știrea presupusului cumpărător de influență (ipotezele nr. 3 și 4).

Scenariul analizat devine problematic, având în vedere că traficul de influență devine la prima vedere incomplet, folosul ajungând la prezumtivul „traficant” prin simplă însușire și nu ca urmare a actului de executare prescris de norma de incriminare. Eventuala constatare a existenței actului de executare se reduce deci la a afla dacă poate fi pus un semn de egalitate între acțiunea de însușire a folosului nedestinat în reprezentarea „cumpărătorului de influență” „traficantului de influență” și actul de executare prescris de norma penală.

Analizând substanța actului de executare prevăzut de normă, observăm că ea pretinde ca obținerea folosului să fie rezultatul unei solicitări exteriorizate și efective din partea celui care își traficează influența sau a unei oferte cu aceleași atribute din partea cumpărătorului de influență. În lipsa unei asemenea exteriorizări nu ar putea fi lezată valoarea socială protejată în maniera prescrisă prin norma de incriminare, neputându-se constata o reală traficare a influenței.

Semantica actelor alternative de executare confirmă și ea că remunerația trebuie să aibă pentru cele două părți valența de folos obținut în schimbul traficării influenței, valență ce nu poate exista independent de percepția părților prin simplă însușire:

- în varianta primirii, primirea poate exista doar dacă există cineva care dă. Cumpărătorul de influență trebuie să dea în mod conștient, cunoscând semnificația sumei pe care o remite (cea de element determinant pentru traficearea influenței);

- în forma pretinderii, este clar că această pretindere trebuie să fie exteriorizată de către traficant, deoarece însăși semantica verbului cere existența unui destinatar (a pretinde înseamnă în mod evident în acest context a cere de la o altă persoană);

- în varianta acceptării promisiunii, trebuie să vorbim despre o promisiune făcută de cumpărător în același scop al traficării influenței, promisiune acceptată apoi de traficant.

Este necesară deci o structură bilaterală de comitere formată din părți care acționează în plan obiectiv și subiectiv cu scopul traficării, respectiv cumpărării influenței:

Caracterul extern și detectabil în realitatea materială al actului de traficare este constatat și de practica judiciară: „*a primi bani sau alte foloase înseamnă preluarea de către făptuitor (persoana care are influență sau a lăsat să se creadă că are influență) a unei sume de bani, a unui bun, etc; a pretinde bani sau alte foloase înseamnă formularea de către făptuitor, în mod expres sau tacit, a cererii de a i se remite o sumă de bani ori a i se da un bun, etc, iar a accepta promisiuni sau daruri înseamnă a-și manifesta acordul cu privire la promisiunile făcute sau darurile oferite, toate în scopul de a determina un funcționar să facă ori să nu facă un act ce ține de resortul atribuțiilor sale de serviciu*”- Decizia Î.C.C.J. nr. 1414/2009.

Având în vedere necesitatea unui act de primire ca premisă a folosului obținut de către traficant, putem afirma concludiv că este insuficient ca folosul să fie obținut ca urmare a unei dorințe neexteriorizate printr-un act de traficare de a obține un folos material, concretizată ulterior prin însușire. Simpla însușire a folosului material nu poate fi echivalată cu actul de primire cuprins în norma penală, tocmai pentru că acesta trebuia să fie consecința unei „convenții sinalagmatice” având ca obiect traficearea influenței, în care părțile s-au angrenat conștient.

Tocmai de aceea, simpla remunerație a intermediarului pentru facilitarea actului de remitere nu poate fi considerată un folos în sensul traficului de influență. Nici această remunerație nu are ca premisă un act de traficare a influenței, ea nefiind acordată pentru influență ci pentru activitatea de intermediere, cu consecința unei expuneri mai reduse a mituitorului în construcția infracțională, care aduce cu sine scăderea riscului de a se descoperi identitatea celui care se află în spatele actului de corupție¹³.

De aceea, nu putem fi de acord cu argumentele regăsite într-una dintre deciziile care au stat la baza prezentului studiu (Decizia nr. 209/A/2011 a Curții de Apel Cluj), decizie care trata o ipoteză similară ipotezei nr. 3 din prezentul studiu.

În aceasta, cu ocazia prezentării argumentelor care justificau reținerea traficului de influență, instanța a apreciat că nu trebuie să existe o exteriorizare a pretinderii ca premisă a obținerii folosului, fiind suficientă o simplă reprezentare subiectivă a „traficantului” că intermedierea nu va fi una gratuită și că folosul a fost în final realizat: „pe de altă parte inculpatul a avut de la început reprezentarea că demersul său nu poate fi unul gratuit, **deși aparent, nu a condiționat exercitarea influenței sale de primirea unui folos**”. Deci, deși instanța admite că în realitatea obiectivă a speței nu pot fi identificate elemente care să susțină existența unei pretinderi și primiri a unui folos material în sensul normei penale, ea face abstracție cu nonșalanță de această împrejurare, compensând absența cu elemente extrinseci tipicității faptei.

Se afirmă de fapt că e suficient ca însușirea folosului să fie constatată, neinteresând modul în care folosul a ajuns la „traficant”. Această interpretare contrazice chiar norma de incriminare care, așa cum am argumentat *supra*, cere ca folosul material obținut să fie consecința unei vânzări-cumpărări a influenței, „convenție” în care fiecare parte acționează cu scopul aferent poziției de pe care se află (vânzător, respectiv cumpărător al influenței). Prezumtiva intenție a pretinsului traficant de influență de a dobândi un folos din fapta sa intermediere¹⁴, concretizată prin presupusa reținere a sumei de bani pentru sine, nu poate suplini lipsa actului de executare specific traficului de influență (pretindere și ulterior primire).

În opinia noastră, un asemenea discurs argumentativ este nu doar defectuos și în contradicție cu tipicitatea faptei dar și extrem de periculos. Prin adoptarea lui se poate ușor aluneca în arbitrar, cât timp lipsa elementelor constitutive prevăzute de dispoziția normei este suplinită în mare parte prin elemente subiective prezumate (neconsolidate de niciun element obiectiv care să rezulte din probe). Lipsa unui element obiectiv de pretindere ca și premisă a obținerii folosului, dar reținerea lui de către instanță pe baza presupunerilor ce țin de subiectivul inculpatului creează probleme și la nivelul laturii subiective a faptei. Este dificil, dacă nu imposibil, să reții existența intenției vizavi de actul de executare (care presupune cunoaștere sau cel puțin acceptare a existenței tuturor elementelor de tipicitate), atunci când din realitatea obiectivă lipsește tocmai actul de executare imputat „traficantului de influență”.

Concluzionând, nu va putea fi reținută existența actului de primire specific infracțiunii de trafic de influență în situația în care particularul își însușește parțial sau integral folosul care, din perspectiva contrapărții, era destinat funcționarului. În această ipoteză, folosul nu a fost obținut în baza unui pact privind traficul de influență

în care fiecare parte s-a angrenat atât obiectiv cât și subiectiv. Traficul de influență devine astfel lipsit de însăși esența tipicității sale. Aceeași soluție va trebuie reținută atunci când folosul obținut de B are valența unei remunerații pentru intermedierea mituirii și nu pentru traficarea influenței.

2. Relevanța penală a faptei celui care își însușește folosul material fără știrea presupusului „cumpărător de influență”.

Întrebarea firească ce apare odată cu excluderea traficului de influență în ipotezele de însușire a folosului fără știrea celui care l-a remis pentru a fi transmis funcționarului, este dacă o asemenea conduită rămâne sau nu în afara sferei dreptului penal.

La prima vedere, ipoteza se suprapune perfect peste tipicitatea infracțiunii de înșelăciune: există o acțiune de inducere în eroare determinantă (cu privire la destinația banilor) realizată în scopul obținerii unui folos material injust iar, ca urmare a acestei acțiuni de inducere în eroare, particularul A și-a autoprovocat o pagubă de natură patrimonială.

Dacă acceptăm incidența acestei infracțiuni, ne vom afla într-o situație stranie în care particularul va beneficia de protecția legii penale, deși acesta și-a autoprovocat o pagubă patrimonială în contextul urmăririi unui obiectiv ilicit (mituirea funcționarului)¹⁵. Statutul de victimă este adus de conduita dolosivă a celui care, în mod neadevărat, a promis intermedierea mituirii funcționarului. Dacă promisiunile sale ar fi fost reale și s-ar fi materializat cel puțin în încercarea de mituire a funcționarului, atunci cel pentru care a operat intermediarul (A) ar fi fost autor al infracțiunii de dare de mită și în niciun caz victimă. Apare cel puțin ciudat ca această schimbare de statut să poată fi provocată de voința și conduita ilicită a celeilalte părți a convenției (B).

Acestui argument de imoralitate a particularului A îi pot fi aduse însă o serie de contrargumente. În primul rând, poate fi susținut că dreptul penal nu există doar pentru a-i proteja pe particularii care, după criteriile morale, sunt demni de o asemenea protecție. Rolul dreptului penal este și acela de a proteja un interes superior și comun, și anume ordinea publică. Ca atare, dreptul penal trebuie să intervină chiar și atunci când victima infracțiunii nu ar merita protecția lui¹⁶ (în urma unui examen de moralitate).

Argumentul imoralității victimei înșelăciunii este fragil și din perspectiva relativității cu care se el se aplică în practica judiciară. În ciuda subzistenței sale, practica judiciară nu are nicio problemă de moralitate în a reține infracțiunea de înșelăciune atunci când actul pentru care particularul dorește să cumpere favoarea funcționarului (influența) a fost îndeplinit iar persoana care a simulat existența influenței l-a indus în eroare și cu privire la această împrejurare.

În plus, dacă avem în vedere că în ipoteza în care B își reține întreaga sumă de bani destinată în reprezentarea lui A funcționarului, fapta nu poate constitui trafic de influență ar fi straniu ca o asemenea conduită să rămână în afara dreptului penal.

Toate aceste argumente și contrargumente reușesc să pună în discuție logica și corectitudinea oricăreia dintre cele două soluții.

Luând act de această interminabilă „luptă” a argumentele *pro* și *contra* vizavi de reținerea infracțiunii de înșelăciune, prin art. 252 teza a doua (poziționat în titlul privind crimele și delicturile contra funcționarilor publici), Codul Carol al-II-lea incrimina distinct această ipoteză:

Dacă culpabilul primește direct sau indirect, sau face să se dea sau să se promită, lui sau altuia, vreun dar, folos sau remunerație, sub pretext că trebuie să cumpere favoarea vreunui funcționar public, pedeapsa este închisoarea corecțională dela unu la 3 ani, amenda dela 2.000 la 10.000 lei și interdicția corecțională dela unu la 3 ani.

Textul de incriminare, împrumutat din sistemul italian unde se regăsește și astăzi sub denumirea de *milantato credito* (art. 346 teza a-II-a din Codul penal italian), se preocupa de așa-numita **corupție imaginară**.

Sub această titulatură se încadrează toate acele ipoteze în care o persoană (B) simulează disponibilitatea sa de a ajuta o altă persoană (A) să-l mituiască pe funcționarul C, vizând de fapt obținerea unui folos pentru sine sau pentru altul.

Ipoteza se diferențiază (și se diferențiază în sistemul italian) de înșelăciunea clasică tocmai pentru ea refuza calitatea de subiect pasiv a celui care a dorit mituirea funcționarului. Ea era deci percepută ca o formă specială de înșelăciune (raportat la conținutul actului de executare), diferențe existând din perspectiva valorii sociale protejate. Se accepta că fapta aduce o vătămare a intereselor patrimoniale ale particularului dar, pe de altă parte, se afirma (și se afirmă) că această lezare este și consecința unei conduite culpabile a particularului care a acționat cu obiectivul, cel puțin imoral, de a cumpăra favoarea unui funcționar. Pentru acest motiv persoanei astfel „înșelată” i se refuza statutul de subiect pasiv. Ca atare, în prim plan apărea lezarea imaginii funcționarului, ca valoare socială protejată.

De *lege lata* în lipsa unei norme similare, nu putem recurge la soluția promovată de Codul Carol al-II-lea. Odată abrogată norma specială, formal, norma generală trebuie să revină în prim-plan. Ca atare, strict din punct de vedere formal nu putem nega că în starea de fapt supusă analizei este îndeplinită întrutotul tipicitatea infracțiunii de înșelăciune, astfel că soluția rigid legală ar impune reținerea sa. Pe de altă parte, toate argumentele ce țin de imoralitatea particularului s-ar putea eventual concentra într-o argumentație prin care se refuză constatarea lezării patrimoniului în sensul prescris de lege, în sensul că infracțiunea de înșelăciune trebuie să acopere

doar acele ipoteze în care vorbim despre o adevărată victimă și nu despre o victimizare contrară logicii a celui care ar fi dorit să comită o infracțiune (coruperea funcționarului prin intermediar).

Având în vedere că, în cadrul legal actual, nu putem propune o soluție nesusceptibilă de critici, de *lege ferenda* propunem revenirea la incriminarea regăsită în Codul Carol al-II-lea, ea reușind să ofere o soluție corectă și mult mai puțin discutabilă ipotezelor aflate în discuție.

3. Pretinderea, acceptarea sau primirea unui folos pentru altul

Înaintând în demersul nostru, următorul pas esențial a fi parcurs este circumscrierea noțiunii de „altul” ca destinatar alternativ al folosului. Parcurgerea lui este vitală pentru a vedea dacă este justă reținerea traficului de influență atunci când particularul B îi solicită lui A un anumit folos pentru ca primul să-l remită funcționarului (situație întâlnită în toate ipotezele analizate¹⁷).

Cu privire la identitatea acestui „altul” avem la dispoziție două soluții cu consecințe diferite asupra reținerii traficului de influență: (i) dacă în această noțiune poate fi inclus și funcționarul de la care se dorește o exercitare a atribuțiilor de serviciu ghidată de către particular, reținerea traficului de influență se justifică; (ii) dacă, în schimb, apreciem că această noțiune nu-l poate cuprinde și pe funcționar, reținerea infracțiunii de trafic de influență devine nejustificată, rămânând în discuție doar o eventuală infracțiune de corupție subsecventă.

Din punctul nostru de vedere¹⁸, noțiunea de „altul” folosită de normă poate cuprinde orice persoană cu excepția funcționarului de la care se dorește exercitarea „*pro causa*” a atribuțiilor de serviciu. Restrângerea este una care se fundamentează pe motivația care trebuie să însoțească actul de pretindere, acceptare sau primire, și anume, ***exercitarea influenței reale sau pretinse*** asupra funcționarului. Cu ocazia analizei acestei motivații se vor contura cu claritate motivele care-l exclud pe funcționar din această noțiune de „altul”.

Limitarea este și în acord cu cele mai sus prezentate în legătură cu diferențele de nuanță existente între modul în care traficul de influență lezează imaginea funcționarului și cel în care o face infracțiunea de luare sau dare de mită. În cazul în care beneficiul este solicitat chiar pentru funcționar, lezarea imaginii funcționarului nu va avea loc prin afirmațiile traficantului privind caracterul influențabil al acestuia. Din contră, un asemenea acord va aduce o lezare mult mai incisivă a imaginii sale, obiectivul pactului fiind cel puțin acela de a încerca cumpărarea sa. Nu influența este deci cea care va determina îndeplinirea defectuoasă a atribuției de serviciu, ci faptul obținerii unui folos de către funcționar.

Dacă nu l-am exclude pe funcționar din sfera noțiunii „altul” am realiza implicit o suprapunere între infracțiunea de participație la dare de mită (în forma instigării sau complicității) și traficul de influență, între cele două nemaiputând exista elemente reale de delimitare.

O astfel de abordare ar echivala deci cu a afirma că orice intermediere a mituirii ar reprezenta și o exercitare de influență asupra funcționarului mituit, concluzie indiscutabil greșită. Reamintim că traficul de influență vizează strict ipoteza în care imaginea funcționarului este lezată de un terț prin faptul că acesta susține în fața cumpărătorului de influență că funcționarul este influențabil și că el poate exercita o asemenea influență asupra funcționarului. Lezarea nu poate proveni din implicarea, reală sau pretinsă, a funcționarului însuși în construcția infracțională.

B. Ipotetica îndeplinire defectuoasă a atribuțiilor de serviciu de către funcționar trebuie să fie determinată de influența exercitată asupra acestuia de către traficanții de influență¹⁹.

În practica judiciară acest element de tipicitate ridică probleme mai ales în situațiile în care, cel care dorește să intermedieze mituirea (solicitând în prima fază un folos pentru funcționar și, eventual, pentru sine, ca și cost al intermedierii), acționează de sine stătător (așa cum se întâmplă în toate ipotezele noastre) și nu la comanda funcționarului.

Dacă întreaga construcție infracțională pornește din inițiativa funcționarului, traficul de influență poate fi mult mai facil exclus, elementul influenței fiind superfluu pentru respectiva construcție. Nu ar avea nicio logică să fie invocată vreo influență, cât timp funcționarul a luat deja decizia de a „vinde” modalitatea de exercitare a atribuțiilor sale de serviciu²⁰. Spre exemplu, într-un caz recent²¹, inițial, în sarcina intermediarilor a fost reținută infracțiunea de trafic de influență (neputându-se identifica un funcționar care să stea la baza solicitărilor intermediarilor). Ulterior, în momentul în care s-a constatat că în această schemă infracțională era de fapt implicat și un funcționar care îi folosea pe intermediari pentru contactul cu mituitorul, s-a dispus schimbarea încadrării juridice a faptei intermediarilor din infracțiunea de trafic de influență în infracțiunea de complicitate la luare de mită. Și în acest caz s-a considerat că o dată ce infracțiunea de luare de mită a dobândit contur, fapta intermediarului nu mai poate fi valorificată sub forma reținerii unui trafic de influență, ea fiind un act de participație la infracțiunea luare de mită.

Lucrurile devin însă mult mai sinuoase, în situația în care particularul acționează într-o primă fază independent de funcționarul ce urmează a fi mituit, ajungând apoi să remită, în numele altuia, folosul funcționarului. În acest caz, o eventuală traficare de influență ca element adițional intermedierii nu mai poate fi atât de ușor exclusă.

Tocmai pentru a evita o intersectare nejustificată a sferei de aplicabilitate a celor două infracțiuni, se impune o analiză detaliată a acestei a doua condiții de tipicitate:

Așa cum se poate sesiza chiar de la o primă lectură a textului, norma de incriminare a traficului de influență pretinde explicit ca viitoarea îndeplinire a atribuțiilor de serviciu în maniera dorită de către cumpărător să nu fie determinată de acceptarea sau chiar de primirea de către funcționar a unui folos, ci de influența exercitată asupra acestuia de către traficantul de influență. Scopul special din cadrul laturii subiective este cel care susține o asemenea interpretare: actul de executare trebuie să fie realizat pentru trafizarea influenței (reale sau pretinse) ce ar urma să fie exercitată asupra funcționarului pentru a-l determina să îndeplinească sau nu un act ce intră în atribuțiile sale de serviciu.

În cazul comiterii prin intermediar a unei infracțiuni de dare de mită, în reprezentarea tuturor celor implicați în triunghiul infracțional, determinant pentru exercitarea defectuoasă a atribuțiilor de serviciu va fi folosul material oferit de către mituitor funcționarului și în niciun caz intervenția intermediarului prin exercitarea influenței sale asupra funcționarului. Interpretarea este susținută chiar de textul de incriminare al infracțiunii de dare de mită care pretinde ca oricare dintre actele de executare specifice să fie comise pentru a-l determina pe funcționar să îndeplinească sau nu un act ce se circumscrie atribuțiilor sale de serviciu.

Chiar dacă finalitatea acestor două activități este una relativ comună (din perspectiva cumpărătorului, respectiv a mituitorului), și anume aceea ca funcționarul să fie determinat să-și îndeplinească într-o manieră (licită sau nu) atribuțiile sale de serviciu, ceea ce contează pentru delimitare este modul în care se ajunge în acest punct final.

Așa cum precizam *supra*, în cazul traficului de influență, traficantul susține că, prin exercitarea influenței sale va reuși să convingă funcționarul să realizeze o acțiune în legătură cu îndeplinirea atribuțiilor sale de serviciu. Trebuie deci construită o relație de cauzalitate directă²² între influență și exercitarea comandată a atribuțiilor de serviciu. Dacă în raportul causal din reprezentarea părților lipsește unul dintre acești doi termeni, nu se va putea vorbi despre reținerea infracțiunii de trafic de influență.

În ceea ce privește motivele care l-ar putea determina pe funcționar să-l asculte pe traficant, sau, mai clar, sursa influenței (pretinsă sau reală) invocată de către traficant sunt necesare câteva precizări.

Încercând să **definim noțiunea de influență** asupra unei persoane, putem spune că a avea influență asupra unei persoane înseamnă a avea capacitatea de a o determina să întreprindă anumite acțiuni²³.

În ceea ce privește sursa efectivă a acestei influențe (în sensul de împrejurările care o generează), așa cum s-a reținut în practica judiciară, ea poate proveni din surse distincte: relații faptice sau administrative de subordonare în cadrul unei instituții publice sau persoane juridice de drept privat²⁴, traficantul de influență deține o funcție importantă în cadrul aparatului public care îi acordă o autoritate faptică asupra celorlalți funcționari²⁵, relații de rudenie, relații de amicitie sau orice alte asemenea relații de apropiere între funcționar și particularul traficant care, în final, îi permit ultimului să pretindă de la funcționar o anumită conduită.

Or, în toate ipotezele cu privire la care ne-am propus să oferim o încadrare juridică, nu influența este determinantă pentru îndeplinirea defectuoasă a atribuțiilor de serviciu, ci suma de bani pretins a fi sau chiar remisă funcționarului. Folosul material este singurul care, din perspectiva tuturor, ar fi dictat sau a dictat modalitatea de îndeplinire a atribuțiilor de serviciu.

Greșeala aproape constant comisă de către practica judiciară este că ea omite să determine care este primul termen care poate fi conexas îndeplinirii „comandate” a atribuțiilor de serviciu de către funcționar. Dacă ar fi vorba despre influență, traficul de influență ca infracțiune ar prinde contur. În schimb, dacă nu influența ci folosul în beneficiul funcționarului ar intra în această relație de cauzalitate, nu am mai putea reține infracțiunea de trafic de influență, fiind într-o ipoteză de corupție *stricto sensu*.

Deși vital, acest element este așa cum spuneam cu desăvârșire ignorat de către instanțe. La nivelul deciziilor studiate se observă că funcționează un mecanism care activează o prezumție absolută privitoare la existența unei traficări de influență (și implicit a unei influențe) atunci când o persoană B îi comunică persoanei interesate A că problema sa poate fi soluționată prin remiterea unei sume de bani funcționarului C și, eventual, întreprinde ulterior acțiuni în acest sens (primește suma de la A pe care subsecvent o remite funcționarului).

În toate aceste ipoteze, suportul argumentativ oferit de către instanțe în susținerea unei asemenea încadrări este următorul: deși între influență și modalitatea de îndeplinire a atribuțiilor de serviciu nu poate fi configurat un raport de cauzalitate directă, poate fi totuși dedus un raport de cauzalitate indirectă: ***„inculpatul a acționat în așa manieră încât a format denunțătorului convingerea că, în realizarea interesului său, este determinantă implicarea directă a sus-numitului și că în afara demersurilor sale și a relațiilor personale funcționarul nu ar fi acceptat folosul nejustificat pentru îndeplinirea defectuoasă a atribuțiilor de serviciu”***- Decizia nr. 209/A/2011 din 29 noiembrie 2011 a Curții de Apel Cluj. Mai explicit, influența traficată este cea care l-ar fi sau l-a determinat pe funcționar să primească folosul, iar folosul este cel care l-ar fi sau l-a determinat pe funcționar să îndeplinească în mod defectuos atribuțiile sale de serviciu. Rezultă deci că influența traficată a sau ar fi determinat indirect îndeplinirea de către funcționar a atribuțiilor de serviciu într-o manieră coordonată.

Ca atare, în viziunea practicii judiciare, se va putea reține infracțiunea de trafic de influență atunci când influența ar fi sau a contribuit, chiar și indirect, la a-l convinge pe funcționar să-și îndeplinească într-un anumit mod atribuțiile de serviciu²⁶.

Un alt indiciu care arată că instanțele obișnuiesc să opteze pentru o asemenea interpretare a sferei de aplicabilitate a infracțiunii de trafic de influență (chiar și atunci când nu o declară în mod expres în cadrul hotărârii), este arătat de faptul că, atunci când afirmațiile tertului cu privire la necesitatea de a-l corupe pe funcționar sunt neadevărate și au drept scop obținerea în mod injust a unui folos pentru sine, instanțele rețin infracțiunea de trafic de influență ca un soi de infracțiune „reziduală”. Caracterul „rezidual” al infracțiunii de trafic de influență decurge din faptul că, prin ipoteză, reținerea participăției la dare de mită este imposibilă (intenția lui B de a intermedia coruperea funcționarului fiind simulată). Într-un asemenea scenariu rămâne în opinia practicii judiciare doar acea influență pretinsă care, dacă susținerile ar fi fost adevărate, ar fi provocat coroborată cu mita o îndeplinire necorespunzătoare a atribuțiilor de serviciu din partea funcționarului.

Având în vedere că norma de incriminare nu definește noțiunea de influență și nici nu arată în mod explicit cât de directă trebuie să fie cauzalitatea între exercitarea influenței și îndeplinirea atribuțiilor de serviciu din partea funcționarului, să renunțăm temporar la opinia noastră cu privire la necesitatea constatării unui raport de cauzalitate directă între influență și îndeplinirea comandată a atribuțiilor de serviciu ale funcționarului. Să presupunem deci pentru moment că soluția practicii judiciare, de reținere a infracțiunii de trafic de influență în asemenea ipoteze, este corectă. În continuare, urmează să determinăm cât de fundamentată sau nefundamentată este această soluție.

Chiar dacă raționamentul este până la un punct tentant, el este nu doar incompatibil cu cerințele de tipicitate ale normei ci și alunecos.

În cazul influenței reținută ca determinantă pentru acceptarea mitei, pentru a se dovedi efectul indirect între influență și îndeplinirea atribuțiilor de serviciu de către funcționar, instanța ar trebui să aibă la dispoziție probe care să demonstreze că traficantul de influență cel puțin a afirmat că dacă funcționarului i-ar fi fost oferită mita direct de către particular acesta nu ar fi acceptat, transformându-și astfel influența în elementul esențial al construcției infracționale. Această înseamnă și că prezumtivul traficant de influență s-ar putea autoabsolvi de comiterea acestei infracțiuni afirmând în fața particularului (A) că funcționarul este unul extrem de corupt și că va accepta fără niciun dubiu mita oferită, indiferent de cel care i-o oferă. Această publicitate a „coruptibilității” funcționarului nu ar face inutilă activitatea de intermediere, având în vedere că, de cele mai multe ori particularul apelează la intermediar tocmai pentru a se detașa de acțiunea de mituire, devenind astfel mai dificil de identificat.

Pe de altă parte, nu înțelegem de ce capacitatea intermediarului de a facilita semnificativ actul de remitere este un element de agravare a răspunderii penale a acestuia. În mod evident, particularul va apela întotdeauna la un intermediar care îi poate facilita în mod efectiv activitatea de remitere și nu la unul care ar îngreuna sau nu ar aduce nicio contribuție vizavi de acțiunea de mituire vizată. Caracterul dispensabil sau indispensabil al complicității trebuie să aibă relevanță doar în cadrul stabilirii cuantumului sancțiunii penale aplicată intermediarului.

Un ultim argument de natură istorică infirmă și el corectitudinea soluției din practica judiciară.

Arătăm mai sus că, în cazul reținerii folosului (destinat, conform afirmațiilor „traficantului”, funcționarului), în timpul Codului penal Carol al-II-lea fapta intra sub incidența unei incriminări distincte²⁷.

Existența unei asemenea norme de incriminare nu ar fi avut niciun sens, dacă a solicita bani pentru funcționar (chiar și atunci când prin acest comportament simulat se urmărește obținerea pentru sine a unui folos) ar fi echivalat cu a-și trafica influența. În această situație, o asemenea faptă s-ar fi încadrat perfect într-o ipoteză de trafic de influență în care influența este „presupusă” sau pretinsă, norma de incriminare distinctă devenind în mod cert inutilă.

Însă, tocmai pentru că această ipoteză de **corupție imaginară** nu se încadra în textul traficului de influență și nici nu avea aptitudinea de a se transforma într-o participație la infracțiunea de dare de mită (tocmai pentru ca afirmațiile de intermediere erau false), legiuitorul a ales să o incrimineze distinct.

Nu putem identifica nici din această perspectivă vreun motiv care să explice extinderea limitelor traficului de influență, mai ales dacă ținem cont de faptul că cele două texte de incriminare (cel din Codul Carol al-II-lea și cel din Codul penal actual) se suprapun aproape perfect.

În concluzie, nu se va putea vorbi despre o traficare a influenței atunci când o persoană (B) solicită unei alte persoane (A) care conform afirmațiilor primului (adevărate sau false) va fi ulterior remis funcționarului (C), pentru ca acesta să-și îndeplinească conform cerințelor lui A atribuțiile sale de serviciu. În asemenea acorduri, influența nu mai constituie obiectul acordului, pactul infracțional vizând **coruperea și nu influențarea** funcționarului.

IV. Compatibilitatea reținerii traficului de influență cu principiul *non bis in idem*.

Dincolo de toate aspectele grevate pe lipsa tipicității traficului de influență, împotriva soluției propuse de practica judiciară de reținere a unui concurs de infracțiuni

format din participare la infracțiunea de corupție și trafic de influență (pentru ipotezele în care se ajunge la mituirea funcționarului ipotezele nr. 1, 2 și 3), vorbește și incompatibilitatea ei cu principiul *non bis in idem*²⁸.

Contradicția dintre această încadrare și principiul *non bis in idem* decurge din inexistența unei pluralități de valori sociale lezate ca și consecință logică și necesară a reținerii unei pluralități de infracțiuni. Așa cum menționăm *supra*, toate aceste infracțiuni vizează, dintr-o perspectivă sau alta, protejarea prestigiului funcționarului public și asigurarea faptului că atribuțiile sale de serviciu sunt îndeplinite în condiții de legalitate și imparțialitate. Ca atare, prin reținerea uneia dintre aceste infracțiuni se valorifică deja lezarea valorii sociale protejate prin toate normele prezumtiv incidente, neputându-se susține faptul că reținerea celei de-a doua infracțiuni (participația la infracțiunea de corupție propriu-zisă) va da semnificație faptului că aceeași valoare socială a fost și mai intens lezată prin aceea că funcționarul **nu apare doar ca influențabil ci este și coruptibil**.

O asemenea abordare ni se pare illogică. Chiar și în cazul unor valori sociale similare sau chiar identice, pentru a putea reține o pluralitate de infracțiuni trebuie să avem o pluralitate identificabilă de valori sociale lezate. Dacă ar fi să simplificăm foarte mult problema, reținerea concursului în această ipoteză echivalează cu a susține că, în legătură cu acte de executare care au avut urmări specifice atât vătămării corporale cât și vătămării corporale grave, comise în aceeași unitate de împrejurare de același subiect asupra aceleiași victime, s-ar putea reține atât infracțiunea de vătămare corporală cât și infracțiunea de vătămare corporală gravă. În mod evident, în cazul unei asemenea concurențe, pentru a nu da o dublă semnificație penală lezării integrității corporale (ca unică valoare socială lezată), se va impune reținerea infracțiunii care lezează în forma cea mai gravă valoarea socială lezată.

Deci, chiar și acceptând că, din punct de vedere formal, ar fi respectată tipicitatea ambelor infracțiuni, încadrarea nu ar fi legală, principiul *non bis in idem* cerând excluderea uneia dintre aceste două infracțiuni. Pentru a se conforma principiului, va trebui să se opteze pentru reținerea infracțiunii care lezează în maniera cea mai gravă valoarea socială protejată. În opinia noastră, valoarea socială este lezată cel mai intens prin comiterea unei participații la infracțiunea de corupție *stricto sensu*²⁹, ea fiind cea care va trebui reținută. Așa cum arătam *supra*, prin oricare dintre aceste infracțiuni, se încearcă cel puțin o intervenție directă în exercitarea atribuțiilor de serviciu ale funcționarului și se creează cel puțin suspiciunea (de cele mai multe ori se ajunge chiar la certitudine) coruptibilității sale.

Uneori, intuind că reținerea pluralității ar aduce probleme în planul *non bis in idem*, instanța supremă a respins și ea soluția pluralității de infracțiuni.

Spre exemplu, într-o speță, Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut că fapta inculpatului de a determina o persoană să-i ofere altei persoane cu funcție de conducere suma de 1.000 Euro întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de participație la dare de mită, **și prin urmare nu se poate aprecia că aceeași faptă constituie de asemenea și un act de trafic de influență, neputându-se reține în sarcina inculpatului aceeași faptă cu două încadrări juridice distincte**”- Decizia Î.C.C.J. nr. 3889/2008.

Ocolirea pluralității de infracțiuni motivată de *non bis in idem* a fost realizată de instanța supremă și prin afirmarea existenței unei „conversii” a infracțiunii de trafic de influență într-o infracțiune de participație la infracțiunea de dare sau luare de mită, atunci când pactul infracțional a fost finalizat printr-o activitate de mituire a funcționarului.

Spre exemplu, într-una dintre deciziile care a stat la baza prezentului studiu, instanța supremă a reținut că: „ *de asemenea, în mod corect instanța de fond a constatat că elementul material al infracțiunii de trafic de influență îl reprezintă primirea sau pretinderea de bani sau alte foloase, direct sau indirect iar dovada pretinderii acestei sume trebuie să se facă în mod concret fără echivoc; realizarea contactului direct între mituitor și mituit exclude traficul de influență întrucât infracțiunea de trafic de influență nu poate fi concomitentă cu infracțiunea de dare-luare de mită, ea convertindu-se într-o infracțiune de complicitate la dare de mită...*” - Decizia Î.C.C.J. nr. 2268/2011.

Rezultă deci că un eventual concurs între infracțiunea de trafic de influență și cea de participație la dare de mită, ca soluție pentru care practica judiciară optează cu preponderență, prezintă nu doar carențe privind interpretarea deloc strictă a noștrii de incriminare a traficului de influență ci și disonanțe (afirmate uneori chiar de practică) cu principiul *non bis in idem*.

Ca atare, și din acest motiv, în ipotezele aflate în discuție, în sarcina intermediarului va putea fi reținută doar participația sa la infracțiunea de dare de mită³⁰.

V. Forma de participație care se impune a fi reținută în sarcina intermediarului.

Pentru a putea ajunge în punctul final al prezentului studiu, ultimul aspect pe care trebuie să-l clarificăm este încadrarea faptei de intermediere, atunci când în speță există o activitate subsecventă de mituire a funcționarului (ipotezele nr. 1, 2 și 3)³¹.

Dacă activitatea de intermediere va fi finalizată (cum se întâmplă în ipotezele noastre), pentru o încadrare juridică legală vor trebui parcurși doi pași: (i) identificarea infracțiunii de care trebuie atașat actul de participație; (ii) identificarea formei de participație care va trebui reținută în sarcina intermediarului.

(i) Identificarea infracțiunii de care trebuie atașat actul de participație.

Fiind vorba în principiu³² despre un act de participație la o infracțiune bilaterală divizată de către legiuitor, este clar că orice act de determinare și/sau intermediere s-ar putea teoretic atașa atât actului de executare al luării de mită cât și actului de executare al dării de mită. Ca regulă, pentru nu se ajunge la o sancționare excesivă a intermediarului (mai aspră decât a autorului însuși³³) va trebui să vedem de care infracțiune vom atașa în concret fapta participantului (în ipotezele incidente, fapta lui C). Pentru aceasta, se impune să analizăm față de care dintre cei doi actori principali (mituit și mituitor), intermediarul prezintă o legătură mai caracterizată. Intensitatea legăturii este cea care va decide la ce faptă a participat intermediarul din punct de vedere juridic.

În cazul nostru, tocmai pentru că problematica vizează existența sau nu a traficului de influență în cazul intermediarului, în toate ipotezele relevante există o legătură mai caracterizată între intermediar și mituitor³⁴. Pe cale de consecință, fapta principală de care se va atașa intermedierea va fi cea de dare de mită.

(ii) Identificarea formei de participație care va trebui reținută în sarcina intermediarului.

În ceea ce privește forma de participație reținută, având în vedere că așa-numitul intermediar a fost cel care l-a determinat pe mituitor să comită faptele, în sarcina intermediarului se va reține comiterea faptei în forma instigării. Intermedierea efectivă a mituirii va constitui un act de complicitate materială care va fi absorbit în instigare, fiind relevantă doar în contextul individualizării judiciare a pedepsei.

Ca regulă însă, atunci când actului de intermediere nu-i precede o asemenea activitate de determinare (mituitorul luând deja rezoluția infracțională privind cumpărarea funcționarului, fiind în stadiul căutării unui intermediar care îl poate ajuta cu punerea în executare a acesteia), participația va lua forma juridică a unui act de complicitate materială.

Uneori, concluzia la care instanțele judiciare sau organele de urmărire penală ajung după parcurgerea acestui ultim pas este una greșită. Greșeala de calificare este generată de confuzia între statutul de autor și cel de complice al infracțiunii de dare de mită, mai ales atunci când intermediarul este cel care realizează efectiv actul de remitere.

Dificultatea de a face o delimitare corectă este oarecum greu de înțeles având în vedere că, însuși textul de incriminare admite posibilitatea realizării indirecte (prin intermediar) a actului de remitere. Delimitarea unui act de participație în forma intermediării de un act de autorat la infracțiunea de dare de mită trebuie să se facă având în vedere calitatea în care persoana a comis actul de executare. Astfel, dacă persoana a acționat pentru altul, acesta va fi participant la infracțiunea de dare de

mită a celui pe care l-a reprezentat³⁵. În schimb, dacă el acționează în nume propriu (chiar dacă mituirea are drept scop îndeplinirea defectuoasă a unei atribuții de serviciu a funcționarului în beneficiul unui terț), se va reține comiterea infracțiunii de dare de mită în forma autoratului³⁶.

Pentru stabilirea calității de intermediar sau autor sunt deci absolut indiferente³⁷ oricare dintre următoarele împrejurări: faptul că cel care remite mita refuză să dezvăluie identitatea funcționarului particularului interesat³⁸; refuzul intermediarului de a organiza o întâlnire directă între mituitor și mituit sau faptul că intermediarul este cel care negociază cuantumul mitei. Toate aceste împrejurări sunt colaterale vizavi de încadrarea juridică și nu au aptitudinea de a avea influență asupra sa. Esențial trebuie să rămână că intermediarul a remis banii funcționarului în numele particularului.

După clarificarea tuturor punctelor problemă ale ipotezelor aflate în discuție, în final vom face propuneri privind încadrările juridice care ar trebui în opinia noastră reținute în cazul fiecăreia dintre ele.

VI. Încadrări juridice propuse pentru ipotezele aflate în discuție:

Ipoteza 1:

B se oferă să-l ajute pe A pentru ca acesta să-și rezolve o problemă care ține de exercitarea atribuțiilor de serviciu ale funcționarului (public sau privat) C. B îi spune lui A că problema sa poate fi soluționată prin remiterea unei sume de bani funcționarului C. A îi remite lui B suma de bani. Ulterior, B remite întreaga sumă funcționarului C.

Soluție:

B va fi instigator la infracțiunea de dare de mită, actele sale ulterioare de intermediere (complicitate), fiind absorbite natural în instigare. Infracțiunea de trafic de influență nu va putea fi reținută pentru că nu există un act de pretindere/acceptare/primire a unui folos în vederea traficării influenței.

A va fi autor al infracțiunii de dare de mită.

C va fi autor al unei infracțiuni de luare de mită.

Ipoteza 2:

B se oferă să-l ajute pe A pentru ca acesta să-și rezolve o problemă care ține de exercitarea atribuțiilor de serviciu ale funcționarului (public sau privat) C. B îi spune lui A că problema poate fi soluționată în schimbul unei sume de bani, dintre care un anumit procent va ajunge la funcționarul C iar un alt procent va reprezenta remunerația lui B pentru ajutorul dat. A îi remite lui B suma de bani. Ulterior, B remite o parte din sumă funcționarului C, păstrându-și restul conform înțelegerii.

Soluție:

B va fi instigator la infracțiunea de dare de mită, actele sale ulterioare de intermediere (complicitate), fiind absorbite natural în acțiunea de instigare. Va fi indiferent faptul că, pentru participația sa B a fost remunerat, cât timp nu există un act de pretindere/acceptare sau primire a unui folos în vederea traficării influenței.

A va fi autor al infracțiunii de dare de mită.

C va fi autor al infracțiunii de luare de mită.

Ipoteza 3:

B se oferă să-l ajute pe A pentru ca acesta să-și rezolve o problemă care ține de exercitarea atribuțiilor de serviciu ale funcționarului (public sau privat) C. B îi spune lui A că problema poate fi soluționată în schimbul remiterii unei sume de bani funcționarului C. A îi remite lui B suma de bani. B remite doar o parte din suma de bani funcționarului C, păstrându-și restul fără știrea lui A.

Soluție:

B va fi instigator la infracțiunea de dare de mită, activitatea ulterioară de complicitate (intermedierea) fiind absorbită în actul de instigare. Aceleași motive ca cele din ipotezele precedente exclud reținerea infracțiunii de trafic de influență. Pentru suma de bani reținută fără știrea lui A, B va fi autor al unei infracțiuni de înșelăciune (cu rezervele prezentate la punctul A.2.).

A va fi autor al infracțiunii de dare de mită.

C va fi autor al infracțiunii de luare de mită.

Ipoteza 4:

B se oferă să-l ajute pe A să rezolve o problemă care ține de exercitarea atribuțiilor de serviciu ale funcționarului C. Acesta îi spune că problema sa poate fi rezolvată dacă îi va da o sumă de bani din care:

a) toți banii vor fi remiși funcționarului C.

b) un anumit procent va fi remis funcționarului C, restul fiind pentru sine.

A este indus în eroare cu privire la remiterea sumei către funcționarul C, astfel că, după ce A îi remite suma de bani lui B, B și-o păstrează pentru sine.

Soluție:

Pentru ambele sub-ipoteze (a și b) în sarcina lui B va fi reținută infracțiunea de înșelăciune (cu rezervele prezentate la punctul 1.2.).

Deși A a acționat cu intenția de a ajunge în final la mituirea funcționarului, în sarcina lui nu va putea fi reținută o infracțiune de dare de mită, neexistând niciun act de executare specific acestei infracțiuni.

Funcționarul C nu va răspunde pentru comiterea vreunei infracțiuni, nefiind în mod real implicat în pactul de corupție simulat.

VII. Concluzii:

Prezentul studiu și-a dorit să semnaleze câteva probleme ale încadrărilor juridice cu care practica s-a obișnuit să opereze în cazul intermediarului la infracțiunea de dare de mită.

Obiectivul său a fost acela ca, pornind de la câteva ipoteze întâlnite în practica judiciară, să cerceteze legitimitatea reținerii infracțiunii de trafic de influență în acestea și, ulterior, să propună propriile încadrări juridice pentru stările de fapt aflate în discuție.

Fără pretenția epuizării dezbaterii în legătură cu poziția intermediarului în cazul infracțiunii de dare de mită, ne-am dori ca alegerea unei soluții sau a alteia, să se facă de către cititor exclusiv pe baza unor argumente juridice solide.

* *Lector, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; sbogdan@law.ubbcluj.ro.*

** *Student, Școala doctorală, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; serbandorinalina@yahoo.co.uk.*

¹ Vorbim despre intermediar potențial sau efectiv pentru că studiul nostru vizează atât ipoteza în care s-a ajuns la mituirea funcționarului dar și cea în care oferta intermediarului de a facilita actul de remitere nu se concretizează printr-o participare efectivă la acțiunea de mituire (ipoteza nr. 4).

² În același sens a se vedea și Teodor Vasiliu ș.a., *Codul penal al Republicii Socialiste România Comentat și adnotat*, vol. 2, Editura Științifică și enciclopedică, București, 1977, p. 102

³ Din motive de claritate am ales să tratăm ipoteza cea mai explicită a actului de corupție, și anume situația în care între mituitor și funcționar are loc actul de remitere respectiv cel de primire. Soluțiile rămân valabile (bineînțeles cu adaptările de rigoare) și în ipotezele în care infracțiunea de luare-dare de mită nu este lăsată să avanseze până la punctul său final, respectiv cele în care vorbim doar despre o promisiune și o acceptare a promisiunii. Inclusiv pentru ipoteza în care avem doar o ofertă de mituire din partea intermediarului, fără ca aceasta să fie acceptată de către funcționar, nu există diferențe vizavi de argumentele care combat reținerea infracțiunii de trafic de influență.

⁴ Stare de fapt întâlnită în Sentința penală nr. 193 din 11 mai 2011 a Tribunalului Cluj, rămasă definitivă prin respingerea apelurilor, respectiv a recursurilor declarate împotriva acesteia (Decizia nr. 209/A/2011 a Curții de Apel Cluj, respectiv Decizia penală nr. 1602/2011 a Înaltei Curți de Casație și Justiție).

⁵ Stare de fapt frecvent întâlnită în practica judiciară. A se vedea Decizia Î.C.C.J. nr. 1300/2009, Decizia Î.C.C.J. nr. 1688/2010, Decizia Î.C.C.J. nr. 4316/2010, Decizia Î.C.C.J. nr. 1260/2011 sau Decizia Î.C.C.J. nr. 2236/2011. Toate aceste spețe constituie exemple ale așa-numitei „corupții imaginare”, concept de care ne vom ocupa ulterior.

⁶ Cu titlu exemplificativ a se vedea Tudorel Toader, *Drept penal. Partea specială*, Editura Hamangiu, București, 2007, p. 225. Similar se reține și în Decizia nr. 2092/2010 a Î.C.C.J. unde se arată că „prin incriminarea unor astfel de fapte s-a urmărit cu precădere ocrotirea prestigiului funcționarului și a muncii sale”.

⁷ Dacă acest pericol de schimbare la nivelul percepției publice a imaginii funcționarului este cel care justifică incriminarea traficului de influență, ar trebui în mod logic ca fapta să poată fi reținută și atunci când, cel care afirmă influența asupra funcționarului (reală sau pretinsă), nu solicită o contraprestație

pentru exercitarea influenței. Aparent, diferențele vizavi de modul în care imaginea funcționarului este lezată nu există, indiferent dacă influența invocată este sau nu obiectul unei „convenții sinalagmatice” negociate sau încheiate de către părți (traficant, respectiv cumpărătorul de influență).

Elementul traficării influenței sporește însă gravitatea lezării obiectului juridic, deoarece afirmația traficantului de influență devine mult mai credibilă atunci când el „își permite” să solicite o remunerație în schimbul influenței sale. Totodată, acest scenariu este mult mai frecvent întâlnit decât cel în care influența este oferită fără a se viza obținerea unei „contraprestații”. În opinia noastră, acestea sunt motivele pentru care legiuitorul a hotărât să acorde semnificație penală doar ipotezei în care influența este traficată, respectându-se astfel (conștient sau nu) principiul minimeii intervenții a dreptului penal. În același sens a se vedea și Cesare Pedrazzi, *Millantato credito, trafic d'influence, influence peddling*, în *Rivista italiana diritto e processo periodico*, 1968, p. 943.

⁸ Nu este deci necesar să existe o intervenție propriu-zisă asupra funcționarului (în sensul exercitării influenței anterior traficate), obiectul juridic fiind lezat automat prin traficare influenței reale sau pretinse. Infracțiunea de trafic de influență este deci una de pericol abstract, în sensul în care starea de pericol pentru valoarea socială este prezumată în mod absolut odată cu realizarea unuia dintre actele de executare.

⁹ De la această regulă există o singură excepție și anume atunci când, deși în fața unei oferte de mituire, funcționarul nu acceptă (tacit sau explicit) mita oferită. Din păcate, ipoteza este rareori întâlnită în practica judiciară.

¹⁰ În anumite sisteme de drept europene (de exemplu, cel german), tocmai această particularitate a prematurității momentului în care se apreciază că intervine lezarea valorii sociale pledează împotriva incriminării unei asemenea fapte. Se consideră că, în situația incriminării unei asemenea conduite, am fi în prezența unui protecționism excesiv al imaginii funcționarului, incompatibil cu principiul fundamental al minimeii intervenții a dreptului penal.

¹¹ În același sens a se vedea și Claudia Florina Ușvat, *Infracțiunile de corupție incriminate de Codul penal*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 327.

¹² De regulă, în spețele din practica judiciară analizată s-a ajuns în acest punct ultim al obținerii unui folos pentru sine. Aceste stări de fapt au o expunere mult mai ridicată în practica judiciară, tocmai pentru că la baza majorității condamnărilor stă autodenunțul cumpărătorului de influență care, văzând că, deși a remis folosul material, problema sa nu a fost soluționată, decide să se autodenunțe pentru a-și putea astfel recupera folosul material anterior remis.

¹³ Costul pentru intermediere este deci conceptual și legal diferit de costul traficării influenței.

¹⁴ În speța invocată raționamentul era cu atât mai defectuos cu cât existau suficiente elemente faptice care sugerau că inculpatul în sarcina căruia s-a reținut și infracțiunea de trafic de influență a fost determinat de motive de natură umană să ofere ajutor prezumtivului cumpărător de influență.

¹⁵ Analizând posibilitatea reținerii infracțiunii de trafic de influență (ipoteza influenței pretinse) în concurs cu infracțiunea de înșelăciune, utilizând și argumentul relei-credințe, practica judiciară s-a arătat reticentă în a oferi protecție penală celui astfel înșelat. Credem că, din perspectiva practicii judiciare, argumentele ar rămâne valabile și cu privire la ipotezele de noi analizate.

În ceea ce ne privește, chiar și pentru ipoteza clasică în care practica judiciară s-a pronunțat deja explicit, nu putem nega existența unor argumente solide în sprijinul reținerii infracțiunii de înșelăciune în concurs cu infracțiunea de trafic de influență. Pe de-o parte absorbția invocată de practică este greu justificabilă, în condițiile în care nu se poate constata nici măcar o identitate parțială între obiectele juridice ale celor două infracțiuni. Or, în opinia noastră absorbția poate fi puternic justificată doar atunci când prin infracțiunea absorbantă se dorește a se proteja (chiar și secundar) valoarea socială protejată prin infracțiunea absorbită. Altfel, prin operarea absorbției, nu s-ar da semnificație penală lezării unuia

dintre obiectele juridice efectiv lezate. Un alt aspect care s-ar putea opune absorbției este necesitatea ca limitele sancțiunii prevăzute pentru infracțiunea absorbită să fie inferioare celor ale infracțiunii absorbante. Acceptând absorbția, am susține de fapt că o infracțiune sancționată de la 2 la 10 ani absoarbe o infracțiune care în forma de bază are ca limite de pedeapsă 6 luni, respectiv 12 ani, putând ajunge în formele sale agravate la o limită maximă de 20 de ani.

¹⁶ Un exemplu în acest sens, este reținerea infracțiunii de furt și atunci când obiect material a furtului este un bun mobil corporal a cărei deținere de către victimă avea caracter ilicit (droguri, arme, etc).

¹⁷ Chiar și pentru ultima dintre aceste ipoteze, rămâne relevantă identitatea acestui „altul” având în vedere că textul traficului de influență permite ca afirmațiile „traficantului” să fie neadevărate.

¹⁸ În același sens a se vedea Mario Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione : i delitti dei privati, le qualifiche soggettive pubblicistiche : commentario sistematico*, Editura Giuffrè, Milano, 1999, p. 115

¹⁹ În doctrină se arată că: „*prin natura sa traficul de influență reprezintă o negociere, o vânzare, o târguire a influenței pe care o are sau lasă să se creadă că o are o persoană pe lângă un funcționar.....De precizat că fapta trebuie săvârșită pe baza influenței pe care o are sau lasă să se creadă că o are asupra unui funcționar*”, Matei Basarab, Viorel Pașca ș.a, *op. cit.*, vol. II, Editura Hamangiu, București 2008, p. 637-638

²⁰ Tocmai în baza acestor motive prezentul studiu se concentrează pe poziția juridică intermediarului potențial sau efectiv la dare de mită și nu pe cea a intermediarului la luare de mită.

²¹ Astfel cum reiese din Încheierea penală f.n. a Curții de Apel București din 01.02.2012 prin care s-a reținut că: „*În raport cu împrejurările de fapt prezentate în cele care preced și care au survenit după momentul autorizării de către Tribunalul București a măsurilor de autorizare prevăzute de art. 911 și urm. din C.p.p. (în considerarea cadrului judiciar al acestei cauze care avea ca obiect cercetarea faptei ca trafic de influență), s-a constatat că au apărut elemente probatorii noi care au conturat indicii temeinice privind săvârșirea de către procurorul B.M.I. a infracțiunii de luare de mită. Pe cale de consecință, se impunea ca fapta numiților E. C. M și S. M. să fie cercetată prin prisma complicității la infracțiunea de luare de mită*”.

²² Și în Noul Cod penal acest raport de cauzalitate directă este menținut, între cele două norme neexistând diferențe de fond, ci doar de formă. Conform art. 291 din Noul Cod penal constituie infracțiunea de trafic de influență „*Pretinderea, primirea ori acceptarea promisiunii de bani sau alte foloase, direct sau indirect, pentru sine sau pentru altul, săvârșită de către o persoană care are influență sau lasă să se creadă că are influență asupra unui funcționar public și care promite că îl va determina pe acesta să îndeplinească, să nu îndeplinească, să urgenteze ori să întârzie îndeplinirea unui act ce intră în îndatoririle sale de serviciu sau să îndeplinească un act contrar acestor îndatoriri*”.

²³ O altă definiție a influenței oferită de doctrină este: „*cuvântul influență credem că este folosit în sensul de putere, capacitate de a modifica la o ființă umană, comportamentul acesteia în sensul dorit, respectiv de a determina o persoană sau o autoritate să facă o favoare, sau să ia o decizie favorabilă*”, Dabu Valerică, Noul Cod penal. Traficul de influență, pag. 5, publicat pe www.inm-lex.ro. În dreptul comparat influența a fost definită ca „*orice apropiere care permite orice formă de presiune*”- Mario Romano, *op. cit.*, p. 114.

²⁴ Spre exemplu, în cazul corupției judiciare, influența traficată poate proveni din relația de subordonare administrativă sau doar faptică existentă între președintele unei instanțe și un judecător din cadrul respectivei instanțe. Este cert că, având în vedere principiul absolut al independenței judecătorilor, președintele instanței nu poate în mod licit influența deciziile judecătorilor. La fel de adevărat este că, în baza unei relații de subordonare, președintele instanței poate ajunge să exercite o oarecare influență asupra celorlalți judecători. Un exemplu în acest sens este și Decizia Î.C.C.J. nr. 4015/2009 . Un caz recent este și cel al vicepreședintelui Curții de Apel Timișoara acuzat de comiterea infracțiunii de trafic de influență. Pentru detalii a se vedea <http://www.pna.ro/faces/comunicat.xhtml?id=3041>

În cazul în care cel care-și traficează influența este un funcționar care are atribuții legale de comandă, supraveghere sau control asupra modului în care sunt îndeplinite atribuțiile de serviciu (vizate de către particular) ale celui alt funcționar, primul nu va răspunde pentru trafic de influență ci pentru infracțiunea de luare de mită, el pretinzând bani pentru îndeplinirea defectuoasă a atribuțiilor sale de serviciu.

²⁵ Un exemplu în care influența pretinsă avea o asemenea sursă este Decizia Î.C.C.J. nr. 3448/2009.

²⁶ O altă ipoteză similară în care practica judiciară ar putea considera justificată reținerea infracțiunii de trafic de influență (având în vedere aplicabilitatea *mutatis mutandis* a argumentelor de mai sus) ar putea fi aceea în care efectul influenței ar fi fost acela de a provoca reducerea sumei solicitată de către funcționar. Chiar dacă nu s-a constatat că influența a dus efectiv la reducerea sumei solicitată de către funcționar, fiind vorba despre afirmații neadevărate din partea presupusului traficant de influență, într-o decizie s-a reținut că „*influența ce urma să fie cumpărată să apară cât mai pregnantă, inculpatul D. a relatat că s-au purtat negocieri pentru a se ajunge la o sumă atât de „scăzută”, judecătoarea pretinzând inițial suma de 500.000 Euro*”- Decizia Î.C.C.J. nr. 1547/2009.

²⁷ Reluăm în acest context conținutul normei: conform Codului Carol al-II-lea, *era sancționat cel care primește direct sau indirect, sau face să se dea sau să se promită, lui sau altuia, vreun dar, folos sau remunerație, sub pretext că trebuie să cumpere favoarea vreunui funcționar public.*

²⁸ Principiu obligatoriu în temeiul art. 4 din Protocolul 7 la Conv.E.D.O. coroborat cu art. 20 din Constituția României, respectiv art. 50 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene coroborat cu art. 148 alin. 2 din Constituția României.

²⁹ De *lege lata* această ierarhie nu este confirmată de limitele de pedeapsă, în sensul în care traficul de influență este mai grav sancționat decât infracțiunea de dare de mită. Din punctul nostru de vedere, această incongruență este greșită. Oricum, în Noul Cod penal problema este parțial remediată, în sensul în care pentru cele două infracțiuni sunt prevăzute aceleași limite de pedeapsă. În opinia noastră, limitele sancțiunilor ar trebui să reflecte în mod corect gravitatea conceptuală a faptelor.

³⁰ În același sens al existenței unei singure infracțiuni de participație la infracțiunea de corupție s-a pronunțat și doctrina și practica judiciară italiană. În acest sens a se vedea Mario Romano, *op. cit.*, p. 119, Giorgio Lattanzi și Ernesto Lupo (coord), *Codice penale rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Aggiornamento 2000-2004*, p. 459-460, Curtea de Casație Italia, Hotărârea penală nr. 872/2004.

³¹ Activitatea de intermediere devine sancționabilă doar dacă ea poată fi grefată pe o faptă (principală) de corupție. Astfel, dacă activitatea de intermediere nu ajunge să se finalizeze cel puțin cu oferirea folosului funcționarului, atunci fapta trebuie să rămână nesancționabilă, lipsind fapta principală. Infracțiunea de corupție propriu-zisă ce se dorea a fi comisă de către A și B a rămas în faza unui simplu pact infracțional nepus în executare, deci nesancționabil.

³² Cu excepția situațiilor în care vorbim despre o oferire din partea mituitorului sau de o pretindere din partea funcționarului neurmată de o acceptare.

³³ Cât timp și în cazul lor, pe lângă valența unui act de executare de sine stătător, actul material poate avea valența unui act de participație la infracțiunea corespondentă comisă de cealaltă parte. Niciodată însă nu se va reține o dublă răspundere penală atât pentru o infracțiune comisă în forma autoratului cât și pentru cea corespondentă comisă în forma instigării sau complicității.

³⁴ Arătam mai sus că, dacă B ar fi acționat de la început ca mesager și ulterior ca intermediar al funcționarului, nu s-ar mai fi putut vorbi despre o posibilă influență traficată ea fiind inutilă pentru coruperea funcționarului. Funcționarul însuși este cel care a avut inițiativa încheierii unui „contract de vânzare-cumpărare” având ca obiect exercitarea atribuțiilor sale de serviciu.

³⁵ În același sens a se vedea și Vintilă Dongoroz, S. Kahane ș.a., *Explicații teoretice ale Codului penal român, Partea specială*, vol. IV, p. 141 sau Tudorel Toader, *op. cit.*, p. 222

³⁶ În termeni de drept privat , am putea spune că întotdeauna când persoana acționează în calitate de mandatar acesta va fi un simplu intermediar la infracțiunea de dare de mită (complice), autor al infracțiunii fiind mandantele.

³⁷ La aceeași concluzie s-a ajuns și în practica judiciară: „*nedivulgarea identității funcționarului, stabilirea sumei de către inculpat sau altă persoană...nu au relevanță juridică în stabilirea formei de participație*”- Decizia penală nr. 209/A/2011 a Curții de Apel Cluj, p. 9

³⁸ Dând un exemplu în acest sens, să ne imaginăm că lui X i-a fost suspendat permisul de conducere. X apelează la un prieten polițist Y rugându-l să se intereseze și să-i remită celui care poate să rezolve problema o sumă de bani (dată anterior de către X lui Y). Y remite suma de bani lui Z, refuzând să-i comunice lui X identitatea mituitului tocmai în vederea evitării unei expunerii inutile a activității infracționale lui Z. Schimbă acest ultim element calitatea de intermediar a lui Y ? În mod cert, nu.

CONSIDERAȚII PRIVIND DREPTUL LA DIVIDENDE AL UZUFRUCTUARULUI¹

Mirela BULIGA*
Alexandra SAFTA**

Résumé: *Considérations sur le droit de l'usufruitier sur les dividendes. A partir des dispositions du droit commun qui régissent la constitution de l'usufruit sur les actions, l'article analyse les effets fiscaux de cette opération dans les diverses hypothèses dans lesquelles l'usufruitier peut se trouver.*

Si, du point de vue juridique, l'usufruit sur les actions peut présenter des avantages aussi bien pour l'usufruitier que pour le nu propriétaire, du point de vue fiscal ces avantages sont estompés, parce que l'usufruitier est toujours tenu de payer l'impôt sur les dividendes, même si, dans une situation pareille, cette obligation n'incombait pas au nu propriétaire.

D'une perspective juridique, l'usufruit sur les actions semble être un mirage dont les avantages sont partiellement anéantis par l'identification du régime fiscal applicable, qui est d'ailleurs susceptible de limiter l'utilisation de cet instrument juridique.

Rezumat: *Pornind de la dispozițiile de drept comun în materia constituirii uzufructului asupra acțiunilor, articolul analizează, prin plasarea uzufructuarului în diferite situații, implicațiile fiscale ale acestei operațiuni. Dacă, din punct de vedere juridic, constituirea uzufructului asupra acțiunilor poate prezenta avantaje atât pentru uzufructuar cât și pentru nuda proprietar, din punct de vedere fiscal aceste avantaje pălesc deoarece uzufructuarul plătește întotdeauna impozit pe dividende chiar dacă într-o situație similară nuda proprietar nu ar fi plătit.*

Din perspectivă juridică uzufructul acțiunilor pare drept o fata morgana ale cărei avantaje sunt parțial anihilate odată cu dezvăluirea regimului fiscal aplicabil iar înțelegerea regimului fiscal poate conduce la limitarea cazurilor de folosire a acestui instrument juridice.

Mots-clés: *usufruit, actions, dividendes, impôt sur les dividendes, directive filiale mère*
Cuvinte cheie: *uzufruct, acțiuni, dividende, impozit pe dividende, directiva filialelor*

1. Definiția dividendelor

Dividendele beneficiază de o definiție atât la nivelul legislației comerciale cât și la nivelul Codului fiscal. Definiția comercială a dividendelor este furnizată de Legea societăților comerciale nr. 31/1990 la articolul 69 în următoarea formulare "cota-

parte din profit ce se plătește fiecărui asociat". Pentru dobândirea dreptului la dividende condiția *sine qua non* o reprezintă așadar calitatea de asociat dobândită ca urmare a aportului la capitalul social; dividendele se cuvin nu doar participanților cu aporturi (în natură sau în numerar) care sunt înscrise în capitalul social ci și asociatului care aduce aport în industrie, care nu este reflectat în capitalul social.

Această definiție permite alocarea de dividende oricărui participant la persoana juridică, indiferent de procentul din capitalul social deținut, conform dispozițiilor din actul constitutiv. Deși nu sunt foarte frecvent întâlnite în practică, în dreptul nostru există și acțiuni ce dau dreptul la dividend prioritar dar care nu conferă drept de vot deținătorilor acestora.

Adițional definiției comerciale a dividendelor, Codul fiscal oferă la art. 7 alin. (1) punctul 12 o definiție în scopuri fiscale care este însă mult mai largă deoarece include și dispoziții menite a contracara transferurile de valoare fără echivalent dinspre societate (persoană juridică) înspre asociați care au o natură identică și prin urmare trebuie impozitate după aceleași criterii.

Dispozițiile citate ale Codului fiscal enumeră atât cazurile în care sumele transferate către participanți sunt recalificate drept dividende, în scopul impozitării la aceștia dar și ipotezele în care astfel de transferuri nu pot fi recalificate în dividende.

II. Uzufrectul acțiunilor și titularul dreptului la dividende

Deși Legea societăților comerciale nr. 31/1990 nu menționează expres, totuși se consideră că acțiunile pot face obiectul dreptului de uzufruct². Aceasta rezultă indirect din dispozițiile art. 124 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 care dispune că dacă acțiunile sunt grevate de un drept de uzufruct, dreptul de vot conferit de aceste acțiuni aparține uzufructuarului în adunările generale ordinare, și nudului proprietar în adunările generale extraordinare.

În ceea ce privește dividendele la care dau dreptul acțiunile și titularul lor (uzufructuar sau nud-proprietar) deoarece repartizarea acestora este în competența adunării generale ordinare, interpretarea oferită de doctrină³ este în sensul că dividendele se cuvin uzufructuarului; a interpreta în sens contrar dispozițiile art. 124 alin. (1) din Legea societăților comerciale înseamnă a le lipsi de conținut deoarece legiuitorul, odată ce i-a atribuit uzufructuarului dreptul de vot în adunarea generală ordinară, a înțeles și că exercitarea acestui drept să fie efectivă. Această interpretare este validată și în doctrina franceză care, ca urmare a analizei dispozițiilor legale, recunoaște dreptul uzufructuarului de a vota în adunarea generală ordinară distribuirea dividendelor dar consfințește și posibilitatea unei derogări pe bază de statut⁴.

De interes pentru analiza noastră este chestiunea dobândirii de către uzufructuar nu numai a dreptului la încasarea dividendelor dar și a calității de asociat. În doctrina franceză a existat o controversă asupra dobândirii calității de asociat de către uzufructuarul unor drepturi sociale. Inițial, jurisprudența franceză⁵ a statuat că legea nu prevede nici o derogare în ceea ce privește drepturile asociaților și deci, ale nudului proprietar, de a participa la adunările generale. Unii autori⁶ au interpretat poziția jurisprudenței în sensul de a nega, în mod implicit, calitatea de asociat a uzufructuarului, în timp ce alții au înțeles că nu exista nici o incompatibilitate de principiu între conferirea calității de asociat nudului proprietar și recunoașterea simultană a acestei calități, uzufructuarului.⁷

Identificarea în persoana uzufructuarului a calității de asociat trebuie să pornească de la drepturile ce îi sunt conferite. Astfel, dreptul uzufructuarului de a vota deciziile referitoare la distribuirea de dividende este expresia dreptului său de a uza de lucrul grevat de uzufruct și de a-i culege fructele. Folosința de către uzufructuar a drepturilor sociale este deci o prerogativă esențială a uzufructuarului de care acesta nu poate fi privat prin statut fără să se contrazică însăși calitatea sa de uzufructuar. Cum folosința drepturilor sociale se face în temeiul calității de uzufructuar iar nu în temeiul calității de proprietar, respectiv de asociat, acesta semnifică că uzufructuarul nu dobândește calitatea de asociat. Uzufructuarul are obligația de a folosi lucrul grevat ca și cum ar fi proprietarul acestuia, respectiv asociat. Această obligație îi revine tocmai pentru că nu are, în realitate, această calitate⁸.

Noul Cod civil preia în cadrul art. 741 alin. (1) dispozițiile art. 124 alin. (1) din Legea societăților comerciale dar în plus menționează în mod expres titularul dreptului la dividende în situația în care acțiunile sunt grevate de uzufruct. Astfel, potrivit art. 742 din Noul Cod Civil dividendele a căror distribuire a fost aprobată, în condițiile legii, de adunarea generală în timpul uzufructului se cuvin uzufructuarului de la data stabilită prin hotărârea adunării generale.⁹

III. Regimul fiscal al dividendelor

III. 1. Reglementarea dividendelor în Codul fiscal

Regimul fiscal al dividendelor este reglementat în principiu ca fiind impozabil cu cota „unică” de 16%, impozit a cărui reținere se face la sursă, la plătitorul acestora. Acest impozit se aplică doar în următoarele situații: dacă beneficiarul dividendelor este o persoană fizică, în cazul în care beneficiarul dividendelor este o persoană juridică care nu îndeplinește condițiile prevăzute la art. 36 alin. (4) Cod fiscal sau dacă nu sunt îndeplinite condițiile pentru aplicarea convențiilor de evitare a dublei impuneri.

Prin excepție, pentru persoanele juridice, în anumite condiții pot fi incidente dispoziții de favoare, transpuse din dreptul european, respectiv dispozițiile Directivei filialelor¹⁰.

Regimul fiscal al dividendelor primite de o persoană fizică este reglementat în cadrul Titlului III „Impozit pe venit”, Capitolul V „Venituri din investiții”, art. 65 alin. (1) și art. 67 alin. (1) Cod fiscal.

Regimul dividendelor plătite de o persoană juridică română unei alte persoane juridice române (într-o situație pur internă) este reglementat în Codul fiscal la Titlul II „*Impozitul pe profit*”, Capitolul VI „*Impozitul pe dividende*”, la art. 36 „*Declararea, reținerea și plata impozitului pe dividende*”.

Dacă primul alineat al art. 36 stabilește principiul impozitării dividendelor distribuite/plătite de o persoană juridică română unei alte persoane juridice române, alineatul (4) stabilește excepția neimpozitării „dividendelor plătite de o persoană juridică română unei alte persoane juridice române, dacă beneficiarul dividendelor deține, la data plății dividendelor, minim 10% din titlurile de participare ale celeilalte persoane juridice, pe o perioadă de 2 ani împliniți până la data plății dividendelor inclusiv”.

Se observă că dispoziția art. 36 alin. (4) Cod fiscal stabilește două condiții pentru acordarea regimului de favoare - exceptarea de la obligația de plată a impozitului pe dividende, respectiv: (i) beneficiarul dividendelor să dețină, la data plății dividendelor, minim 10% din titlurile de participare ale celeilalte persoane juridice și (ii) beneficiarul dividendelor să dețină titlurile de participare pentru o perioadă de 2 ani împliniți la data plății dividendelor.

Pentru a asigura evitarea dublei impozitări a dividendelor¹¹, art. 20 lit. a) Cod fiscal prevede că sunt neimpozabile la calculul profitului impozabil dividendele primite de la o persoană juridică română.

Așadar, în lanțurile de persoane juridice române, după impozitarea profitului la prima societate și distribuirea de dividende, acestea din urmă „circulă” liber urmând să fie impozitate (final) doar în momentul în care condițiile de la art. 36 alin. (4) nu mai sunt îndeplinite sau distribuția finală este realizată către o persoană fizică.

III. 2. Rațiunea constituirii uzufructului asupra acțiunilor

Codul fiscal nu impune nicio condiție referitoare la calitatea juridică a beneficiarului dividendelor, respectiv aceea de a fi proprietar al acțiunilor care dau dreptul la dividende sau doar uzufructuar. Nici nu ar fi oportună o astfel de intervenție deoarece Codul fiscal nu lucrează cu concepte juridice proprii ci doar stabilește regimul fiscal pe baza structurii juridice încetățenite în alte ramuri ale dreptului: drept civil, dreptul muncii¹², etc.

Dacă legea civilă acordă uzufructuarului dreptul la dividende, în absența unei interdicții exprese în Codul fiscal, acestuia i se va aplica regimul fiscal stabilit de dispozițiile Codului fiscal: impozitare sau neimpozitare în funcție de situația pe care se pliază (după distincțiile prevăzute la punctul III.1.)

Uzufructuarul poate fi atât persoană fizică dar și persoană juridică. Rațiunile pentru care o persoană fizică poate constitui un uzufruct asupra acțiunilor sunt diverse: transmiterea beneficiilor la care dau dreptul acțiunile pentru o durată de timp limitată în favoarea unui membru al familiei, unui creditor personal, etc.

Interesul unei persoane juridice în a ceda uzufructul unor titluri de participare poate fi motivat în diverse ipoteze: un împrumut mascat acordat altei societăți, golirea de conținut a obligației garantate printr-o fidejusiune care are ca și conținut acele titluri, etc.

Titularul acțiunilor poate fi interesat în constituirea unui uzufruct asupra acțiunilor și din motive de cash-flow; astfel, constituirea uzufructului asupra acțiunilor îi conferă certitudinea încasării unei anumite sume de bani în cazul în care uzufructul este constituit cu titlu oneros spre deosebire de caracterul aleatoriu al dividendelor al căror quantum depinde de profitabilitatea societății emitente a acțiunilor, urmând ca acest risc să fie suportat de către uzufructuar.

III.3. Avantaje fiscale prin constituirea dreptului de uzufruct asupra acțiunilor

Instituția uzufructuarului poate fi utilizată pentru conceperea unor scheme de evitare a plății impozitului cu atât mai mult cu cât, la rândul său, uzufructuarul poate ceda dreptul său unei alte persoane¹³ astfel încât prin plasarea uzufructuarului într-o situație favorabilă (fiscal) se poate ajunge la evitarea plății impozitului pe dividende.

Așa cum am menționat anterior, pentru a evita dubla impozitare a dividendelor, conform dispozițiilor Codului fiscal acestea se impozitează distinct în funcție atât de calitatea beneficiarului (persoană fizică sau juridică) dar și de îndeplinirea anumitor condiții, fiind posibile mai multe ipoteze:

1. dacă deținătorul acțiunilor este o persoană fizică, dividendele se impozitează cu 16% (potrivit art. 67 alin. 1 Cod fiscal)
2. dacă deținătorul acțiunilor este o persoană juridică română, dividendele se impozitează diferențiat în funcție de quantumul și durata deținerii în capitalul social al societății distribuitoare a dividendelor (potrivit art. 36 Cod fiscal), astfel:
 - 2.1. dacă titularul acțiunilor deține, la data plății dividendelor, minim 10% din titlurile de participare ale societății distribuitoare pentru o perioadă de minim 2 ani, dividendele sunt neimpozabile.
 - 2.2. dacă condițiile de durată și quantum a deținerii de mai sus nu sunt îndeplinite, dividendele se impozitează cu 16%.

3. dacă deținătorul acțiunilor este o societate stabilită într-un alt Stat membru al Uniunii Europene, dividendele distribuite de o persoană juridică română sunt neimpozabile sub rezerva îndeplinirii condițiilor stabilite de Directiva 2011/96/UE, ale cărei principii sunt transpuse la art. 117 lit. h) Cod fiscal (în situația dividendelor distribuite din România).

După cum rezultă din cele de mai sus, regimul fiscal al impozitării dividendelor nu este unitar, acesta fiind particularizat din considerente de politică fiscală, ceea ce poate determina plasarea uzufructuarului într-o poziție de natură să conducă la evitarea impozitului pe dividende.

Prin constituirea uzufructului asupra acțiunilor dar și prin cedarea dreptului uzufructuarului unei alte persoane pot apare următoarele scenarii de optimizare fiscală:

- a) *deținătorul acțiunilor este o persoană fizică* (ipoteza 1 de mai sus). În urma deciziei de repartizare a dividendelor de către adunarea generală a acționarilor acesta are obligația de a plăti impozitul pe dividende de 16%.

a.1.) în situația în care constituie un uzufruct în favoarea unei alte persoane fizice situația din punct de vedere fiscal nu se schimbă, uzufructuarul beneficiar al dividendelor având obligația de a plăti impozit pe dividende de 16%.

a.2.) în situația în care constituie uzufruct în favoarea unei persoane juridice care îndeplinește condițiile de la pct. 2.1 de mai sus, uzufructuarul nu mai are obligația de a plăti impozit pe dividende.

Această formulă poate fi utilizată spre exemplu, în situația în care printre acționarii societății distribuitoare de dividende se află o societate care îndeplinește condițiile de la pct. 2.1 și una sau mai multe persoane fizice. Prin structura uzufructuarului se poate ajunge în situația în care persoanele fizice nu mai plătesc impozit pe dividende deoarece au constituit dreptul de uzufruct în favoarea persoanei juridice acționar, iar la rândul său persoana juridică uzufructuar oricum nu plătește impozit pe dividende.

a.3.) în ipoteza în care constituie uzufructul în favoarea unei persoane juridice aflată în situația de la pct. 2.2. de mai sus, situația din punct de vedere fiscal nu se schimbă; atât persoana fizică cât și cea juridică au obligația de a plăti impozit pe dividende de 16%. Impactul fiscal poate fi diminuat dacă persoana juridică de la pct. 2.2 cedează la rândul său dreptul de uzufruct unei persoane juridice care îndeplinește condițiile de la pct. 2.1 caz în care dividendele ce îi sunt distribuite sunt exceptate de la plata impozitului pe dividende.

- b) *dacă deținătorul acțiunilor este o persoană juridică română* (ipoteza 2 de mai sus):

b.1.) deținătorul acțiunilor aflat în situația de la pct. 2.1. poate constitui un uzufruct asupra acțiunilor în favoarea (i) unei persoane fizice, (ii) în favoarea

unei alte persoane juridice aflată în situația de la pct. 2.1 sau (iii) în favoarea unei persoane juridice aflată în situația de la pct. 2.2.

În cazurile (i) și (iii) constituirea uzufructului nu prezintă interes fiscal pentru uzufructuar, deoarece aceștia trebuie să plătească impozit pe dividendele de 16%. Totuși, și în acest caz, uzufructuarul [atât în cazul (i) cât și în cazul (ii)] poate ceda dreptul unei persoane juridice aflată în situația de la pct. 2.1. caz în care dividendele primite sunt neimpozabile.

În cazul (ii), constituirea uzufructului poate fi avantajoasă pentru uzufructuar deoarece dividendele distribuite acestuia sunt scutite de la plata impozitului pe dividende.

b.2) deținătorul acțiunilor aflat în situația de la pct. 2.2. În acest caz, constituirea uzufructului poate fi avantajoasă dacă este realizată în favoarea unei persoane juridice care se pliază pe situația 2.1. deoarece dividendele ce îi sunt distribuite sunt neimpozabile (potrivit art. 36 alin. 4 Cod fiscal).

c) dacă deținătorul acțiunilor este o persoană juridică rezidentă într-un alt Stat membru al Uniunii Europene iar dividendele sunt distribuite de o persoană juridică română (ipoteza 3 de mai sus).

În acest caz sunt aplicabile, în anumite condiții, dispozițiile directivei filialelor (analizată la pct. IV); sub rezerva îndeplinirii dispozițiilor acestei directive, dividendele distribuite de către o persoană juridică română unei persoane juridice rezidente într-un alt Stat membru al Uniunii Europene sunt scutite de la reținerea la sursă a impozitului (neimpozabile în România).

Titularul acțiunilor – societate rezidentă într-un Stat Membru al Uniunii Europene - poate constitui un uzufruct asupra acțiunilor în favoarea unei alte persoane juridice rezidente în același sau în alt Stat Membru al Uniunii Europene¹⁴; prin plasarea unui uzufructuar în sfera de aplicare a directivei filialelor se poate ajunge la dobândirea unor avantaje fiscale care altfel nu ar fi putut fi obținute sau la transferarea dividendelor în afara Uniunii Europene într-o formă avantajoasă din punct de vedere fiscal (de exemplu, dacă statul în care este rezident uzufructuarul aplică un regim fiscal preferențial – cotă redusă de impozitare sau scutirea de impozitare pentru dividendele distribuite în state din afara Uniunii Europene).

III.4. Limitează Codul fiscal dreptul uzufructuarului la încasarea dividendelor?

Codul fiscal nu pare a impune limite în constituirea dreptului de uzufruct asupra acțiunilor, neexistând nicio dispoziție expresă care să interzică dreptul uzufructuarului la încasarea dividendelor. Astfel, dispozițiile Codului civil de la art.

742 alin. (1) ar trebui să fie suficiente pentru a permite uzufructuarului dreptul la încasarea dividendelor. În Codul fiscal există principiul prevăzut la art. 1 alin. (3) care dispune că în materie fiscală dispozițiile Codului fiscal prevalează asupra dispozițiile contrarii cuprinse în alte acte normative, dar dispoziția din Codul civil nu reglementează și regimul fiscal al dividendelor primite de uzufructuar ci doar dreptul acestuia la încasarea dividendelor urmând ca regimul fiscal să fie stabilit prin aplicarea dispozițiilor din Codul fiscal.

Totuși, Codul fiscal consacră la art. 11 alin. (1) o dispoziție anti-abuz cu caracter general care permite autorităților fiscale ca la stabilirea sumei unui impozit sau taxe să nu ia în considerare o tranzacție care nu are scop economic sau să reîncadreze forma unei tranzacții pentru a-i reflecta conținutul economic.

Acest articol validează în Codul fiscal principiul realității economice care permite fiscoi ca atunci când acționează în vederea stabilirii unui impozit să surprindă realitatea iar nu aparența; acest principiu reprezintă o variantă a teoriei fraudei la lege existentă în alte legislații fiind invocat pentru a prevala asupra unei dispoziții legale, când rezultatele aplicării acesteia sunt considerate anormale sau neobișnuite din punct de vedere economic, social, moral, etc.¹⁵.

Modul de redactare al art. 11 alin. (1) este deficitar deoarece nu menționează un minim de criterii legale – așa cum fac alte legi moderne – pe baza cărora autoritatea fiscală - dar și contribuabilul – să poată decide la neluarea în considerare a unei tranzacții. Lipsa unor criterii consacrate de lege – chiar minimale sau foarte generale – poate conduce la confuzie și la arbitrar în practică în activitatea de stabilire a impozitelor de către organele fiscale.

Considerăm că organele fiscale ar putea utiliza în opera de recalificare următoarele criterii: (i) operațiunea să aibă scop exclusiv fiscal, sau predominant fiscal; (ii) prin acea operațiune să se obțină un efect fiscal – indirect – care nu putea fi obținut în mod direct.

În situația analizată, cea a constituirii uzufructului asupra acțiunilor cu consecința dreptului uzufructuarului la încasarea dividendelor pot fi avute în vedere următoarele situații în care „tranzacția” poate fi recalificată:

- în cazul în care uzufructul este constituit de o persoană fizică în favoarea unei persoane (fizice sau juridice aflată în situația de la pct. 2.1.) care plătește același quantum al impozitului precum titularul acțiunii, se poate considera că fiscoi nu are interes în a reconsidera forma tranzacției. În cazul persoanelor fizice impozitul se stabilește pe „surse” de venituri astfel încât nu există posibilitatea de a compensa o eventuală pierdere reportată a uzufructuarului cu dividendele de încasat în baza uzufructului acțiunilor. În cazul în care uzufructuar este o persoană juridică care nu deține 10% pentru 2 ani, aceasta va plăti impozit pe dividende în quantum de 16% la fel precum nudul proprietar persoană fizică.

- în cazul în care uzufructul este constituit de o persoană juridică trebuie distins după caracterul gratuit sau oneros al tranzacției. Dacă constituirea uzufructului este realizată cu titlu gratuit, organele fiscale pot estima contravaloarea uzufructului în funcție de quantumul dividendelor încasate de uzufructuar în baza art. 11 alin. (1) Cod fiscal. Este discutabilă posibilitatea unei societăți comerciale de a constitui un uzufruct cu titlu gratuit în condițiile în care scopul pentru care o astfel de societate se înființează este de a obține profituri iar nu de a face liberalități.

- dacă uzufructul este constituit cu titlu oneros nuda proprietar poate fi protejat de o eventuală recalificare dacă suma obținută ca urmare a constituirii uzufructului este apropiată în quantum cu cea încasată de uzufructuar din dividende. Cu toate acestea, o calificare bazată exclusiv pe acest criteriu ar nesocoti faptul că quantumul dividendelor ce vor fi distribuite este foarte dificil de estimat în avans, adunarea generală a acționarilor stabilind cât din profit se distribuie și cât va rămâne la dispoziția societății pentru a fi reinvestit. Cu alte cuvinte, chiar uzufructuarul care cu maxim de bună-credință a consimțit să plătească un anumit preț pentru constituirea dreptului său anticipând distribuirea unui profit cunoscut/estimat/bănuț, poate fi surprins de decizia majorității de nedistribuire a acestuia.

- riscul de recalificare există, după cum am arătat deja, și în situația în care uzufructul este constituit cu titlu oneros, dar uzufructuarul persoană juridică a plătit pentru uzufructul acțiunilor o sumă mult prea mare raportat la câștigurile (dividendele) obținute din acțiuni. Cu toate acestea, o asemenea comparație, pentru a fi relevantă, trebuie corelată cu durata uzufructului, întrucât elementul aleator ce vizează quantumul fructelor e cu atât mai pregnant cu cât durata e mai mare.

- Codul civil prevede la art. 742 că uzufructuarul are dreptul la dividendele a căror distribuire a fost aprobată, în condițiile legii, de adunarea generală. Așa cum este formulat acest text de lege, rezultă că uzufructuarul are dreptul doar la încasarea dividendelor iar nu și la suportarea pierderii care rămâne întotdeauna la nuda proprietar. Astfel, în cazul constituirii unui uzufruct asupra acțiunilor în anul N, în situația în care în anii N+1, N+2 și N+3 societatea în care sunt deținute acțiunile a fost în profit, dreptul la dividende aparține uzufructuarului; dacă pentru anii următori N+4, N+5, N+6 societatea se află în pierdere, nuda proprietar va suporta consecințele pierderii. Evident că dacă societatea ajunge în profit în anul N+7, dividendele se vor distribui uzufructuarului numai după acoperirea pierderii¹⁶. Dar, pentru perioada în care societatea se află în pierdere, nuda proprietar poate fi obligat din imperative de salvare a societății să crediteze societatea, să accepte (în calitate de asociat) vânzarea unor produse în pierdere, să accepte vânzarea unor active la prețuri reduse sau chiar să suporte falimentul și lichidarea societății în care este acționar.

IV. Dispozițiile Directivei filialelor

Distribuțiile de profituri între societățile-mamă și filialele din State Membre diferite ale Uniunii Europene sunt guvernate de dispozițiile Directivei 2011/96/UE¹⁷. Directiva urmărește să asigure evitarea dublei impuneri juridice și economice a dividendelor prin scutirea de la reținerea la sursă a impozitului asupra dividendelor și a altor forme de repartizare a profitului (în statul societății distribuitoare a dividendelor - filiala) și exceptarea de la impozitare sau acordarea unui credit fiscal (în statul societății beneficiare a dividendelor – societatea-mamă).

Dispozițiile Directivei filialelor au fost transpuse în Codul fiscal la art. 20¹ pentru dividendele primite de societăți din România de la societăți din alte State Membre ale Uniunii Europene și la art. 117 alin. lit. h) pentru dividendele plătite de societăți din România către societăți din alte State Membre ale Uniunii Europene.

Regimul de favoare instituit de directiva filialelor este limitat la anumite societăți care trebuie să îndeplinească condiționările solicitate, dobândind astfel calitatea de „societăți calificate”. Aceste condiții se referă pe de-o parte la anumite exigențe generale¹⁸ pe care trebuie să le îndeplinească fiecare dintre societățile implicate (forma societății, rezidența fiscală în Uniunea Europeană, impozitele pe care trebuie să le plătească) iar pe de altă parte vizează condiții ce califică societățile pentru relația de filiație, respectiv participarea societății mamă în capitalul filialei.

În ce privește relația de filiație, pentru a beneficia de dispozițiile directivei societatea-mamă trebuie să aibă o participație de cel puțin 10% în capitalul social al filialei¹⁹. Având în vedere diversitatea legislațiilor europene în ce privește drepturile conferite uzufructuarului acțiunilor precum și faptul că directiva filialelor nu conține dispoziții exprese în acest sens, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a fost sesizată cu interpretarea drepturilor conferite uzufructuarului în afacerea *Les Vergers du Vieux Tauves C-48/07*.

Speța vizează o societate de drept belgian, Les Vergers du Vieux Tauves (VVT) care deținea în uzufruct titluri ale societății NARDA rezidentă în Belgia, în timp ce nuda-proprietate asupra titlurilor era deținută de societatea BEPA. În urma distribuirii de dividende către VVT, guvernul belgian a apreciat că uzufructuarul nu are dreptul de a fi exonerat de la plata impozitului pe dividende în aplicarea regimului societăți-mamă filiale, regim care a fost transpus în dreptul intern astfel încât să confere societăților rezidente aceleași beneficii precum cele oferite celor din alte State membre.

Deși speța vizează o situație pur internă (atât societatea distribuitoare a dividendelor cât și societatea beneficiară sunt rezidente în Belgia²⁰) totuși competența Curții include, în principiu, o întrebare privind dispozițiile comunitare în cazurile în care situația de fapt din acțiunea principală se situează în afara domeniului de aplicare al dreptului comunitar, dar în care aplicabilitatea dispozițiilor menționate a fost determinată de dreptul național²¹.

Curtea de Justiție, în pofida argumentelor prezentate de VVT și Avocatul general care au invocat aspecte legate de scopul adoptării directivei, respectiv eliminarea dezavantajelor cooperării transfrontaliere între societăți, a pronunțat o hotărâre întemeiată pe interpretarea gramaticală²² a textului care prevede pragul minim de deținere [art. 3 alin. (1) lit. a)] și prin verificarea atributelor conferite de legislația civilă internă uzufructuarului.

Așa cum s-a reținut la punctul 32 din considerentele hotărârii, în conformitate cu dispozițiile art. 578 din Codul civil belgian, uzufructul îi conferă titularului acestuia dreptul de a se bucura de bunurile aflate în proprietatea altei persoane. Se deduce că uzufructul constituie un raport de drept între uzufructuar și proprietarul a cărui proprietate este diminuată prin uzufruct, care este diferit de raportul juridic creat de relația de acționariat.

Astfel, în acțiunea principală, întrucât VVT nu este proprietara părților NARDA, raportul juridic pe care îl are cu aceasta din urmă nu decurge dintr-un statut de asociat, ci din uzufructul a cărui titulară este. Acest uzufruct permite societății VVT să exercite anumite drepturi care aparțin în mod normal BEPA în calitate de proprietar al părților respective.

În schimb, raportul juridic al BEPA cu NARDA este cel de asociat, care rezultă din simplul fapt că prima societate deține, în calitate de nud-proprietar, părți în capitalul celei de-a doua. Participația deținută de societatea BEPA îndeplinește, în mod evident, criteriul unei „participări la capital” în sensul articolului 3 din Directiva 90/435/CEE, iar această societate, cu condiția de a îndeplini și celelalte criterii stabilite de această directivă, trebuie să fie considerată o „societate-mamă” în sensul articolului 3 menționat.

În concluzie, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a conchis că noțiunea de participare la capitalul unei societăți comerciale dintr-un alt stat membru, în sensul articolului 3 din Directiva 90/435/CEE, nu cuprinde deținerea de părți (titluri de participare) în uzufruct. Totuși, în conformitate cu libertățile de circulație garantate de Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene, aplicabile situațiilor transfrontaliere, în cazul în care un Stat Membru, în vederea evitării dublei impuneri a dividendelor primite, scutește de impozit atât dividendele pe care o societate rezidentă le primește de la o altă societate rezidentă în care aceasta deține părți în deplină proprietate, cât și pe cele pe care o societate rezidentă le primește de la o altă societate rezidentă în care deține părți în uzufruct, acest stat trebuie să aplice, în vederea scutirii dividendelor primite, același tratament fiscal atât dividendelor primite de la o societate stabilită într-un alt Stat Membru de către o societate rezidentă care deține părți în deplină proprietate cât și dividendelor primite de o societate rezidentă care deține părți în uzufruct.

Decizia Curții de Justiție consacră principiul conform căruia Directiva nu poate fi aplicată într-un mod discriminatoriu respectiv să conducă la impozitarea dezavantajoasă a nerezidenților comparativ cu impozitarea rezidenților²³.

Această interpretare a instanței europene nu conduce la concluzia că deținătorii (dintr-un Stat Membru al Uniunii Europene) de acțiuni în uzufruct nu pot beneficia de dispozițiile directivei filialelor pentru dividendele distribuite de o societate din România. Dacă această deținere îndeplinește condițiile prevăzute de legislația națională (care a transpus directiva filialelor) pentru a determina distribuirea de dividende exceptate de la impozitarea la sursă, un asemenea tratament național nu poate fi negat acționarilor (în sensul de uzufructuari) nerezidenți, chiar dacă Curtea de Justiție a subliniat în speța *Les Vergers du Vieux Trauves* importanța unei dețineri efective (în calitate de acționar) pentru a beneficia de dispozițiile Directivei filialelor²⁴.

V. Concluzii

Așa cum rezultă din analiza întreprinsă de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, uzufructuarul nu are aptitudinea de a fi considerat participant în capitalul social al societății în care nudul proprietar deține acțiunile.

Aceasta semnifică că uzufructuarul nu poate invoca neimpozitarea dividendelor primite nici în situația în care nudul proprietar deține cel puțin 10% din titlurile de participare într-o persoană juridică pentru mai mult de 2 ani (situație în care într-o relație obișnuită acționar – societate distribuitoare de dividende, dividendele ar fi neimpozabile).

Rezultă că în toate cazurile analizate, constituirea uzufructului asupra acțiunilor conduce la plata impozitului pe dividende de către uzufructuar, respectiv:

- uzufructul este constituit de o persoană fizică în favoarea unei alte personae fizice.
- uzufructul este constituit de titularul acțiunilor (nud proprietar) care deține cel puțin 10% din capitalul societății distribuitoare de dividende pentru cel puțin 2 ani
- uzufructul este constituit de titularul acțiunilor care deține mai puțin de 10% din capitalul societății distribuitoare a dividendelor.

Instanța europeană, din rațiuni de respectare a libertăților de circulație consacrate la nivel european, a menționat că în situația în care statul în care este rezidentă societatea primitoare a dividendelor consideră că uzufructuarul are calitatea de participant în capitalul social al societății distribuitoare a dividendelor și, pe cale de consecință, nu impozitează dividendele primite de uzufructuar, același tratament fiscal trebuie aplicat și unui uzufructuar nerezident.

Din perspectivă juridică uzufructul acțiunilor pare drept o fata morgana ale cărei avantaje sunt parțial anihilate odată cu dezvăluirea regimului fiscal aplicabil iar înțelegerea regimului fiscal poate conduce la limitarea cazurilor de folosire a acestui instrument juridic.

¹ Acest articol a fost elaborat ca parte a proiectului **“Creșterea calității și a competitivității cercetării doctorale prin acordarea de burse”**, proiect cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013 și coordonat de Universitatea de Vest din Timișoara în parteneriat cu Universitatea din Craiova și cu Fraunhofer Institute for Integrated Systems and Device Technology - Fraunhofer IISB.

* *Doctorand, Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea de Vest Timișoara; buligamirela@yahoo.com.*

** *Doctorand, Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea de Vest Timișoara; alexandra.safta@gmail.com.*

² I. Popa, *Uzufructul acțiunilor și al părților sociale*, Revista Dreptul, nr. 10/2005, p. 74-86.

³ L. Săulean, *Societăți comerciale. Studii*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 188.

⁴ Totuși, limitele acestei derogări sunt discutabile. Astfel, există opinii care susțin că uzufructuarului nu i se poate restrânge, prin statut, dreptul de vot în adunarea generală ordinară, deși nu are calitatea de asociat; a se vedea în acest sens Ph. Raimbourg, M. Boizard, *Ingenierie financiare, fiscale et juridique*, Dalloz, Paris, 2006 p. 127. Alți autori susțin că nu este posibilă privarea nudului-proprietar de orice drept de vot; a se vedea, în acest sens G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial*, Tome 1, 17^e édition, Ed. L.G.D.J. Paris, 1998, p. 848.

⁵ Hotărârea de *Gaste* a Camerei comerciale din 4 ian. 1994, în T. Revet, *Usufruit des droits sociaux*, în Revue trimestrielle de droit civil nr. 2/2004, Dalloz, Paris, p.318-322.

⁶ B. Mercadal, *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales*, Ed. Francis Lefebvre, Paris, 2000, p. 465.

⁷ Pentru detalii, a se vedea T. Revet, *Usufruit des droits sociaux*, în Revue trimestrielle de droit civil nr. 2/2004, Dalloz, Paris, p.318-322, I. Sferdian, *Particularități ale uzufructului asupra unor creanțe*, în Pandectele române, Supliment 2007, nota 35.

⁸ A se vedea T. Revet, *Usufruit des droits sociaux*, în Revue trimestrielle de droit civil nr. 2/2004, Dalloz, Paris, p.318-322, I. Sferdian, *Particularități ale uzufructului asupra unor creanțe*, în Pandectele române, Supliment 2007, nota 35, M. Cozian, *Du nu propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé*, Jurisclasseur périodique. La semaine juridique, édition entreprise 1994, nr. 28/29 p. 339.

⁹ Textul legal citat mai are și menirea de a tranșa discuțiile doctrinare privind modul în care se percep dividendele: „zi cu zi” sau „an cu an” și plasarea lor în favoarea celui ce are *usus și fructus* asupra acțiunilor la momentul hotărârii de distribuire, chiar dacă ele sunt fracțiuni ale unui profit realizat într-o perioadă în care dreptul de proprietate asupra acțiunilor nu era dezmembrat. În acest sens, a se vedea I. Sferdian, *Particularități ale uzufructului asupra unor creanțe*, în Pandectele române, Supliment 2007; Ph. Raimbourg, M. Boizard, *Ingenierie financiare, fiscale et juridique*, Dalloz, Paris, 2006 p. 127; L. Bojin, *Aspecte controversate privind transmiterea acțiunilor*, în Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept, nr. 2/2006, p.35.

¹⁰ Directiva 2011/96/UE privind regimul fiscal comun care se aplică societăților – mama și filialelor acestora din diferite state membre (variantea reformată), publicată în JO L 345/8

¹¹ Dubla impunere economică semnifică impunerea repetată a aceleiași materii (care are aceeași sursă), în speță beneficiul brut și dividendele care sunt parte a beneficiului brut. Dubla impunere juridică semnifică perceperea de impozite comparabile în două (sau mai multe) state de la același contribuabil pentru aceeași activitate și pentru perioade identice.

- ¹² G. Dedeurwaerder, *Théorie de l'interprétation et droit fiscal*, Ed. Dalloz, Paris, 2010, p.1; potrivit unei expresii consacrate, dreptul fiscal este un „drept suprapus” care, într-o mare măsură, se referă la situații care fac obiectul calificării juridice în alte ramuri ale dreptului.
- ¹³ Potrivit art. 714 alin. 1 din Noul Cod Civil.
- ¹⁴ Care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 2 lit. a) din Directiva 2011/96/UE respectiv (i) are una din formele prevăzute la în Anexa I, Partea A a Directivei, (ii) este rezidentă fiscal în Uniunea Europeană, (iii) plătește unul din impozitele prevăzute în Anexa I, Partea B (în cazul României, Directiva face referire la impozitul pe profit).
- ¹⁵ R. Bufan, B. Castagnede, A. Safta, M. Mutașcu, *Tratat de drept fiscal, Partea generală*, volumul I, Ed. Lumina Lex, București, 2005, pag. 64-65.
- ¹⁶ Potrivit art. 26 Cod fiscal
- ¹⁷ Directiva 2011/96/UE privind regimul fiscal comun care se aplică societăților – mama și filialelor acestora din diferite state membre (variantea reformată), publicată în JO L 345/8. Directiva 2011/96/UE a abrogat dispozițiile Directivei 90/435/CEE privind regimul fiscal comun care se aplică societăților – mamă și filialelor acestora din diferite state membre. Menționăm că dispozițiile noi Directive a filialelor (2011/96/UE) nu au fost transpuse însă în Codul fiscal însă în temeiul efectului direct dispozițiile sale pot fi invocate de către contribuabili. Pentru simplitate în exprimare vom folosi expresia „Directiva filialelor” ori de câte ori de vom referi fie la varianta reformată (Directiva 2011/96/UE) fie la varianta inițială (Directiva 90/345/CEE) a Directivei.
- ¹⁸ Prevăzute la art. 2 lit. a) din Directiva filialelor.
- ¹⁹ Conform art. 3 alin. (1) lit. a) din Directiva filialelor. Pragul de deținere a fost redus treptat, într-o primă etapă de la 25% la 15% (începând cu data de 1 ianuarie 2007) iar ulterior, începând cu 1 ianuarie 2009 la 10%.
- ²⁰ Guvernul belgian a decis să extindă transpunerea acestei directive la relațiile între societăți – mame și societăți filiale belgiene pentru a evita o discriminare între societățile belgiene în ceea ce privește tratamentul fiscal al profiturilor plătite unei societăți- mamă de către o societate filială în funcție de naționalitatea acesteia din urmă. Pct. 22 din considerentele speței C -48/07 *Les Vergers du Vieux Tauves*, disponibilă pe www.curia.europa.eu. Pentru aplicabilitatea trimiterilor preliminare în situații pur interne a se vedea A. Groza, *Trimiterile preliminare în situații pur interne*, Revista Română de Drept Comunitar, nr. 1/2010, Ed. Wolters Kluwer, p. 74-85.
- ²¹ În acest caz, datorită faptului că dispozițiile Directivei filialelor au fost transpuse în dreptul intern pentru a conferi societăților rezidente în Belgia același tratament fiscal precum cel aplicabil între societăți situate în State Membre diferite.
- ²² Această metodă a fost folosită și în alte cazuri care au vizat interpretarea Directivei filialelor, spre exemplu: Epsom C-375/98, para. 22; Océ van der Grinten C – 58/01, para. 46; Athinaiki Zithopia C – 294/99, para. 26-33; *Denkavit C -291/94, C-292/94*, para. 19 și 25; *Banque Fédérative du Crédit Mutuel C -27/07*, para. 27 și 36.
- ²³ A se vedea cauza *Aberdeen, C-/09*, para. 37 și următoarele.
- ²⁴ Pentru detalii, a se vedea M. Tenore, *Taxation of Dividends: A comparison of Selected Issues under Article 10 OECD Model and the Parent – Subsidiary Directive*, Intertax, volumul 38, nr. 4. Kluwer Law International, p. 228 ; B.J.M.Terra, P.J. Wattel, *European Tax Law*, Sixth Edition, Wolters Kluwer International, Olanda, 2012, p. 613 ; M. Helminem, *The international tax concept of dividend*, Wolters Kluwer International, Olanda, 2010, p. 94.

PUBLICITATEA NOTĂRII CLAUZEI DE INALIENABILITATE EXPRESĂ ȘI SUBÎNȚEASĂ ÎN CONVENȚIILE PRIVITOARE LA IMOBILE

Andrea Annamaria CHIȘ*

Résumé : *La publicité de la clause d'inaliénabilité expresse et implicite dans les conventions concernant des immeubles. La publicité de la clause d'inaliénabilité expresse et implicite dans les conventions concernant des immeubles. Le nouveau code civil roumain comprend un titre spécial dédié à la publicité immobilière: le Titre VII Le livre foncier du troisième livre Des biens. L'art. 902 concernant les actes et les faits soumis à la notation énumère expressément l'interdiction d'aliéner et de grever un droit inscrit, ainsi que d'autres actes juridiques qui produisent le même effet, question qui ne résulte pas d'une manière expresse de son contenu.*

Compte tenant l'art. 627 alin. 4 qui régleme la clause d'inaliénabilité implicite, on a essayé d'identifier les actes juridiques soumis à la notation dans le livre foncier qui comprennent une telle clause. On a fait à cette fin une parallèle entre la clause d'inaliénabilité et celle d'insaisissabilité, afin de déterminer si les deux s'impliquent réciproquement.

On a formulé à la fin des conclusions sur les effets de la notation des actes juridique comprenant une clause d'inaliénabilité expresse ou implicite sur les inscriptions antérieures, ainsi que sur la possibilité d'effectuer des inscriptions ultérieures, sur la sanction du manquement à cette clause et sur les remèdes offerts par le code ou par les lois spéciales.

Mots clés : *notation, interdiction d'aliéner, clause d'inaliénabilité, clause d'insaisissabilité*

Cuvinte cheie: *notare, interdicție de înstrăinare, clauză de inalienabilitate, clauză de insesizabilitate*

1. Notarea – noțiune, obiect, sediul materiei

Notarea este reglementată în Capitolul III Notarea unor drepturi, fapte și raporturi juridice al Titlului VII Cartea funciară, al Cărții a III-a Despre bunuri a noului cod.

Așa cum rezultă chiar din titlul capitolului ce constituie sediul principal al materiei, notarea este înscrierea ce are ca obiect alte *drepturi* decât cele tabulare, *fapte sau raporturi juridice* în legătură cu imobilul (art. 881 alin. 2 teza a II-a NCC vorbind și de acte, nu doar de fapte), ea dispunându-se, ca și înscrierea provizorie, așa

cum rezultă din art. 881 alin. 2 NCC și 909 alin. 2 NCC, numai în cazurile anume prevăzute de lege, având de regulă efect de opozabilitate sau, cu titlu de excepție, doar de informare.

Cazurile expres prevăzute de lege sunt cele arătate în art. 902-906 NCC, precum și în alte texte ale codului sau ale unor legi speciale¹.

Conform noului cod, respectiv art. 902 alin. 1 și art. 881 alin. 1 teza a II-a, *obiectul* notării îl constituie *alte drepturi decât cele tabulare, acte, fapte sau raporturi juridice în legătură cu imobilul*.

Vechea lege a cărților funciare, în art. 81, referitor la notările cu efecte de opozabilitate și art. 82, privind notările cu caracter de informare (deși nu folosea acest termen, ci, ca și art. 903 din noul cod, vorbea de notări ce pot fi efectuate fără ca opozabilitatea față de terțele persoane să atârne de această înscriere), nu definea la modul general obiectul acestei categorii de înscrieri, însă acesta rezulta din dispozițiile privind cuprinsul cărții funciare, respectiv art. 141, referitor la cuprinsul părții a II-a, care, la punctul 5 reglementa înscrierea *faptelor, drepturilor personale sau a altor raporturi juridice, precum și acțiunile referitoare la proprietate*, precum și din art. 142, privind cuprinsul părții a III-a, pct. 2, ce prevedea că această parte cuprinde înscrieri referitoare la *faptele, drepturile personale sau alte raporturi juridice, precum și la acțiunile privitoare la celelalte drepturi tabulare*.

Art. 38 din legea cadastrului (abrogat prin art. 87 pct. 4 din Legea nr. 71/2011) definea obiectul notării ca fiind *actele și faptele juridice privitoare la drepturile personale, la starea și capacitatea persoanelor în legătură cu imobilele înscrise în cartea funciară*.

Din analiza notărilor prevăzute de cod, atât în capitolul consacrat acestora, cât și în dispoziții din alte părți ale acestuia, rezultă că legiutorul, deși a folosit o formulare parțial diferită de cea din vechile reglementări, nu are o viziune nouă asupra obiectului acestora. Bunăoară, prevede în continuare notarea acțiunilor ce au legătură cu imobilul (în art. 902 alin. 2 pct. 19), doar că, în textul art. 902 alin. 1 NCC, unde definește obiectul notărilor, nu prevede distinct notarea acțiunilor privind drepturi înscrise în cartea funciară. De asemenea, reglementează în continuare notarea actelor referitoare la drepturi ce nu sunt reale (art. 881 alin. 1 NCC, art. 902 alin. 2 pct. 4, 6, 7 NCCetc.), deși nu le specifică expres în capitolul referitor la notare (omîțându-le chiar din titlul acestuia).

2. Efectele notărilor

Din compararea textelor art. 902 NCC, referitor la actele sau faptele *supuse notării* și art. 903 NCC, ce privește actele sau faptele care *pot fi notate* în cartea funciară, notarea, în raport de obiectul ei, poate avea un efect de opozabilitate, în cazurile prevăzute de art. 902 și de informare, în cele enumerate art. 903.

2.1 Notări cu efect de opozabilitate absolută și relativă

Textul art. 902 alin. 1 NCC, prevede că „drepturile, faptele sau alte raporturi juridice prevăzute la art. 876 alin. 2 devin *opozabile* terțelor persoane *exclusiv prin notare*, dacă nu se dovedește că au fost cunoscute pe altă cale, în afara cazului în care *din lege rezultă că simpla cunoaștere a acestora nu este suficientă pentru a suplini lipsa de publicitate* (s.n).”

Terții, conform alin. 3 al aceluiași articol, sunt cei care au dobândit un drept real sau un alt drept în legătură cu imobilul înscris în cartea funciară.

Din textul art. 902 alin. 1 NCC, rezultă că, de *regulă*, cunoașterea drepturilor, faptelor sau altor raporturi juridice în afara cărții funciare are efect de opozabilitate a acestora față de terți, chiar în lipsa înscrierii, însă, cu titlu de *excepție*, cunoașterea efectivă nu face opozabile drepturile, faptele sau alte raporturi juridice supuse notării atunci când legea leagă efectul de opozabilitate doar de realizarea publicității.

Tocmai de aceea, în doctrină, se și vorbește despre un efect de *opozabilitate absolută* (în cazul notării unor drepturi personale și a altor raporturi juridice, cum ar fi interdicția convențională de înstrăinare și grevare, promisiunea de a încheia un contract viitor, dreptul de preemțiune convențional, gajul asupra creanței ipotecare, schimbarea rangului ipotecii, contractele de închiriere sau cesiune de venituri etc., a notării intenției de a înstrăina sau greva, a notării sechestrului, urmării imobilului sau veniturilor sale) și de un efect de *opozabilitate relativă* (în situația notării unor drepturi personale sau altor raporturi juridice, cum ar fi chitanța de plată a anticipată a chiriei, art. 1.815 NCC, notarea acțiunilor în justiție, căilor de atac și a altor raporturi juridice similare, cum ar fi acțiunile privitoare la drepturile tabulare, cele privind ineficacitatea actelor juridice ce au stat la baza înscrierii, partajul, acțiunile de carte funciară, încheierea de respingere a cererii de înscriere și căile de atac împotriva acesteia etc.)².

În caz de concurs între dobânditori de la același autor, însă, textul art. 902 alin. 1 teza a II-a NCC face trimitere la regulile aplicabile drepturilor reale, cuprinse în art. 890-892, 896 și 897 NCC, reguli ce presupun înscrierea dreptului. Și atunci, ne întrebăm legitim, dacă există opozabilitate în afara înscrierii, există și preferință în afara ei, în ceea ce privește imobilele înscrise în cartea funciară? Cu alte cuvinte, față de cine e opozabil un drept de creanță neînscris? Dacă cel față de care este invocat dreptul de creanță neînscris nu este înscris, la rândul său, există criterii în afara cărții pentru a fi preferat unul sau altul dintre drepturi? Se aplică principiul priorității titlurilor, aparent repudiat de cod? Credem că răspunsul trebuie să fie negativ. Așadar, în caz de conflict de drepturi, unul dintre cei doi trebuie să se înscrie pentru a putea invoca dreptul său față de cel care a dobândit un drept concurent de la același autor.

Față de cine, dintre cei care îl cunosc, e opozabil dreptul neînscris, în sensul art. 902 alin. 1 teza I NCC? Credem că, de fapt, dreptul rămâne opozabil doar cocontractantului, ceea ce diferențiază dreptul de creanță de cel real, ce nu se transmite nici între părți fără înscriere (art. 885 alin. 1 NCC).

2.2 Notări cu efect de informare absolută și relativă

Potrivit dispozițiilor art. 903 NCC, „se vor putea nota încartea funciară, *fără ca opozabilitatea față de terți să depindă de această înscriere*” (s.n.), incapacitatea sau restrângerea prin efectul legii a capacității de exercițiu, declarația de utilitate publică în vederea exproprierii unui imobil, precum și orice fapte sau raporturi juridice care au legătură cu imobilul și care sunt prevăzute în acest scop de lege.

Precum se poate observa din formularea textului, această notare cu efect de informare are ca obiect *doar* fapte sau raporturi juridice în legătură cu imobilul.

Și în cazul efectului de informare se vorbește de o *informare absolută* (în situația interdicției legale de înstrăinare sau grevare, a calității de monument istoric a imobilului, a lucrărilor de expropriere) și de una *relativă* (în ceea ce privește incapacitatea totală sau parțială de exercițiu a titularului dreptului tabular, notarea calității de bun comun, hotărârea judecătorească declarativă de moarte a titularului dreptului tabular înscris în cartea funciară etc)³.

În această situație, însă, terminologia derivă din clasificarea terților față de care ar trebui să-și producă efectul raportul juridic sau faptele juridice.

Astfel, în cazul efectului de informare absolută, chiar în cazul lipsei notării, faptul juridic sau raportul juridic este opozabil oricărui dobânditor, precum și celor care au dobândit drepturi de la acesta.

În situația efectului de informare relativă, însă, trebuie să distingem între dobânditorul nemijlocit și subdobânditorul unui drept constituit sau transmis de acesta. Aceasta, deoarece *dobânditorul nemijlocit* are obligația de a cerceta cuprinsul cărții funciare și înscrierile care îl completează, conform dispozițiilor art. 901 alin. 2 NCC privind dobândirea cu *bună credință* a unui drept tabular, formularea codului fiind parțial diferită de cea cuprinsă în art. 33 din vechea lege a cărților funciare și art. 31 alin. 2 din legea cadastrului⁴. Această obligație nu incumbă, însă, *subdobânditorului*, el având obligația de a cerceta doar titlul autorului său, nu și titlurile în baza cărora au fost înscrise drepturi în favoarea antecesorilor tabulari ai autorului său. De aceea, în lipsa notării, faptele sau raporturile juridice respective sunt opozabile, în cazul informării relative, doar dobânditorului nemijlocit. Dacă, însă, acesta transmite sau constituie drepturi în favoarea unui subdobânditor, acesta din urmă se va putea apăra invocând lipsa notării, tocmai pentru că nu avea obligația să verifice validitatea întregului

șir al transmisiunilor succesive. S-a spus că astfel de notări au valoarea relativă, pentru că ocrotesc doar intereselor terților subdobânditori, nu și pe dobânditorii nemijlociți, cărora faptele juridice sau raporturile juridice le sunt opozabile și fără înscriere.⁵

2.3 Efectul constitutiv de drepturi reale al notării intenției de a înstrăina sau de a ipoteca

Notarea intenției de a înstrăina sau de a ipoteca este prevăzută de art. 902 alin. 2 pct. 14 NCC și are o reglementare distinctă și în art. 904 și 905, după modelul vechii legi a cărților funciare (este vorba de art. 81 pct. 11 și art. 88-94), pentru că produce efecte de drept substanțial ce depășesc simpla opozabilitate a celorlalte notări prevăzute de art. 902 alin. 2 NCC. Tocmai de aceea, și legea cadastrului, care lăsa pe seama regulamentului de cadastru enumerarea faptelor și drepturilor personale, a litigiilor referitoare la drepturile reale asupra imobilelor și a altor înscrieri cu caracter temporar în legătură cu imobilul (art. 42 din regulament), în art. 39 și 40 din lege, cuprindea o reglementare distinctă a intenției de a înstrăina sau de a ipoteca⁶.

Noul cod prevede că intenția de a înstrăina sau ipoteca trebuie notată în favoarea unei persoane *determinate*, vechea reglementară fiind lacunară în acest sens, deși nu se putea imagina notarea fără a fi determinată persoana în favoarea căreia este făcută. Noul cod a mărit termenul în care notarea își produce efectul, de la 2 luni la 3.

Astfel, în măsura în care contractul se încheie în termenul de 3 luni de la data înregistrării, prevăzut de lege, dreptul de proprietate sau de ipotecă imobiliară va avea rangul notării. Așadar, *efectul constitutiv de drepturi reale al înscrierii în cartea funciară, prevăzut de art. 885 alin. 1 NCC, printr-o ficțiune, se va produce încă anterior încheierii contractului ce constituie titlul în temeiul căruia se face înscrierea, și anume de la data înregistrării cererii de notare a intenției de a încheia contractul*, orice înscriere ulterioară rămânând fără efecte față de cel în favoarea căruia a fost realizată notarea.

O astfel de notare nu doar face opozabilă intenția de a înstrăina sau ipoteca, ci *are efectul unei înscrieri provizorii*, întrucât, dacă se încheie contractul în termenul prevăzut de lege, *dreptul real se dobândește retroactiv*, de la data înregistrării cererii de notare.

Notarea nu indisponibilizează imobilul, dar, ca și în cazul înscrierii provizorii, *înscrierile ulterioare efectuate împotriva celui care a cărui intenție de înstrăinare sau ipotecare a fost notată se radiază din oficiu*, ca urmare a înscrierii dreptului real a pentru a cărui transmitere sau constituire a fost notată intenția în cartea funciară, în măsura în care înscrierea ulterioară este incompatibilă cu dreptul a cărui intenție de transmitere sau constituire a fost notată. De exemplu, dacă se notează intenția de a vinde imobilul, adică de a transmite dreptul de proprietate și ulterior se intabulează

dreptul de proprietate sau orice alt drept real în favoarea unui terț, în interiorul termenului de 3 luni prevăzut de art. 904 NCC, acesta va fi radiat. Dacă, însă, se notează intenția de a ipoteca, transferul proprietății către un terț nu va afecta drepturile creditorului ipotecar, ipoteca având rang anterior și conferind un drept de urmărire titularului său⁷. Dacă, după notarea intenției de a ipoteca, se constituie un dezmembrământ al dreptului de proprietate ulterior notării, cum ar fi un drept de uzufruct, sunt aplicabile dispozițiile art. 2.360 NCC, potrivit cărora „creditorul ipotecar poate urmări bunul în mâinile oricui ar trece, fără a ține seama de drepturile reale constituite sau înscrise după înscrierea ipotecii sale”.

Diferența dintre notarea intenției de a înstrăina sau ipoteca și înscrierea provizorie a unui drept real sub condiție suspensivă rezultă din natura actului, în sens de *negotium*, ce stă la baza înscrierii, întrucât, în cazul înscrierii provizorii, vorbim de un contract translativ sau constitutiv de drept real, în timp ce, în situația intenției de a înstrăina sau ipoteca, este vorba de o manifestare de voință ce nu produce efecte juridice decât dacă este urmată de încheierea contractului la care se referă, părțile situându-se în *faza precontractuală de negocieri*, în sensul art. 1.182-1.184 NCC, titularul dreptului tabular fiind cel care aduce la cunoștință publică existența acestor negocieri, înscrierea făcându-se la simpla sa cerere⁸. Nimic nu se opune, însă, în opinia noastră, la notarea *ofertei de a contracta* (art. 1.187 și urm. NCC). În cazul înscrierii provizorii, se înscrie de la bun început însuși dreptul real, în timp ce, în situația prevăzută de art. 904 NCC, se înscrie doar intenția de a constitui sau transmite în viitor un drept real.

Tocmai pentru că este vorba de faza de negocieri precontractuale sau oferta de a contracta, nu sunt aplicabile dispozițiile art. 627 alin. 4 NCC, potrivit cărora „clauza de inalienabilitate este subînțeleasă în *convențiile* din care se naște obligația de a transmite în viitor proprietatea către o persoană determinată sau determinabilă” (s.n.).

3. Notarea interdicției de înstrăinare expresă

3.1. Notarea interdicției de înstrăinare și grevare, a substituției fideicomisare și a clauzelor de inesizabilitate

a) Distincția dintre inalienabilitatea convențională și cea legală

Art. 902 alin. 2 pct. 8 NCC prevede notarea interdicției de înstrăinare sau de grevare a unui drept înscris în cartea funciară. Textul se referă la *inalienabilitatea convențională*, întrucât cea legală, instituită *propter rem* (cauză de indisponibilizare a unor bunuri, cum e cazul celor din domeniul public sau al unora din domeniul privat scoase temporar din circuitul civil) sau *intuitu personae* (care este o incapacitate de folosință), operează de drept, fără a fi necesară notarea în cartea funciară⁹.

De remarcat că există o necorelare terminologică între reglementarea privind cartea funciară și cea de principiu privind drepturile, faptele sau alte raporturi juridice supuse înscrierii. În noul cod, interdicția convențională de înstrăinare și grevare poartă denumirea legală de *clauză de inalienabilitate* și este reglementată în art. 626-629 NCC privind limitele convenționale ale dreptului de proprietate privată.

b) Sursele inalienabilității instituită prin voința subiectului de drept

Potrivit art. 627 alin. 1 NCC, prin convenție sau testament, se poate interzice înstrăinarea unui bun pe o perioadă de maxim 49 de ani.

Clauza de inalienabilitate poate să îmbrace și forma *substituției fideicomisare* prevăzută de art. 994-1.000 NCC¹⁰, ce poate fi cuprinsă, la rândul ei, într-un contract de donație sau legat cuprins într-un testament¹¹.

c) Clauza de inalienabilitate expresă versus clauza de inalienabilitate subînțeleasă

Ea poate fi *expresă* sau *subînțeleasă*, în convențiile din care se naște obligația de a transmite în viitor proprietatea către o persoană determinată sau determinabilă (art. 627 alin. 4 NCC).

Ce înseamnă obligația de a transmite în viitor dreptul de proprietate? Este vorba despre o obligație de a face sau una de a da? Credem că nu este vorba de o obligație de a da, chiar dacă ea se naște dintr-un contract de vânzare cumpărare și nu dintr-un antecontract. Aceasta, deoarece, având în vedere efectul constitutiv de drepturi al intabulării, rezultând din dispozițiile art. 885 alin. 1 NCC, contractul de vânzare cumpărare își produce efectul translativ de proprietate doar la data înscrierii dreptului în cartea funciară. Așa se și explică definiția contractului de vânzare cumpărare, cuprinsă în art. 1.650 alin. 1 NCC, ca fiind „contractul prin care vânzătorul transmite sau, după caz, *se obligă* să transmită cumpărătorului proprietatea unui bun în schimbul unui preț (...)” (s.n.). Desigur, aceasta dacă facem abstracție de dispozițiile tranzitorii cuprinse în art. 56 din Legea nr. 71/2011, ce amână producerea efectului constitutiv de drepturi al intabulării până la data finalizării lucrărilor de cadastru pe teritoriul unei unități administrativ teritoriale, până la acea dată, înscrierea având efect de opozabilitate și dreptul transmitându-se prin simpla încheiere a contractului.

Indiferent, însă, de efectul înscrierii și data dobândirii dreptului de proprietate (aceea a încheierii contractului sau a înregistrării cererii de înscriere în cartea funciară), în cazul contractului de vânzare cumpărare neafectat de vreo modalitate, nu se mai pune problema inalienabilității, pentru că, din reglementarea situației terțului dobânditor de rea-credință, cuprinsă în art. 892 NCC, rezultă că vânzarea multiplă a imobilului nu atrage vreo sancțiune asupra celui care și-a înscris primul dreptul, chiar dacă a

încheiat ultimul contractul și a cunoscut existența celui anterior, cu excepția situației în care l-a împiedicat, prin violență sau viclenie, pe cel care a fost îndreptățit, printr-un act juridic valabil cu dată certă anterioară, să înscrie dreptul real în folosul său. Așadar, în situația contractului de vânzare cumpărare neafectat de modalități, nu sunt aplicabile dispozițiile art. 629 alin. 2 NCC, ce permit anularea actului de înstrăinare încheiat cu nerespectarea clauzei de inalienabilitate.

Conform dispozițiilor art. 60¹ din legea cadastrului, introdus prin Legea nr. 60/2012 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, „în categoria convențiilor prevăzute de art. 627 alin. (4) din Codul civil, din care se naște obligația de a transmite în viitor proprietatea către o persoană determinată ori determinabilă, intră și antecontractele având ca obiect transmiterea în viitor, prin încheierea de contracte, a dreptului de proprietate asupra unui bun mobil sau imobil, după caz, dacă prin lege nu se prevede altfel.”

O convenție din care se naște obligația de a transmite în viitor proprietatea către o persoană determinată sau determinabilă, în care clauza de inalienabilitate este subînțeleasă este, așadar, *promisiunea unilaterală de vânzare* (art. 1.327, art. 1.669 alin. 3 NCC) sau *promisiunea bilaterală de vânzare* (art. 1.669 alin. 1 NCC), nu și promisiunea unilaterală de cumpărare, întrucât rațiunea inalienabilității este păstrarea bunului în patrimoniul promitentului vânzător, pentru ca acesta să-și poată executa obligația de a încheia în viitor contractul promis, translativ de proprietate.

Tot o convenție din care se naște obligația de a transmite în viitor proprietatea către o persoană determinată sau determinabilă este și *vânzarea cu rezerva proprietății* (art. art. 1.755 NCC), asupra căreia vom reveni în secțiunea destinată notării ei.

De reținut că clauza de inalienabilitate subînțeleasă este instituită în sarcina înstrăinătorului și în favoarea dobânditorului, scopul ei fiind prezervarea dreptului de proprietate în patrimoniul înstrăinătorului pentru a putea fi transmis în viitor dobânditorului. În cazul clauzei de inalienabilitate exprese, lucrurile stau invers, ea este stipulată în favoarea înstrăinătorului (sau a unui terț, eventual) și în sarcina dobânditorului. De exemplu, un părinte donează copilului său un imobil locuință, instituind o clauză de inalienabilitate în sarcina donatarului pe o perioadă determinată (de exemplu, până la atingerea vârstei la care îl consideră suficient de responsabil pentru a dispune de bunurile sale sau până la încheierea unei căsătorii ori până la nașterea primului copil din căsătorie etc.).

Pentru *opozabilitatea clauzei de inalienabilitate exprese*, trebuie îndeplinite formalitățile de publicitate prevăzute de lege (art. 628 alin. 2 NCC), respectiv notarea în cazul bunurilor imobile (art. 902 alin. 2 pct. 8 NCC). În ceea ce privește substituția fideicomisară, art. 995 alin. 3 NCC, prevede că această *sarcină* este supusă notării în cartea funciară.

Clauza de inalienabilitate subînțeleasă nu se notează, dar opozabilitatea ei este asigurată de notarea antecontractului (art. 902 alin. 2 pct. 12, art. 906 NCC), respectiv a vânzării cu rezerva proprietății (art. 902 alin. 2 pct. 9 NCC).

Termenul de 49 de ani, prevăzut de art. 627 alin. 1 NCC, se referă doar la clauza de inalienabilitate *expresă*, nu și la cea subînțeleasă, prevăzută de alin. 4 al aceluiași articol, începând să curgă de la data *dobândirii dreptului* (în cazul clauzei subînțelese, fiind vorba de obligația de a transmite în viitor proprietatea, dreptul nu se dobândește, inalienabilitatea fiind stabilită tocmai pentru a asigura dobândirea sa în viitor de către cel în favoarea căruia inalienabilitatea este instituită).

d) Termenul în care își produce efectul clauza de inalienabilitate expresă

Pentru situația în care, totuși, s-ar stipula un termen mai mare de 49 de ani, legiutorul nu a prevăzut, ca în cazul opțiunii de răscumpărare (art. 1.758 alin. 2 NCC), reducerea acestuia la cel maxim prevăzut de lege. Într-o astfel de situație, ca și în aceea în care actul nu cuprinde durata inalienabilității, registratorul de carte funciară, obligat fiind, conform art. 48 alin. 1 lit. a din legea cadastrului să verifice dacă actul în temeiul căruia se cere înscrierea este încheiat cu respectarea „formelor prescise de lege”, va respinge cererea în temeiul art. 63 alin. 1¹ din regulamentul de cadastru, pentru că actul nu îndeplinește anumite „condiții speciale prevăzute de reglementările în vigoare”.

În ceea ce privește momentul în care începe să își producă efectul clauza de inalienabilitate, în cazul dobândirii prin contract, având în vedere efectul constitutiv al înscrierii drepturilor reale prevăzut de art. 885 alin. 1 NCC, dobândirea dreptului are loc la data înregistrării cererii de înscriere, acesta fiind, așadar, momentul ce marchează și începerea efectelor clauzei de inalienabilitate. Dacă avem în vedere *dispozițiile tranzitorii* cuprinse în art. 56 din Legea nr. 71/2011, până la definitivarea lucrărilor de cadastru la nivelul unei unități administrativ teritoriale înscrierea producând doar un efect de opozabilitate, termenul începe să curgă încă de la data încheierii contractului (dacă dobândirea dreptului nu este afectată de vreun termen sau condiție suspensivă).

În cazul testamentului, termenul curge de la data deschiderii succesiunii, care este data morții testatorului, moștenirea fiind un mod de dobândire extratabular.

e) Actele în temeiul cărora se poate efectua notarea

Notarea clauzei de inalienabilitate se face în baza *certificatului de moștenitor* (atunci când rezultă din testament), ce trebuie să cuprindă o mențiune în acest sens (deși textul art. 80 din Legea nr. 36/1995 a notarilor publici și activității notariale¹², privind cuprinsul certificatului de moștenitor, nu face referire expresă la sarcinile sau clauzele de inalienabilitate stabilite prin testament) sau a *contractului* în baza căruia s-a solicitat înscrierea (provizorie sau intabularea) dreptului real în favoarea dobânditorului.

Pentru că nu există vreun text în procedura înscrierii cum este cel din art. 55 alin. 4 din Legea nr. 7/1996, ce prevede înscrierea din oficiu a ipotecilor legale, această notare, aparent, nu s-ar putea face din oficiu, odată cu înscrierea dreptului real, ci doar la cererea celui în favoarea căruia este instituită clauza de inalienabilitate. Numai că, dacă ar fi așa, notarea clauzei de inalienabilitate stabilită prin testament nu s-ar mai realiza aproape niciodată.

Pentru a răspunde acestei probleme, trebuie să avem în vedere textul art. 629 alin. 2 NCC, potrivit căruia, în cazul încălcării clauzei de inalienabilitate de către dobânditor, înstrăinătorul sau terțul, dacă inalienabilitatea s-a stipulat în favoarea acestuia, pot cere anularea actului subsecvent încheiat cu nerespectarea clauzei. Cel care a dobândit drepturi prin încheierea actului subsecvent nu este protejat de cuprinsul cărții funciare, pentru că trebuia să verifice titlul autorului său. Doar un terț subdobânditor de bună credință de la acesta ar beneficia de lipsa notării clauzei și aceasta doar în situația în care cel în sarcina căruia a fost impusă inalienabilitatea a fost înscris în cartea funciară timp de 3 ani (art. 909 alin. 3 NCC).

Tocmai pentru că efectul de publicitate al cărții prevăzut de art. 900 NCC este suspendat timp de 3 ani chiar și față de un terț de bună credință¹³, nu putem accepta ideea unei înscrieri incomplete cu știința registratorului de carte funciară, care este obligat să verifice valabilitatea actelor ce stau la baza înscrierii, chiar dacă este vorba de motive de nulitate relativă, actele nule sau anulabile neputând fi înscrise în cartea funciară¹⁴. Este adevărat că, în exemplul dat, nu se pune problema nevalabilității actului de instituire a inalienabilității, ci a celor ulterioare încheiate cu nesocotirea sa, însă nu putem accepta posibilitatea unei înscrieri al cărei caracter incomplet ar putea determina nevalabilitatea înscrierilor ulterioare.

De aceea, atunci când se solicită înscrierea în cartea funciară a dreptului real dobândit în temeiul unui contract sau testament ce instituie și o clauză de inalienabilitate, registratorul de carte funciară are, teoretic, mai multe posibilități: fie înscrie din oficiu clauza de inalienabilitate (așa cum înscrie din oficiu ipoteca legală), fie respinge cererea de intabulare (înscriere provizorie) pentru că nu s-a cerut și notarea clauzei de inalienabilitate, fie convoacă (citează) părțile, în temeiul art. 63 alin. 2 din regulamentul de cadastru, dacă apreciază că în această modalitate poate elucida impedimentul legal la înscriere, solicitându-le să-și manifeste expres opțiunea în sensul notării clauzei de inalienabilitate, în caz contrar, urmând să respingă cererea de intabulare (înscriere provizorie) a dreptului real.

f) Efectele notării

Pentru a determina *efectele notării clauzei de inalienabilitate*, trebuie să clarificăm mai întâi cuprinsul noțiunii de inalienabilitate, respectiv dacă vizează doar transferul dreptului de proprietate sau și dezmembrarea acestuia, precum și constituirea unui drept de ipotecă.

În literatura de specialitate anterioară noului cod, s-a arătat că inalienabilitatea înseamnă interdicția înstrăinării cu orice titlu a bunului, prin acte juridice între vii, cu titlu oneros sau gratuit, iar, în lipsă de stipulație contrară, presupune și interdicția de ipotecare. Inalienabilitatea nu înseamnă, însă, fără o prevedere expresă în acest sens, și interdicția constituirii unor drepturi reale dezmembrăminte ale dreptului de proprietate¹⁵.

În ceea ce privește conținutul noțiunii de inalienabilitate, noul cod, atunci când reglementează caracterele juridice ale dreptului de proprietate publică, în art. 861 alin. 1, stabilind că „bunurile proprietate publică sunt *inalienabile*, imprescriptibile și insesizabile” (s.n.), prin inalienabilitate, în mod evident, înțelege interdicția de înstrăinare și grevare, inclusiv dezmembrare¹⁶. Textul art. 627 alin. 1 NCC, referitor la condițiile și domeniul de aplicare a clauzei de inalienabilitate, vorbește de interzicerea *înstrăinării* bunului, ceea ce, aparent, ar confirma opinia existentă în doctrină anterior apariției unei reglementări de principiu a clauzei de inalienabilitate, în sensul că este vorba de interdicția de a transfera proprietatea și de a ipoteca. Atunci când clauza de inalienabilitate este expresă, până la urmă, această problemă rămâne una de interpretare a contractului. Nu putem spune același lucru, însă, despre *clauza de inalienabilitate subînțeleasă* în contractele din care se naște obligația de a transmite în viitor proprietatea către o persoană determinată sau determinabilă. Sensul reglementării clauzelor subînțelese în aceste categorii de contracte nu poate fi decât acela de a interzice nu doar transferul proprietății și ipotecarea, ci și dezmembrarea dreptului de proprietate, întrucât ceea ce se urmărește, de fapt, este prezervarea dreptului de proprietate în patrimoniul celui care s-a obligat să-l transmită în forma în care acesta exista la momentul asumării obligației. De aceea, credem că *prin inalienabilitate trebuie să înțelegem nu doar interdicția înstrăinării și ipotecării, ci, în lipsă de stipulație contrară, și aceea a constituirii unor dezmembrăminte ale dreptului de proprietate*.

Efectele notării constă, așadar, în indisponibilizarea bunului, acesta nu mai poate fi înstrăinat voluntar, asupra sa nu pot fi constituite dezmembrăminte ale dreptului de proprietate, nu poate fi grevat de o ipotecă, fiind pe deplin valabile cele arătate în cazul notării locuinței familiei. Notarea inalienabilității nu împiedică transmiterea bunului pe cale de succesiune (legală sau testamentară art. 627 alin. 5 NCC), respectiv intabularea dreptului de proprietate în favoarea unuia sau mai multor moștenitori.

De la această regulă, există două excepții.

O primă excepție este cea prevăzută de textul art. 2.351 NCC, conform căruia ipotecarea bunurilor inalienabile și insesizabile va fi valabilă ca *ipotecă asupra unui bun viitor*, dacă inalienabilitatea sau insesizabilitatea are o natură convențională¹⁷. Fiind vorba de o ipotecă asupra unui bun viitor, aceasta se *înregistrează doar provizoriu*, potrivit art. 898 pct. 1 NCC, justificarea ei făcându-se prin radierea clauzei de inalienabilitate.

O altă excepție rezultă din dispozițiile art. 2.384 NCC, care sunt, de fapt, o reluare a celor din art. 2.376 NCC privind *clauzele de inalienabilitate din contractele de ipotecă*, dispoziții potrivit cărora „*actele de dispoziție asupra imobilului ipotecat sunt valabile chiar dacă cel care a dobândit bunul cunoaște stipulația din contractul de ipotecă ce interzice asemenea acte sau declară că încheierea lor este echivalentă cu neîndeplinirea obligației*”. Această dispoziție descurajează, de fapt, inserarea unor astfel de clauze în contractele de ipotecă, pentru că le lipsește de eficiență. În literatura juridică, s-a susținut că acestea sunt *nule de drept*¹⁸. Aceasta, deoarece, în caz de înstrăinare, creditorul ipotecar nu este defavorizat prin încheierea unor astfel de acte, el având atributul de urmărire, inclusiv în cazul constituirii unor dezmembrăminte ale dreptului de proprietate, nefiind obligat să țină seama de ele, conform dispozițiilor art. 2.360 NCC¹⁹, dezmembrămintele dreptului de proprietate înscrise ulterior înscrierii ipotecii fiind *inopozabile* creditorului ipotecar.

Inalienabilitatea presupune și *inesizabilitatea* bunului, acesta neputând fi urmărit atâta timp cât clauza își produce efectele, dacă prin lege nu se prevede altfel (art. 629 alin. 3 NCC)²⁰. Așadar, regula este că inalienabilitatea include și inesizabilitatea, dacă legea nu prevede vreo *excepție* în acest sens, o dispoziție similară existând și în art. 2.329 alin. 2 NCC, ce reglementează clauzele de inesizabilitate, potrivit căruia „toate bunurile care sunt, potrivit legii, inalienabile, sunt și inesizabile”.

Ca o consecință în ceea ce privește publicitatea imobiliară, *clauza de inalienabilitate având ca efect și inesizabilitatea bunului*, notarea ei în cartea funciară împiedică nu doar înscrierea unor drepturi reale ulterioare (cu excepțiile deja arătate), ci și notarea sechestrului, a urmăririi imobilului, prevăzută de art. 902 alin. 2 pct. 17 NCC și, evident, înscrierea vreunui drept real dobândit în cadrul urmăririi silite, în măsura în care aceasta a avut loc cu ignorarea cuprinsului cărții funciare.

Rămâne, însă, să răspundem la întrebarea care sunt excepțiile la care se referă art. 629 alin. 3 NCC, adică cele în cazul cărora clauza de inalienabilitate nu atrage și inesizabilitatea bunului? Existența unei ipoteci anterioare nu poate constitui o excepție atunci când clauza de inalienabilitate a fost instituită în favoarea creditorului ipotecar, întrucât, așa cum am arătat deja, din dispozițiile art. 2.376 și art. 2.384 NCC, rezultă că, în astfel de situații, clauza de inalienabilitate este lipsită de eficacitate. Dacă, însă, imobilul ipotecat este înstrăinat ulterior, cu stipularea unei clauze de inalienabilitate în sarcina dobânditorului și în favoarea înstrăinătorului (debitor ipotecar), această clauză își produce efectul de inalienabilitate, restrângând atributul de dispoziție asupra bunului, însă nu produce și efectul de inesizabilitate în raport cu creditorul ipotecar anterior, fiind o excepție din cele la care se referă art. 629 alin. 3 NCC.

Dacă, totuși, în pofida notării clauzei de inalienabilitate, imobilul este înstrăinat, ipotecat ori asupra sa sunt constituite dezmembrăminte ale dreptului de proprietate și aceste drepturi sunt înscrise în cartea funciară, cel în favoarea căruia este dispusă notarea, înstrăinător sau terț, poate opta între a formula cerere de reexaminare a încheierii și apoi plângere împotriva încheierii registratorului șef, în baza art. 50 din legea cadastrului sau a exercita o acțiune în anularea actului de înstrăinare subsecvent încheiat cu nerespectarea clauzei fundamentată pe art. 629 alin. 2 NCC, grefată pe o acțiune în rectificarea intabulării (sau înscrierii provizorii) prevăzută de art. 908 alin. 1 pct. 1 NCC. Înstrăinătorul mai are și posibilitatea de a solicita rezoluțiunea contractului prin care a fost instituită clauza de inalienabilitate (această clauză fiind prezumată ca fiind una esențială – art. 629 alin. 1 NCC).

Notarea are un efect de *opozabilitate absolută* (art. 628 alin. 2 NCC), neîndeplinirea ei permițând beneficiarul doar solicitarea unor daune-interese proprietarului care nu s-a conformat unei astfel de obligații (art. 628 alin. 5), neexistând un text similar cu cel din art. 322 alin. 5 NCC, ce stabilește opozabilitatea fără înscriere față de terțul care a cunoscut pe altă cale calitatea de locuință a familiei.

g) Clauzele de insesizabilitate

În ceea ce privește *clauzele de insesizabilitate*, acestea, la rândul lor, au o reglementare de principiu în noul cod, în art. 2.329 NCC, fiind supuse publicității imobiliare în forma notării²¹.

Textul alin. 2 al art. 2.329 NCC prevede că toate bunurile care, potrivit legii, sunt inalienabile sunt și insesizabile, fără a spune că și reciproca este valabilă, cu alte cuvinte, că orice clauză insesizabilitate ar presupune și inalienabilitatea bunului. În realitate, este greu de imaginat justificarea unui interes serios și legitim, condiție de validitate a clauzei de inalienabilitate (art. 627 alin. 1 NCC), aplicabilă și celei de insesizabilitate (art. 2.329 alin. 1 NCC) fără ca insesizabilitatea să presupună inalienabilitatea, pentru că ar însemna ca debitorul să se sustragă de la urmărirea creditorilor săi prin simpla sa manifestare de voință.

h) Radierea notării

Radierea notării se face la cererea celui interesat (de regulă, dobânditorul în a cărui sarcina căruia a fost instituită), după împlinirea termenului (în cazul clauzelor exprese) sau și înainte, în baza acordului celui în favoarea căruia a fost instituită (înstrăinător sau terț). Dacă s-a înscris o înstrăinare subsecventă și cel în favoarea căruia a fost instituită clauza de inalienabilitate nu a solicitat anularea actului subsecvent în interiorul termenului de prescripție a acțiunii în anulare (care începe să curgă de la

data la care a luat la cunoștință despre act, care este, de regulă, data comunicării încheierii), notarea poate fi radiată prin exercitarea unei acțiuni în rectificarea ei, fundamentată pe dispozițiile art. 911 NCC (și art. 908 alin. 1 pct. 3 NCC - nu mai sunt întrunite condițiile de existență ale dreptului înscris).

Clauzele subînțelese nu se notează, notându-se doar contractele din care iau naștere, radierea acestora urmând a fi tratată în secțiunile corespunzătoare.

4. Notarea clauzelor de inalienabilitate subînțelese

4.1 Notarea vânzării cu rezerva dreptului de proprietate

Așa cum rezultă din dispozițiile art. 1.684 NCC, rezerva proprietății este „stipulația prin care vânzătorul își rezervă proprietatea bunului până la plata integrală a prețului”, adică până la plata ultimei rate din preț. Ea nu poate fi opusă terților decât după îndeplinirea condițiilor de publicitate, condiția de publicitate în cazul bunurilor imobile fiind notarea (art. 902 alin. 2 pct. 9 NCC).

Reglementarea de principiu a acestei varietăți de vânzare se regăsește în dispozițiile art. 1.755-1.757 NCC.

a) Are vreun efect forma de publicitate asupra stabilirii naturii juridice a contractului?

În doctrină, s-a arătat că nu este vorba despre o vânzare condițională, ci de una afectată de un termen, vânzătorul rămânând proprietar pur și simplu până la achitarea ultimei rate, când dreptul de proprietate se va transmite cumpărătorului pentru viitor²², susținându-se, însă, și opinia potrivit căreia vânzarea cu rezerva proprietății este una condițională²³ sau că clauza de rezervă a proprietății poate fi calificată cercetându-se voința părților, aceasta putând fi o condiție sau un termen, după caz²⁴.

De asemenea, s-a considerat că rezerva proprietății este o garanție a creanței plății prețului²⁵, optică adoptată de noul cod, fiind enumerată între operațiunile asimilate ipotecii (art. 2.347 NCC), alături de pactul de răscumpărare și cesiunea de creanță încheiată în scop de garanție.

În realitate, în opinia noastră, o calificare nu o exclude pe cealaltă, întrucât, așa cum în cazul vânzării cu opțiune de răscumpărare²⁶, noul cod prevede expres că este o vânzare sub condiție rezolutorie, în cazul vânzării cu rezerva proprietății, amână transferul proprietății în funcție de plata prețului, ceea ce înseamnă că o consideră afectată de o modalitate, de calificarea modalității depinzând modul de înscriere în cartea funciară și momentul dobândirii dreptului de proprietate.

Dinstincția, așadar, prezintă importanță în ceea ce privește momentul dobândirii dreptului de proprietate, în cazul condiției, acesta dobândindu-se retroactiv, în timp ce, în situația termenului, doar pentru viitor. În condițiile în care publicitatea vânzării cu rezerva proprietății se realizează, nu prin înscrierea provizorie a dreptului în favoarea cumpărătorului²⁷, ci prin notarea vânzării în cartea funciară, singurul proprietar înscris în cartea funciară fiind vânzătorul până la intabularea dreptului de proprietate în favoarea cumpărătorului (după plata ultimei rate, în baza recunoașterii vânzătorului sau, în caz de refuz din partea acestuia, exercitarea unei acțiuni în prestație tabulară, în temeiul art. 896 NCC) și intabularea având efect constitutiv de drepturi (art. 885 alin. 1 NCC), calificarea rezervei proprietății ca fiind un termen sau o condiție nu prezintă importanță din perspectiva cărții funciare, *dobândirea proprietății realizându-se doar pentru viitor*²⁸.

Totuși, modul de publicitate ales, respectiv notarea și nu înscrierea provizorie, dovedește, în opinia noastră, opțiunea legiutorului de a califica această vânzare ca fiind una cu *termen suspensiv* și nu afectată de o condiție suspensivă. Dacă ar fi fost calificată legal ca o vânzare sub condiție, publicitatea imobiliară s-ar fi realizat prin înscrierea provizorie a dreptului, care s-ar fi justificat prin plata ultimei rate din preț, transformându-se retroactiv în intabulare, dreptul de proprietate dobândindu-se retroactiv. Notarea nu produce un astfel de efect, legea prevăzând o singură excepție de la această regulă, pe o durată limitată de timp, în cazul notării intenției de a înstrăina sau ipoteca.

Poate că opțiunea pentru această formă de publicitate, care atrage și calificarea înstrăinării ca fiind sub termen și nu sub condiție, are la bază rațiunea că, dacă dreptul cumpărătorului ar fi putut fi înscris sub condiție suspensivă, acesta l-ar fi putut transmite sau greva sub aceeași condiție, iar împlinirea condiției, care ar fi atras și justificarea înscrierii provizorii a dreptului în favoarea sa, ca și a celor ulterioare, constituite sub aceeași condiție, ar fi depins, cel puțin în anumite situații, de voința sa exclusivă. În aceste situații, fiind vorba de o obligație sub condiție suspensivă pur potestativă din partea debitorului, aceasta nu ar produce niciun efect (art. 1.403 NCC), rămânând valabile cele arătate în cazul înscrierii provizorii a dreptului de proprietate izvorât dintr-un contract de vânzare cumpărare cu pact de răscumpărare, înscriere făcută doar în favoarea cumpărătorului (sub condiție rezolutorie), nu și a vânzătorului (sub condiție suspensivă). Totuși, spre deosebire de situația vânzării cu pact de răscumpărare, desființarea contractului sau consolidarea retroactivă a acestuia nu depinde de voința exclusivă a uneia dintre părți, întrucât, chiar dacă cumpărătorul ar refuza, de la sine putere, plata unor rate din preț, vânzătorul poate întotdeauna, în calitate de creditor, să opteze între a cere executarea silită a obligației sau rezoluțiunea, condiția suspensivă fiind, astfel, mixtă și nu potestativă pură.

b) Efectul notării

Efectul notării este *opozabilitatea* vânzării față de orice terț ce ar dori să dobândească vreun drept asupra imobilului (real sau de creanță), notarea având și efect de *inalienabilitate și insesizabilitate* a imobilului, așa cum am arătat deja în secțiunea anterioară, raportat la dispozițiile art. 627 alin. 4 NCC, potrivit cărora „clauza de inalienabilitate este subînțeleasă în convențiile din care se naște *obligația de a transmite pe viitor proprietatea* către o persoană determinată sau determinabilă”, vânzarea cu rezerva proprietății născând în sarcina vânzătorului obligația de a transmite *în viitor* dreptul de proprietate, fiind vorba de o obligație afectată de o modalitate, termen sau condiție, în funcție de opinia doctrinară împărtășită.

Dacă s-ar susține interpretarea literală a textului, care vorbește despre o transmisiune *pe viitor*, s-ar putea obiecta, față de amânarea efectului constitutiv de drepturi al intabulării, în cazul calificării vânzării cu rezerva proprietății ca fiind afectată de o condiție suspensivă (a cărei împlinire consolidează dreptul retroactiv, nu doar pe viitor), că vânzarea cu rezerva proprietății nu se încadrează între contractele la care face referire art. 627 alin. 4 NCC, neavând, astfel, clauza de inalienabilitate subînțeleasă.

Credem că legiuitorul a avut în vedere efectul constitutiv de drepturi al intabulării atunci când a reglementat dobândirea dreptului pe viitor, adică doar de la momentul înregistrării cererii de intabulare, intenția sa fiind aceea de a califica vânzarea cu rezerva proprietății ca fiind una din care se naște obligația de a transmite pe viitor dreptul de proprietate, deci cu clauza de inalienabilitate subînțeleasă. Această intenție nu este înlăturată prin normele tranzitorii, care se referă la efectul înscrierii în cartea funciară și nu la calificarea contractului de vânzare cumpărare încheiat cu rezerva proprietății.

În ceea ce privește *caracterul opozabilității*, dacă este una absolută sau relativă, cu alte cuvinte, dacă cunoașterea în afara cărții asigură opozabilitatea contractului și a clauzei de inalienabilitate subînțeleasă din acesta și dacă îl protejează pe cumpărător în caz de concurs cu alți creditori ai vânzătorului, fiind vorba și de o operațiune asimilată ipotecii, or ipoteca nu există fără rang, rangul dobândindu-se doar prin înscriere²⁹, credem că este vorba despre un efect de *opozabilitate absolută*, cunoașterea dreptului în afara cărții fiind irelevantă, ca în cazul clauzei de inalienabilitate exprese, neexistând vreun text care să contrazică o astfel de calificare. Aceasta rezultă cu prisosință și din exemplu dat anterior, privind concursul cu alt dobânditor de la același autor.

c) Distincția față de înscrierea provizorie a dreptului

Vânzarea cu rezerva proprietății se deosebește de *înscrierea provizorie a dreptului de proprietate în favoarea cumpărătorului la cererea ambelor părți*, ce se poate efectua în temeiul art. 898 pct. 5 NCC, prin aceea că, în cazul justificării înscrierii

provizorii, dreptul se dobândește retroactiv, de la data înregistrării cererii de înscriere provizorie³⁰. În cazul notării, în lipsa unui text expres (cum este cel al art. 904 alin. 2 NCC privind notarea intenției de a înstrăina sau ipoteca), dobândirea dreptului real are loc numai *pentru viitor*. O altă deosebire constă în aceea că, în cazul înscrierii provizorii, se pot efectua înscrieri atât împotriva celui intabulat, cât și împotriva celui înscris provizoriu, în timp ce notarea vânzării cu rezerva proprietății are efect de indisponibilizare a bunului, proprietarul tabular vânzător neputând înstrăina sau greva imobilul înstrăinat.

Faptul că vânzarea cu rezerva proprietății se notează în cartea funciară și dreptul de proprietate nu se înscrie provizoriu în favoarea cumpărătorului, deși este vorba de o transmisiune a dreptului sub condiția plății prețului, poate suscita interes în cazul *conflictului dintre terții dobânditori de la același antecesor tabular*, prin prisma dispozițiilor cuprinse în art. 891 NCC.

Astfel, bunăoară, în situația puțin probabilă în practică, de încheiere a unui contract autentic de vânzare cumpărare neafectat de vreo modalitate (nici în ceea ce privește plata prețului, nici în privința transferului proprietății), fără solicitarea unui extras de autentificare (cerut de art. 54 din legea cadastrului, care blochează cartea funciară timp de 10 zile), notarea unui contract de vânzare cumpărare cu rezerva proprietății anterior intabulării dreptului de proprietate în baza contractului încheiat anterior ridică problema dacă, față de clauza de inalienabilitate subînțeleasă, dreptul ce-și are izvorul în contractul încheiat anterior mai poate fi sau nu intabulat în cartea funciară.

Conform art. 891 NCC, în cazul conflictului între doi (sau mai mulți) dobânditori de la același autor de drepturi ce se exclud reciproc, cel care își înscrie primul dreptul va fi socotit titular al dreptului tabular. În exemplul dat, cumpărătorul din contractul de vânzare cumpărare cu rezerva proprietății este cel care și-a înscris primul dreptul. Este adevărat, nu este vorba la momentul notării de un drept tabular, ci doar de opozabilitatea vânzării față de alți dobânditori de la același antecesor tabular, indiferent că este vorba de unii care au încheiat contracte înainte sau după notare. Aceasta rezultă din interpretarea literală a textului art. 891 NCC, care nu vorbește de intabularea (sau înscrierea provizorie) a dreptului tabular, ci doar de înscrierea (în general a) unui drept ce poate deveni unul tabular. Credem că se poate vorbi, în această situație, de un *drept real (tabular) în expectativă*³¹.

O astfel de optică pare perfect logică, indiferent că intabularea are efectul constitutiv de drepturi prevăzut de cod (așa cum au intenționat redactorii acestuia) sau doar cel de opozabilitate din legea cadastrului, până la definitivarea lucrărilor de cadastru la nivelul unei unități administrativ teritoriale (art. 56 din Legea nr. 71/2011), conform dispozițiilor tranzitorii privind punerea în aplicare a acestuia. Aceasta deoarece, în cazul efectului constitutiv de drepturi, cel care a contractat primul, nu a devenit

proprietar, pentru că nu s-a înscris (înaintea notării ce indisponibilizează imobilul), iar, în cazul efectului de opozabilitate, cel care și-a făcut primul opozabil dreptul, inclusiv dobânditorului anterior, a fost cel care a notat în cartea funciară vânzarea cu rezerva proprietății.

d) Efectul înscrierii rezoluțiunii unilaterale în cazul neplății unor rate

Se impune și analiza efectelor contractului în caz de neexecutare a obligației, mai exact a *posibilității înscrierii rezoluțiunii unilaterale și a efectelor acesteia în cartea funciară*. În cazul în care dreptul de proprietate al cumpărătorului a fost înscris provizoriu, declarația de rezoluțiune poate fi doar notată în cartea funciară, în temeiul art. 902 alin. 2 pct. 11 NCC, repunerea părților în situația anterioară putând fi făcută doar prin exercitarea unei acțiuni în rectificare de către vânzător, fundamentată pe dispozițiile art. 908 pct. 3 NCC³².

Dacă părțile au optat pentru încheierea unui contract de vânzare cumpărare cu rezerva proprietății, care nu transmite dreptul de proprietate decât pentru viitor, după plata ultimei rate din preț și intabularea dreptului de proprietate în favoarea cumpărătorului (în baza recunoașterii de către vânzător a încasării prețului), contractul nu a fost executat sub aspectul *obligației* de transmitere a dreptului de proprietate (art. 1. 650 NCC), deci nu este necesară o hotărâre judecătorească pentru repunerea părților în situația anterioară sub acest aspect.

Putem afirma, atunci, că notarea declarației unilaterale de rezoluțiune ar presupune, în această situație și radierea automată a notării vânzării cu rezerva proprietății sau este necesară, în lipsa consimțământului cumpărătorului la radiere, exercitarea unei acțiuni în rectificarea notării, fundamentată pe dispozițiile art. 911 și 908 alin. 1 pct. 3 NCC (au încetat efectele actului juridic în baza căruia s-a făcut înscrierea)?

Credem că simpla notare a declarației de rezoluțiune nu poate duce automat și la radierea notării vânzării, nici măcar în situația în care părțile ar fi prevăzut în contract că acesta se desființează chiar și pentru neplata unei singure rate³³, întrucât ar însemna ca, pe baza simplei declarații a vânzătorului, potrivit căreia cumpărătorul nu și-a executat obligația contractuală de plată a uneia sau mai multor rate din preț, dreptul acestuia din urmă să fie radiat din cartea funciară. Cumpărătorul nici măcar nu are o ipotecă legală pentru restituirea prețului achitat, care să-i permită să urmărească bunul în mâinile oricărui dobânditor ulterior, în măsura în care vânzătorul, după radierea notării vânzării (cu efect de indisponibilizare), ar înstrăina imobilul unui terț sau un drept de preferință față de alți creditori ai proprietarului tabular, cum are promitentul cumpărător, în temeiul art. 2.386 pct. 2 NCC.

Tocmai de aceea, rezoluțiunea unilaterală nu poate fi lăsată atât de ușor la îndemâna vânzătorului, pe baza simplei declarații a acestuia (vorbim aici din perspectiva înscrierilor în cartea funciară), cumpărătorul putând fi prejudiciat, chiar și în cazul în

care i s-ar restitui prețul, prin simpla pierdere a posibilității de a dobândi dreptul de proprietate asupra bunului cumpărat (în care poate locuiește sau care, poate, are o valoare mai mare la data declarației de rezoluțiune). Așadar, este necesar, fie consimțământul cumpărătorului la radiere (prin care recunoaște neexecutarea obligației contractuale de plată a uneia sau mai multor rate și este de acord cu rezoluțiunea contractului), fie o hotărâre judecătorească pronunțată într-o acțiune în rectificarea notării, în temeiul art. 911 NCC, care să-l suplinească.

e) Înscrierea dreptului de proprietate în temeiul contractului de vânzare cu rezerva proprietății

Vom mai răspunde unei întrebări în legătură cu înscrierea dreptului de proprietate în favoarea cumpărătorului, respectiv dacă mai este necesar sau nu vreun consimțământ suplimentar al vânzătorului, distinct de cel dat în vederea încheierii contractului.

Vechea lege a cărților funciare prevedea necesitatea unei formalități ulterioare încheierii contractului de vânzare cumpărare (pe care-l considera doar act obligațional), dreptul transmitându-se numai prin înscriere. Este vorba despre consimțământul la intabulare, care nu a mai fost cerut de legea cadastrului, deși au existat la un moment dat discuții cu privire la acest aspect, datorită textului neclar al art. 29 alin. 1-3³⁴.

Se pare că noul cod solicită consimțământul celui înscris doar în vederea radierii dreptului, nu și a înscrierii acestuia.

Totuși, în cazul vânzării cu rezerva proprietății, înscrierea dreptului în favoarea cumpărătorului necesită dovada achitării prețului integral. Desigur, aceasta se poate face prin chitanțe sub semnătură privată, ordine de plată bancare etc, însă procedura de înscriere în cartea funciară este una necontencioasă, nepresupunând aprecieri din partea registratorului de carte funciară privind proba plății.

De aceea, credem, în lipsa unui text de procedură (legea cadastrului nefiind completată încă în acest sens, prin Legea nr. 71/2011), că înscrierea dreptului cumpărătorului se poate face doar pe baza unui act autentic (art. 888 NCC) ulterior, emanând de la vânzător, prin care acesta recunoaște plata prețului. Acest act, sub aspectul conținutului, nu este unul identic cu consimțământul la intabulare, însă, sub aspectul finalității, al scopului, de fapt, semnifică acordul vânzătorului la intabularea dreptului cumpărătorului, fiind o veritabilă *clausula intabulandi*.

4.2 Notarea antecontractelor și a pactelor de opțiune

Notarea antecontractelor și a pactelor de opțiune este prevăzută în art. 902 alin. 2 pct. 12 NCC, dar se bucură de o reglementare distinctă, în art. 906 NCC, după modelul vechii legi a cărților funciare (art. 81 pct. 10, art. 85). În legea cadastrului și regulamentul de cadastru, o astfel de notare nu avea la bază prevederi separate.

4.2.1 Pactul de opțiune

În ceea ce privește *pactul de opțiune* (reglementat de principiu în art. 1.278 NCC), din dispozițiile coroborate ale aliniatelor 1 și 2 ale art. 1.668 NCC, referitoare la pactul de opțiune în cazul contractului de vânzare cumpărare (care, se aplică și contractului de schimb, conform art. 1.764 NCC), rezultă că notarea acestuia *indisponibilizează bunul*, alin. 1 prevăzând expres că, „între data încheierii actului și data exercitării opțiunii sau, după caz, aceea a expirării termenului de opțiune nu se poate dispune de bunul care constituie obiectul pactului”, iar alin. 2 reglementând necesitatea notării pactului care are ca obiect drepturi tabulare³⁵.

Potrivit dispozițiilor art. 906 alin. 1 și 4 NCC, pactul de opțiune poate fi notat în cartea funciară doar dacă cuprinde termenul de exercitare a opțiunii sau dacă acesta a fost fixat prin ordonanță președințială, în temeiul art. 1.278 alin. 2 NCC.

Spre deosebire de notarea intenției de a înstrăina sau ipoteca, în perioadele arătate în textul de lege, nu pot fi făcute înscrieri privind acte de dispoziție asupra bunului.

Întrucât, potrivit dispozițiilor art. 2.329 alin. 2 NCC, inalienabilitatea presupune și insesizabilitatea, imobilul nu poate fi supus în acest răstimp nici urmăririi silite imobiliare (cu excepția celei pornite de un creditor ipotecar anterior notării, întrucât acesta poate urmări bunul în mâinile oricui s-ar afla).

Dreptul de opțiune se radiază din oficiu, dacă, până la expirarea termenului, nu se înscrie o declarație de exercitare a opțiunii, însoțită de dovada comunicării acesteia (art. 1668 alin. 3 , art. 906 alin. 4 NCC).

Efectul notării este opozabilitatea față de terți (art. 902 alin. 1 NCC). Este însă, aceasta, o opozabilitate relativă sau una absolută?

Până la reglementarea cuprinsă în noul cod, pactul de opțiune fiind o varietate a antecontractului, notarea sa avea efect de opozabilitate relativă, adică era opozabil chiar fără înscriere terților care cunoșteau existența sa în afara cărții funciare³⁶. Aceasta, deoarece notarea antecontractului nu indisponibiliza cartea funciară, dar permitea promitentului cumpărător exercitarea unei acțiuni în rectificarea înscrierilor ulterioare, încheiate cu nesocotirea dreptului său, reaua credință a terțului însemnând și cunoașterea în afara cărții funciare. În lumina noului cod, însă, notarea are ca efect indisponibilizarea bunului, ca și notarea interdicției de înstrăinare convențională, care are efect de opozabilitate absolută, astfel că și notarea pactului de opțiune, în lipsa unui text contrar, are efect de *opozabilitate absolută*.

4.2.2 Antecontractul

Terminologia codului nu este unitară, art. 902 alin. 2 pct. 12 vorbind de *antecontract*, în timp ce textele ce conțin reglementări de principiu ale acestei instituții și aplicații particulare ale ei folosesc sintagma de *promisiune de a contracta*, promisiunea *unilaterală* fiind prevăzută de art. 1.327 NCC, iar cea *bilaterală* de art. 1.279 NCC.

a) Distincția față de pactul de opțiune, condiții de formă pentru validitatea antecontractului

De remarcat că, spre deosebire de jurisprudența și doctrina fundamentate pe vechea reglementare (ce nu cuprinde dispoziții de principiu privind antecontractul)³⁷, noul cod distinge promisiunea unilaterală de a contracta de pactul de opțiune³⁸. Pactul de opțiune este convenția prin care o parte își exprimă consimțământul la încheierea unui contract concret, iar cealaltă își rezervă dreptul de a achiesa până la o anumită dată (termenul fiind de esența unui astfel de contract, limitarea atributului de dispoziție neputând fi perpetuă)³⁹, în timp ce promisiunea unilaterală de a contracta este aceea prin care o parte promite să consimtă în viitor la încheierea unui contract, iar cealaltă partea consimte doar să-și precizeze poziția pe viitor, executarea promisiunii presupunând exprimarea unui nou consimțământ la momentul încheierii contractului promis⁴⁰. Distincția nu prezintă prea mare importanță practică, pentru că, potrivit dispozițiilor art. 1.279 alin. 3 NCC, executarea silită a promisiunii de a contracta, respectiv pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract (atunci când natura contractului o permite), este posibilă doar în cazul în care cerințele *pentru validitatea contractului promis* sunt îndeplinite, codul nefăcând distincție între condițiile de validitate de fond și de formă⁴¹. Aceasta înseamnă că, în cazul promisiunii de a contracta (unilaterale sau bilaterale), ca și în cazul pactului de opțiune având ca obiect un bun imobil, consimțământul trebuie să îmbrace *forma autentică* cerută de art. 1.244 NCC⁴².

Se pare că redactorii legii de punere în aplicare nu au înțeles pe deplin sensul art. 1.279 alin. 3 NCC, întrucât, în art. art. 55 alin. 8 din legea cadastrului, introdus prin art. 87 din Legea nr. 71/2011, se prevede că ipoteca legală a promitentului cumpărător se înscrie în *temeiul înscrisului original* al promisiunii de a contracta încheiată cu proprietarul tabular. Oricum, printr-o normă de procedură, nu poate fi modificată o normă de drept substanțial privind condițiile de validitate ale unei convenții.

Așadar, notarea pactului de opțiune, ca și a promisiunii de a contracta se poate face doar în temeiul unui înscris în *formă autentică*.

b) Termenul în interiorul căruia poate fi notat antecontractul

Din perspectiva publicității imobiliare, *termenul* de executare a obligației promise este *de esența contractului*, pentru că promisiunea poate fi notată în cartea funciară doar dacă prevede termenul în care urmează a fi încheiat contractul, notarea putându-se efectua oricând în termenul stipulat pentru executarea obligației, dar nu mai târziu de 6 luni de la expirarea lui (art. 906 alin. 1 NCC). În acest termen de 6 luni, trebuie exercitată acțiunea pentru pronunțarea unei hotărâri ce ține loc de contract (acesta fiind termenul de prescripție acțiunii, conform art. 1.669 alin. 1-3 NCC), ce trebuie notată în cartea funciară, în temeiul art. 902 alin. 2 pct. 19 NCC (fiind vorba de o acțiune privind un drept în legătură cu imobilul), altminteri promisiunea se va radia (art.906 alin. 2 NCC).

Așadar, promisiunea poate fi notată oricând în termenul cuprins între data încheierii ei și încă 6 luni după împlinirea termenului suspensiv prevăzut în contract pentru executarea obligației.

Dacă, în interiorul termenului de 6 luni de prescripție a acțiunii în executarea silită a promisiunii (care începe să curgă de la data împlinirii termenului suspensiv), nu se notează exercitarea acesteia în cartea funciară, promisiunea de a contracta se va radia din oficiu (art. 906 alin 3 NCC). O astfel de dispoziție exista și în art. 85 din vechea lege a cărților funciare, termenul de 6 luni, însă, nu era reglementat ca un termen de prescripție a acțiunii⁴³.

c) Cine sunt terții adjudecatori care nu sunt ținuți de obligațiile promitentului vânzător, clauza de inalienabilitate subînțeleasă

Notarea va fi radiată și dacă imobilul este definitiv adjudecat de un *terț care nu este ținut să răspundă de obligațiile promitentului*, chiar dacă adjudecarea are loc în interiorul termenului de 6 luni de prescripție a acțiunii în executarea silită a promisiunii (art. 906 alin. 2 NCC) și chiar dacă aceasta a fost notată în cartea funciară (art. 906 alin. 3 NCC).

Cine sunt terții ținuți de obligațiile promitentului? Față de cine își produce notarea promisiunii efectul de opozabilitate prevăzut de art. 902 alin. 1 NCC?

În literatura juridică anterioară noului cod, s-a susținut că acești terți sunt cei care au dobândit drepturi prin acte juridice voluntare, cu titlu oneros sau gratuit, încheiate cu promitentul vânzător, notarea nefiind, însă, opozabilă creditorilor chirografari sau ipotecari ulteriori și nici față de adjudecatorul imobilului (art. 518 alin. 3 și 4 Cod procedură civilă, art. 846 alin. 3 și 4 NCPC), promisiunea, chiar notată în cartea funciară neridicând dreptul proprietarului tabular de a dispune de imobil și nici nu-l scoate din gajul general al creditorilor chirografari⁴⁴.

Acest raționament nu rămâne, însă, în picioare în condițiile reglementării clauzei de inalienabilitate subînțeleasă (art. 627 alin. 4 NCC). Notarea antecontractului nu mai permite proprietarului tabular înstrăinarea imobilului, dezmembrarea acestuia, ipotecarea ulterioară. Imobilul nu va putea fi urmărit nici de creditorii chirografari ulteriori ai promitentului vânzător, pentru că inalienabilitatea presupune și insesizabilitatea bunului.

Creditorilor ipotecari anteriori nu le este opozabilă clauza de inalienabilitate ce presupune și insesizabilitatea, rangul lor fiind anterior notării.

În ceea ce privește creditorii chirografari anteriori, însă, notarea antecontractului împiedică notarea unei somații de plată ulterioare (art. 497 alin. 1 și 2 Cod procedură civilă) sau a încheierii de încuviințare a executării silite (art. 810 alin. 2, art. 811 alin. 1, 4 NCPC), imobilul neputând fi urmărit silit după ce insesizabilitatea acestuia a devenit opozabilă, prin notare, tuturor.

Așadar, terț care nu este ținut de obligațiile asumate de promitentul vânzător este doar creditorul ipotecar anterior.

Pentru a recupera prețul plătit sau o parte din acesta, promitentul cumpărător, în situația în care imobilul este urmărit silit de creditorul ipotecar anterior, are o ipotecă legală asupra acestuia, de rang inferior ipotecii anterioare, evident, prevăzută de art. 2.386 pct. 2 NCC, care se intabulează în cartea funciară odată cu notarea promisiunii, în temeiul înscrisului original (de fapt, înscris autentic) al promisiunii de a contracta încheiată cu proprietarul tabular, conform art. 55 alin. 8 din legea cadastrului, introdus prin art. 87 din Legea nr. 71/2011. În calitate de creditor ipotecar, poate să depună titlul său în cadrul executării silite și să participe la distribuirea prețului, în temeiul art. 563 Cod procedură civilă (art. 854 NCPC). Desigur, dacă creanța ipotecară anterioară este egală sau depășește valoarea bunului, ipoteca legală a promitentului cumpărător rămâne lipsită de eficiență.

d) Protecția oferită de notarea antecontractului versus notarea vânzării cu rezerva proprietății

Din analiza de până acum a efectelor notării antecontractului, am putea trage concluzia că notarea conferă promitentului cumpărător aceeași protecție ca și intabularea dreptului de proprietate născut din contractul de vânzare cumpărare. Aceasta, desigur, în interiorul termenului de 6 luni, în care, fie se încheie contractul promis și se înscrie dreptul tabular, fie este exercitată o acțiune pentru executarea silită a acestuia, care se notează în cartea funciară, altminteri notarea se va radia din oficiu (art. 906 alin. 2, 3 NCC).

Așa să fie oare? Dacă luăm exemplul încheierii de către proprietarul tabular a două contracte din care se nasc drepturi reale ce se exclud reciproc (cum ar fi, de exemplu, două contracte de vânzare cumpărare), dacă cel care a încheiat ulterior contractul și-a intabulat primul dreptul în cartea funciară, el nu va putea fi evins, chiar dacă știa de existența contractului anterior, excepție făcând situația în care l-a împiedicat pe primul contractant, prin violență sau viclenie, să-și înscrie dreptul ori a făcut-o o altă persoană cu știința sa (art. 891, 892 NCC). Oare notarea antecontractului este opozabilă sau nu celui care a încheiat anterior cu același antecesor tabular un contract care îl îndreptățește să dobândească un drept real asupra imobilului (de exemplu, un contract de vânzare cumpărare), dar a omis să-și intabuleze dreptul în cartea funciară? Cu alte cuvinte, împiedică notarea antecontractului intabularea dreptului de proprietate în baza unui contract încheiat anterior? Are vreo importanță buna sau rea credință a promitentului cumpărător?

Am văzut deja că, în cazul notării vânzării cu rezerva proprietății, că aceasta conferă cumpărătorului aceeași protecție față de un dobânditor anterior ca și intabularea (sau înscrierea provizorie a) dreptului de proprietate.

Argumentele din cazul vânzării cu rezerva proprietății nu pot fi susținute în cazul notării antecontractului, totuși soluția este aceeași, în sensul că, în perioada notării și evident, după intabularea dreptului său (dacă se ajunge la intabulare), promitentul cumpărător va fi preferat dobânditorului anterior neînscris. Aceasta rezultă din coroborarea dispozițiilor art. 891, 892 NCC cu cele ale art. 902 alin. 1 teza finală NCC, potrivit cărora textul privind conflictul dintre terții dobânditori de la un autor comun se aplică și în cazul notărilor. Deși norma nu spune expres, aceasta nu se referă doar la soluționarea conflictului dintre terții dobânditori ai unui drept ce poate fi intabulat sau doar dintre terți ale căror drepturi pot fi notate, ci și la conflictul dintre terți din ambele categorii, așadar, inclusiv dintre promitentul cumpărător și cumpărătorul cu contract neînscris.

Prin urmare, în conflictul dintre un cumpărător și un promitent cumpărător, va fi preferat cel care satisface primul condițiile de publicitate cerute pentru dreptul său⁴⁵.

e) Omisiunea de înscriere a ipotecii legale pentru restituirea prețului

În legătură cu ipoteca legală a promitentului cumpărător, se poate pune problema existenței ei, dacă nu a fost înscrisă din oficiu. Dobândește ea rang, în această situație, prin notarea antecontractului? Credem că răspunsul trebuie să fie unul pozitiv. Notarea antecontractului face public conținutul acestuia oricărei persoane care dorește să cerceteze cuprinsul cărții funciare, conform art. 883 NCC, deci oricărui dobânditor ulterior (indiferent că este dobânditor nemijlocit sau subdobânditor). Antecontractul fiind notat în cartea funciară, cuprinsul său este *opozabil*, iar, în cazul ipotecii legale, *constitutiv*, aceasta dobândind rang prin înregistrarea cererii de notare.

f) Efect de opozabilitate absolută sau relativă?

Notarea antecontractului are un efect de *opozabilitate absolută*, cunoașterea sa în afara cărții funciare fiind irelevantă. Această concluzie rezultă din efectele produse de notare, respectiv indisponibilizarea imobilului, care nu se poate produce fără notare, constituirea ipotecii legale pentru restituirea prețului, care nu există fără înscriere, preferința față de alt dobânditor al aceluiași drept, adică un alt promitent cumpărător, primul care își înscrie dreptul, chiar dacă a cunoscut existența celui alt, care a contractat anterior, fiind preferat dacă nu l-a împiedicat pe primul contractant prin violență sau viclenie să efectueze formele de publicitate (art. 902 alin. 1 teza a II-a raportat la art. 891, 892 NCC).

g) Promisiunea unilaterală de a cumpăra

Promisiunea unilaterală de a cumpăra nu are efect de indisponibilizare, întrucât, potrivit dispozițiilor art. 1.669 alin. 3 NCC, dacă, înainte ca ea să fi fost executată, creditorul, adică proprietarul tabular, înstrăinează dreptul sau constituie un alt drept real asupra acestuia, obligația promitentului se consideră stinsă. Logica acestei prevederi rezultă din faptul că cel în favoarea căruia este înscris dreptul de proprietate în cartea

funciară, spre deosebire de situația promisiunii unilaterale de a vinde, este creditorul și nu debitorul obligației asumate, clauza de inalienabilitate fiind, în cazul promisiunii unilaterale de a înstrăina, o garanție pentru executarea obligației asumate. Nefiind obligat să înтрăineze bunul promitentului cumpărător, cel înscris ca titular al dreptului de proprietate în cartea funciară poate să dispună de acesta fără a fi restricționat în vreun fel de existența promisiunii. Tocmai de aceea, în opinia noastră, promisiunea unilaterală de a cumpăra *nu se notează în cartea funciară*.

* Judecător, Curtea de Apel Cluj, doctorand la Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; andrea.chis@yahoo.com.

¹ Pentru o analiză aprofundată, a se vedea M. Nicolae, *Tratat de publicitate imobiliară*, Ediția a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic București, 2011, Vol. II, *Noile cărți funciare*, p. 500-561, 815-817.

² *Idem*, p. 547 și urm.

³ *Ibidem*.

⁴ Art. 31 din legea cadastrului a fost abrogat prin art. 87 pct. 4 din Legea nr. 71/2011.

⁵ M. Nicolae, *op. cit.*, 2011, Vol. II, p. 555.

⁶ Art. 39 și 40 din legea cadastrului au fost abrogate prin art. 87 pct. 4 din Legea nr. 71/2011.

⁷ În același sens, a se vedea, M. Nicolae, *op. cit.*, 2011, Vol. II, p. 530.

⁸ În sensul că această notare vizează etapa în care părțile nu au ajuns la un acord de principiu, materializat cel puțin într-un antecontract de înstrăinare sau grevare, *idem*, p. 529.

⁹ A se vedea, în acest sens, M. Nicolae, *op. cit.*, 2011, Vol. II, p. 514. Pentru analiza unor ipoteze particulare privind interdicția legală de înstrăinare și grevare a bunurilor imobile, a se vedea B. Dumitrache, „Obsesia” blocării circulației bunurilor litigioase, în *In honorem Corneliu Bârsan și Liviu Pop*, culegere de studii, Ed. Rosetti, București, 2006, p. 35 și urm.

¹⁰ A se vedea, în acest sens, E. Chelaru, în coordonatori F. A. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole art. 1-2664*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 689.

¹¹ L. Stănciulescu, în Boroi, G., Stănciulescu, L., *Instituții de drept civil în reglementarea Noului Cod civil. Aplicarea în timp a Codului civil. Dreptul de proprietate. Actul juridic civil. Răspunderea civilă delictuală. Prescripția extintivă și decăderea. Contracte speciale. Dreptul la moștenire*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 605.

¹² Legea nr. 36/1995 a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 92 din 16 mai 1995, fiind republicată în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011, dându-se textelor o nouă numerotare.

¹³ Pentru opinia potrivit căreia regula inopozabilității neînscrise în cartea funciară față de terțul (subdobânditor) de bună credință este suspendată pe timpul cât poate fi exercitată acțiunea în rectificare, a se vedea I. – F. Popa, *Inalienabilitatea voluntară*, în *In honorem Corneliu Bârsan și Liviu Pop*, culegere de studii, Ed. Rosetti, București, 2006, p. 119.

¹⁴ A se vedea, în acest sens, M. Nicolae, *op. cit.*, 2011, Vol. II, p. 683 și decizia civilă nr. 1975/2002 a Tribunalului București, Secția a V-a civilă, în *Culegere de practică judiciară în materie civilă 2000-2003*, p. 38 și urm., citată de acesta, precum și C. Cucu, *Legislația cadastrului și a publicității imobiliare. Comentarii și explicații*, Ed. ALL Beck, București, 2005, p. 189 și urm.

- ¹⁵ A se vedea, în acest sens, I.-F. Popa, *op. cit.*, 2006, p. 112 și urm.
- ¹⁶ A se vedea, în acest sens, O. Podaru, în colectiv, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență, Vol. I, Art. 1-952*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 1187.
- ¹⁷ În același sens, a se vedea S.I. Vidu, în Pop, L., Popa, I.F., Vidu, S.I., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 811.
- ¹⁸ A se vedea, în acest sens, P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 168.
- ¹⁹ *Idem*, p. 169..
- ²⁰ Opinia doctrinei era în același sens și anterior intrării în vigoare a noului cod. A se vedea, M. Nicolae, *op. cit.*, 2011, Vol. II, p. 515, D. Chirică, Chirică, D., *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vol. I. Vânzarea și schimbul*, Ed. C.H.Beck, București, 2008, p. 187, I. –F. Popa, *op. cit.*, 2006, p. 113.
- ²¹ Pentru o prezentare succintă a clauzelor de insesizabilitate, a se vedea B. Vișinoiu, coordonatori F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I: Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole art. 1-2664*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, G. Răducanu, colectiv, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență, Vol. III. Art. 1.650-2.664*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 726 și urm., I.S. Vidu, *op. cit.*, 2012, p. 758., G. Boroi, în Boroi, G., Stăciulescu, L., *Instituții de drept civil în reglementarea Noului Cod civil. Aplicarea în timp a Codului civil. Dreptul de proprietate. Actul juridic civil. Răspunderea civilă delictuală. Prescripția extinctivă și decăderea. Contracte speciale. Dreptul la moștenire*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 27 și urm.
- ²² A se vedea, în acest sens, G. Gheorghiu, în coordonatori F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I: Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole art. 1-2664*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1794. Pentru opinia că vânzarea cu rezerva proprietății este o vânzare afectată de un termen suspensiv, a se vedea și M. Nicolae, *op. cit.*, Vol. II, 2011, p. 468.
- ²³ Pentru opinia potrivit căreia vânzarea cu rezerva proprietății este o vânzare condițională, a se vedea R. Rizoiu, Rizoiu, R., *Garanțiile reale mobiliare. Legislație comentată și adnotată*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 27 și urm.
- ²⁴ Pentru prezentarea opiniilor privind calificarea clauzei de rezervă a proprietății, a se vedea D. Chirică, *op. cit.*, 2008, p. 322 și urm..
- ²⁵ *Ibidem*.
- ²⁶ Remarcăm încă una din neconcordanțele terminologice ale codului, în articolul referitor la operațiunile asimilate vorbind de *pactul de răscumpărare* (art. 2.347), în timp ce în cel din secțiunea referitoare la alte varietăți ale contractului de vânzare cumpărare utilizează terminologia de *opțiune de răscumpărare* (art. 1.758 – 1.762 NCC). Este adevărat că aceeași neconcordanță terminologică se regăsește și în vechiul Cod civil, după modelul Codului civil francez, art. 1.371 – 1373 vorbind de *facultatea de răscumpărare* (*la faculté de rachat* – art. 1.658- 1.660 Cod civil francez), iar art. 1.377 de *pactul de răscumpărare* (*pacte de rachat*- art. 1673 Cod civil francez). Pentru prezentarea comparativă a textelor, a se vedea. C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, Vol. IV, p.714 și urm. Doctrina franceză actuală folosește terminologia de „*faculté de rachat ou de réméré*”. A se vedea, în acest sens, P. Malaurie, L. Aynés; *Droit civil 2004*, L. Aynés, P. Crocq, *Les suretés: La publicité foncière*, Defrénois, p. 306.
- ²⁷ Deși au existat propuneri *de lege ferenda* în acest sens. A se vedea, M. Nicolae, *op. cit.*, Vol. II, 2011, p. 468.
- ²⁸ Reamintim că, potrivit dispozițiilor tranzitorii cuprinse în art. 56 din Legea nr. 71/2011, efectul constitutiv de drepturi al intabulării a fost amânat până la definitivarea lucrărilor de cadastru la nivelul unei unități administrativ teritoriale, până la acea dată, înscrierea având doar efectul de opozabilitate prevăzut de legea cadastrului. În această perioadă, calificarea vânzării ca fiind afectată de un termen sau de o condiție prezintă importanță pentru determinarea momentului dobândirii dreptului de proprietate.

- ²⁹ A se vedea, în acest sens, M. Nicolae, *op. cit.*, 2011, Vol. II, p. 288 și urm., P. Vasilescu, *op. cit.*, 2012, p.167. În sens contrar, I. Deleanu, *Părțile și Terții. Relativitatea și Opozabilitatea efectelor juridice*, Ed. Rosetti, București, 2002, p. 186. Pentru critica acestei opinii, critică cu care suntem de acord, a se vedea M. Nicolae, *idem*, p. 289 și urm.
- ³⁰ În dreptul maghiar, de exemplu, vânzarea cu rezerva proprietății se notează în cartea funciară, însă dreptul de proprietate se dobândește retroactiv, de la data înregistrării cererii de notare, atunci când vânzătorul recunoaște primirea prețului. A se vedea, în acest sens, Fenyő György, în Fenyő György, Papp Iván, Hidegvéginé Erdélyi Erika, *Magyar ingatlan nyilvántartási jog*, Székesfehérvár, 2007, Nyugat-Magyarországi Egyetem Geoinformatikai Kar, Általános Jogi Tanszék kiadása, p. 73 și urm. Dreptul maghiar cunoaște împărțirea tripartită a înscrierilor în intabulare (bekebelezés, bejegyzés, betáblázás, *intabulatio*), înscriere provizorie (előjegyzés, *praenotation*) și notare (jegyzés, feljegyzés), după modelul austriac. Pentru o prezentare a acestor categorii de înscrieri, a se vedea, Sárffy. A., *op. cit.*, p. 96 și urm., Szalma József, *Ingatlan nyilvántartás. Telekkönyvi jog és eljárás*, Budapest, 2005, ELTE Állam-és Jogtudományi Kar, p. 39 și urm.
- ³¹ Pentru această terminologie, a se vedea P. –H. Steinauer, *Les droits réels, Tome premier, Quatrième édition*, Stämpfli Editions, SA Berne, 2007, p. 281.
- ³² În sensul că pentru restituirea imobilelor intabulate, în caz de rezoluțiune a contractului, trebuie exercitată o acțiune în rectificarea intabulării fundamentată pe dispozițiile art. 907-910 NCC, a se vedea și P. Vasilescu, *op.cit.*, 2012, p. 521.
- ³³ Menționăm că o astfel de clauză ar fi deja un pact comisoriu, or rezoluțiunea unilaterală poate avea loc și în lipsa pactului comisoriu în noua reglementare. Rostul unei astfel de prevederi, în această situație, este de a înlătura prevederile supletive cuprinse în art. 1.756 NCC, potrivit cărora neplata unei singure rate din preț, care nu este mai mare de o optime din acesta, nu dă dreptul la rezoluțiunea contractului.
- ³⁴ A se vedea, în acest sens, A.A. Țuluș, *Legea aplicabilă acțiunilor de carte funciară. Ultraactivează sau nu Decretul-lege nr. 115/1938?*, în Revista română de drept privat nr. 4/2007, p. 227, nota 23. Pentru opinia contrară, a se vedea M. Nicolae, *op. cit.*, 2006, Vol. II, p. 626, de la același autor, *op. cit.*, 2011, p. 619. În același sens, T. Todor, *Unele considerații în legătură cu caracterul evaluabil sau neevaluabil în bani al obiectului cererilor de chemare în judecată*, în Dreptul nr. 3/2007, p. 227, nota. 55.
- ³⁵ În același sens, a se vedea P. Vasilescu, *op.cit.*, 2012, p. 282.
- ³⁶ Pentru efectele notării antecontractului în lumina vechii reglementări, a se vedea, M. Nicolae, *op. cit.*, pp. 551 -553.
- ³⁷ A se vedea, în acest sens, D. Chirică, *op. cit.*, 2008, p. 147 și urm., precum și, de la același autor, *Promisiunea unilaterală de a vinde și a cumpăra*, în Revista română de drept comercial nr. 9/1999, precum și în „Studii de drept privat”, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 219 și urm.
- ³⁸ Pentru opinia potrivit căreia promisiunea unilaterală de a contracta este, în prezent, „o oarecare varietate a pactului de opțiune”, a se vedea I. –F. Popa, în Pop, L., Popa, I.F., Vidu, S.I., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 95.
- ³⁹ A se vedea, în acest sens, P. Vasilescu, *op. cit.*, 2012, p. 280 și um.
- ⁴⁰ *Idem*, p. 283.
- ⁴¹⁴¹ Trebuie să observăm, totuși, inconsecvența aparentă a legiuitorului, care, în art. 1.014 alin. 1 NCC prevede forma autentică *ad validitatem* a promisiunii de donație, ceea, ce, aparent, ne duce cu gândul că acesta este un text de excepție, altminteri nu ar fi fost necesar.

⁴² *Idem*, p. 285 și urm. Iată că noua reglementare se pare că adoptă o mai veche viziune a unei părți a doctrinei, rămasă izolată la acea vreme. A se vedea, D. Chirică, *op. cit.*, 2008, p. 152, 183 și urm., precum și D. Chirică, *Condițiile de validitate și efectele promisiunii sinalagmatice de vânzare cumpărare*, în *Studia Universitatis „Babeș-Bolyai” nr. 2/2001 și Pandectele Române nr. 1/2002*, în „Studii de drept comparat”, Ed. Universul juridic, București, 2010, p. 327 și urm.

⁴³ Termenul de prescripție a acțiunii în executarea silită a antecontractului era cel general de 3 ani, prevăzut de art. 3 alin. 1 din Decretul nr. 167/1958 privind prescripția extinctivă. A se vedea, în acest sens, M. Nicolae, *Tratat de prescripție extinctivă*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 472.

⁴⁴ A se vedea, în acest sens, M. Nicolae, *op. cit.*, 2011, Vol. II, p. 558. Același autor exprimă, însă, și o opinie contrară, în sensul că „prin notarea anterioară a promisiunii de înstrăinare promitentul-înstrăinător s-a angajat să înstrăineze imobilul în cauză unei anumite persoane, aceasta din urmă dobândește un „drept de preferință” la înstrăinare, opozabil oricărei alte persoane, inclusiv terțului adjudecatar al imobilului. De altfel, conform art. 519 alin. 1 C. pr. civ., „locațiunea și celelalte acte juridice privitoare la imobil rămân în ființă sau, după caz, încetează, potrivit legii (s.n. N.M.). Or, *de lege lata*, vânzarea silită nu constituie un caz de încetare a unei promisiuni de înstrăinare făcută de debitorul imobilului urmărit silit.” *Idem*, p. 524.

⁴⁵ Pentru opinia potrivit căreia conflictul dintre achizitorul unui imobil și titularii altor drepturi personale se rezolvă prin aplicarea aceluiași reguli (sub imperiul legii cadastrului), *idem*, pp.353-355.

DREPTUL LA UN REMEDIU EFECTIV

Cosmin Flavius COSTAȘ*

Summary: The right to an effective remedy. In a nutshell, art. 6 par. 1 ECHR states that Contracting Parties shall ensure the right to a judgment within a reasonable time, as part of a fair trial, while art. 13 ECHR provides the justice seekers with the right to an effective remedy when they complain about the States' failure to comply with the obligations imposed on them by the Convention. As of 26 October 2000, following the judgement in the Polish case Kudła, the Court has linked these two rights and established that Contracting Parties shall provide effective remedies so that justice seekers can complain about the excessive length of procedures and either speed up the procedures or receive appropriate redress for the breach of their right to a judgment within a reasonable time.

In the last 12 years, the Court's case-law has significantly evolved. Most of the remedies proposed by the states have been analysed by the European judges in Strasbourg. The Court has clearly stated that it supports a combination of mechanisms designed to prevent the excessive length of national procedures and to repair the damage produced as a result of the failure to have the case expedited within a reasonable time. For those Contracting Parties that failed the European test, the Court has issued pilot judgments in order to guide them in the search of effective national remedies. However, at the time this study is put forward, some states are still looking for an adequate approach.

The research that has generated this article focuses on the evolution of the Court's case-law, through a state-by-state analysis of the proposed mechanism that might be considered as effective remedies. Particular respect is paid to the changes of national regulations and the acknowledgment of such changes by the Court. Short references to those states that managed to keep themselves out of the effective remedies trouble are also made, underlining the judicial culture of a fair trial within a reasonable time.

The aim of this study is also to provide some guidance for the Romanian legislators, as Romania has not yet designed preventive or compensatory mechanisms. Since the number of violations of the reasonable time requirement in the case of Romania is significant, it is the author's belief that the issue of a pilot judgment in the case of Romania shall be considered by the Court quite rapidly.

Key-words: fair trial, reasonable time, effective remedy, art. 6 par. 1 ECHR, art. 13 ECHR, national mechanisms proposed as effective remedies, pilot judgments

Cuvinte-cheie: proces echitabil, termen rezonabil, remediu efective, art. 6 par. 1 CEDO, art. 13 CEDO, mecanisme naționale propuse drept remedii efective, hotărâri pilot

I. DREPTUL LA JUDECAREA CAUZELOR ÎNTR-UN TERMEN REZONABIL ȘI DREPTUL LA UN REMEDIU EFECTIV

1. După cum s-a indicat în doctrina europeană¹, art. 6 par. 1 prezintă legături strânse cu art. 13 din Convenție, mai ales din momentul în care Curtea a precizat în hotărârea pronunțată în cauza *Kudla* faptul că art. 13 garantează unei persoane dreptul la un recurs efectiv pentru a se plânde de durata procedurii.

A. Considerații generale privind dreptul la un recurs efectiv

2. Potrivit art. 13 din Convenție, *„Orice persoană, ale cărei drepturi și libertăți recunoscute de prezenta Convenție au fost încălcate, are dreptul să se adreseze efectiv unei instanțe naționale, chiar și atunci când s-ar datora unor persoane care au acționat în exercitarea atribuțiilor lor oficiale”*.

Dreptul recunoscut de art. 13 nu este un drept subiectiv propriu, ci mai degrabă un mijloc de apărare a drepturilor și libertăților recunoscute de Convenție. Dreptul la un recurs efectiv poate fi considerat un drept complementar, care nu are o existență independentă și care nu poate fi invocat decât în legătură cu un alt drept recunoscut de Convenție. Totuși, în jurisprudența Curții Europene, acestui drept i-a fost conferită o anumită autonomie:

- Pe de-o parte, Curtea a înțeles să dea un efect util art. 13 din Convenție, hotărând că reclamantul se poate prevala de acest text fără a fi nevoit să facă mai întâi dovada încălcării unui alt drept recunoscut de Convenție², întrucât art. 13 consacră dreptul de a se plânde de o „pretinsă” violare a unor drepturi sau libertăți, atâta timp cât această pretinsă violare poate fi susținută cu minime argumente³. Astfel, Curtea acceptă faptul că se poate constata o violare a art. 13, chiar dacă a constatat inițial faptul că nu a existat o altă încălcare a Convenției⁴.

- Pe de altă parte, dreptul la un recurs efectiv intră în coliziune cu alte drepturi ce au o natură echivalentă, în special cu dreptul la controlul legalității deținerii (art. 5 par. 4) și cu dreptul la un proces echitabil (art. 6 par. 1). Într-o asemenea situație, Curtea are tendința de a considera că art.13 consacră o garanție de ordin general, care nu se aplică în acele cazuri în care sunt incidente garanțiile specifice și mai stricte din art. 5 par. 4⁵ sau art. 6 par. 1⁶.

3. Mai concret, cât privește termenul rezonabil, conform unei jurisprudențe constante, art. 6 par. 1 constituie *lex specialis* în raport cu art. 13, garanțiile conferite de acesta fiind absorbite de art. 6 par. 1. În consecință, o dată ce a constatat violarea art. 6 par. 1 sub aspectul inexistenței unui termen rezonabil, Curtea consideră inutil să mai examineze cauza prin referire la art. 13, referitor la absența oricărui drept de

recurs în dreptul intern pentru denunțarea duratei excesive a procedurii⁷. Așa cum vom vedea însă, hotărârea pronunțată în cauza *Kudla* extinde însă sensibil sfera de aplicare a art. 13.

4. Cât privește conținutul dreptului conferit de art. 13 din Convenție, câteva elemente merită reținute:

- Prin raportare la art. 35 par. 1 din Convenție, recursul „efectiv” în sensul art. 13 este un recurs „util” pe care reclamantul trebuie să-l exercite înainte de sesizarea Curții, pentru a îndeplini condiția epuizării căilor de recurs interne. Concluzia se impune, după pronunțarea hotărârii în afacerea *Kudla*, și în ceea ce privește recursul „efectiv” conferit reclamantului de dreptul intern pentru a se plânge de durata procedurii⁸.

- „Instanța națională” vizată de art. 13 nu trebuie să fie neapărat, conform jurisprudenței Curții, o instanță de judecată⁹, atâta timp cât organul investit cu soluționarea recursului prezintă anumite garanții de independență și imparțialitate, iar procedura conferă la rândul ei anumite garanții¹⁰.

- Recursul trebuie să fie „efectiv” atât fapt, cât și în drept. Efectivitatea recursului se apreciază în funcție de natura plângerii referitoare la dreptul substanțial și nu depinde de „certitudinea unui rezultat favorabil” pentru reclamant¹¹. De exemplu, în cazul drepturilor intangibile, atunci când reclamantul pretinde că a fost victima unor „tratamente inumane și degradante” în sensul art. 3 din Convenție, art. 13 impune nu numai „desfășurarea unei anchete detaliate și efective”, cu scopul identificării și pedepsirii persoanelor răspunzătoare (așa cum obligă de altfel art. 3), dar și asigurarea „accesului efectiv al reclamantului la anchetă”, desfășurarea anchetei într-un termen rezonabil și eventual acordarea unei despăgubiri¹².

B. Hotărârea în cauza *Kudla* și revirimentul jurisprudenței Curții

5. Curtea (Marea Cameră) s-a pronunțat în cauza *Kudla c. Polonia* la 26 octombrie 2000. În speță, reclamantul s-a plâns de violarea art. 3, art. 5 par. 3, art. 6 par. 1 și art. 13 din Convenție. Marea Cameră a constatat în unanimitate faptul că art. 3 nu a fost violat, respectiv faptul că art. 5 par. 3 (perioadă de deținere de 2 ani, 4 luni și 3 zile) și art. 6 par. 1 (termen de 9 ani pentru judecarea cauzei, din care 7 ani și 5 luni sub imperiul Convenției) au fost încălcate. Mult mai importantă se dovedește însă hotărârea în ceea ce privește art. 13, în condițiile în care reclamantul s-a plâns de faptul că dreptul polonez nu îi conferea un remediu efectiv pentru a se putea plânge de durata procedurii penale. Dată fiind importanța acestei hotărâri, găsim necesar să redăm integral câteva dintre paragrafele relevante ale hotărârii Curții:

1. Despre necesitatea de a examina plângerea pe temeiul art. 13

146. În numeroasele cauze anterioare în care Curtea a constatat o violare a art. 6 par. 1, Curtea nu a considerat necesar să statueze și asupra plângerii formulate pe temeiul art. 13. În cele mai multe cazuri, s-a estimat că art. 6 par. 1 trebuie considerat o *lex specialis* în raport de art. 13.

Astfel, în cazul în care dreptul revendicat de justițiabil pe temeiul Convenției este un „drept cu caracter civil” recunoscut în dreptul intern - de pildă dreptul de proprietate - protecția oferită de art.6 par.1 intră de asemenea în joc (*Sporrong și Lönnroth c. Suedia*, hotărârea din 23 septembrie 1982, par. 88). În aceste condiții, exigențele art.6 par.1, care implică întreaga panoplie a garanțiilor proprii procedurilor judiciare, sunt mai stricte decât cele ale art.13 și le absorb pe acestea (*Brualla Gómez de la Torre c. Spania*, hotărârea din 19 decembrie 1997, par. 41).

Curtea a aplicat un raționament analog în cazurile în care reclamantul se plângea de caracterul inadecvat a unei proceduri de apel sau de recurs care intra atât sub imperiul materiei „penale” a art. 6 par. 1, cât și sub imperiul art. 13 (*Kamasinski c. Austria*, hotărârea din 19 decembrie 1989, par. 110).

În asemenea cazuri, nu exista niciun interes juridic pentru reexaminarea plângerii sub aspectul exigențelor mai puțin severe ale art. 13.

147. Nu există, totuși, nicio suprapunere și prin urmare nicio absorbție atunci când, precum în prezenta afacere, pretinsa violare a Convenției pe care reclamantul dorește să o aducă în atenția unui „instanțe naționale” este cea generată de nerespectarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil, contrară art. 6 par. 1. Problema de a ști dacă reclamantul dintr-o anumită cauză a beneficiat de o judecată într-un termen rezonabil a contestației referitoare la drepturile și obligațiile sale cu caracter civil sau a unei acuzații în materie penală este o chestiune juridică separată de problema de a ști dacă el a beneficiat, în dreptul intern, de un recurs efectiv pentru a se plânge de acest aspect...

În afaceri comparabile din trecut, Curtea a refuzat totuși să decidă asupra plângerii separate asupra absenței unui remediu efectiv garantat de art. 13, considerând că acest lucru nu este necesar în lumina faptului că anterior a constatat nerespectarea „termenului rezonabil” prevăzut de art. 6 par. 1 (*Pizetti c. Italia*, hotărârea din 26 februarie 1993, par. 21; *Bouilly c. Franța*, hotărârea din 7 decembrie 1999, par. 27; *Giuseppe Tripodi c. Italia*, hotărârea din 25 ianuarie 2000, par. 15).

148. Curtea estimează astăzi că a venit timpul să-și revizuiască jurisprudența, în lumina unei acumulări continue a plângerilor în care se invocă în mod exclusiv sau în principal nerespectarea obligației de judecare a cauzelor într-un termen rezonabil, în sensul art. 6 par. 1.

Frecvența crescândă cu care sunt constatate violări sub acest aspect a determinat recent Curtea să atragă atenția asupra „pericolului important” pe care „lentoarea excesivă a justiției” îl reprezintă pentru statul de drept în sistemele juridice naționale „atunci când justițiabilii nu dispun, în acest scop, de nicio cale de recurs intern” (*Bottazzi c. Italia*).

149. În aceste condiții, Curtea percepe în prezent necesitatea de a examina separat plângerea reclamantului referitoare la art.13, chiar dacă a constatat deja violarea art.6 par.1 pentru nerespectarea obligației de a-i asigura celui interesat un proces într-un termen rezonabil.

[...]

2. *Aplicabilitatea art. 13 plângerilor în care se invocă violarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil*

151. Curtea constată că sensul literal al art. 13 nu susține ideea unui principiu în sensul că acesta nu poate fi aplicat niciunui dintre aspectele „dreptului la un tribunal” consacrat de art. 6 par. 1. De asemenea, nici lucrările pregătitoare ale Convenției nu indică o asemenea limitare a sferei de aplicare a art. 13.

În mod cert, protecția oferită de art. 13 nu este absolută. În funcție de contextul în care se înscrie pretinsa violare sau categoriile de violări pretinse, pot exista limitări implicite ale resursurilor posibile. În asemenea circumstanțe, art. 13 nu este considerat inaplicabil, dar exigența unui „recurs efectiv” trebuie înțeleasă în sensul unui „recurs atât de efectiv cât poate exista ținând cont de aplicabilitatea sa limitată, în context...” (*Klass c. Germania*, par. 69). În plus, „art. 13 nu poate fi înțeles ca implicând un recurs prin intermediul căruia să poată fi contestată legislația națională a unui stat contractant în fața unei autorități naționale, pe motiv că aceasta contravine Convenției” (*James și alții c. Regatul Unit*, hotărârea din 21 februarie 1986, par. 85). Astfel, art. 13 nu poate fi interpretat ca impunând punerea la dispoziție a unui recurs efectiv care să-i permită individului să se plângă de absența în dreptul intern a oricărui acces la o instanță, în sensul art. 6 par. 1.

În schimb, în ceea ce privește pretinsa nerespectare a obligației de judecare a cauzelor într-un termen rezonabil, nu poate fi reținută o asemenea restricție implicită a aplicabilității art. 13.

152. Din contră, locul art. 13 în sistemul de protecție al drepturilor omului instituit de Convenție militează în favoarea unei limitări maximale a restricțiilor aduse art. 13.

În virtutea art. 1, responsabilitatea primordială pentru punerea în aplicare și verificarea respectării drepturilor și libertăților garantate revine autorităților naționale. Mecanismul plângerilor adresate Curții are deci un caracter subsidiar prin raportare la sistemele naționale de protecție a drepturilor omului. Această subsidiaritate este exprimată de art. 13 și 35 par. 1 din Convenție.

Scopul art. 35 par. 1, care prevede condiția epuizării căilor de recurs interne, este acela de a oferi statelor contractante posibilitatea de a preveni și repara încălcările pretinse înainte de sesizarea Curții (*Selmouni c. Franța*, hotărârea din 28 iulie 1999, par. 74). Regula din art. 35 par. 1 este fondată pe prezumția, reflectată în art. 13 (cu care prezintă strânse legături), că există un remediu intern efectiv la dispoziția celui care se plânge de nerespectarea drepturilor individuale recunoscute de Convenție (*ibidem*).

Astfel, enunțând de o manieră explicită obligația statelor de a proteja drepturile omului în primul rând în ordinea juridică națională, art. 13 stabilește în favoarea justițiabililor o garanție suplimentară care să le asigure posibilitatea valorizării drepturilor în discuție. Așa cum rezultă din lucrările pregătitoare ale Convenției, scopul art. 13 este acela de a oferi un mijloc prin care justițiabilii să poată obține, la nivel național, înlăturarea consecințelor încălcării drepturilor recunoscute de Convenție, înainte de a pune în mișcare mecanismul internațional de protecție adresându-se Curții. Din acest punct de vedere, dreptul oricărei persoane la judecarea cauzei sale într-un termen rezonabil ar fi mai puțin efectiv dacă nu există nicio posibilitate de a supune mai întâi unei autorități naționale plângerea sa referitoare la drepturile garantate de Convenție; exigențele art. 13 trebuie apreciate că întărindu-le pe cele din art. 6 par. 1 și nu ca fiind absorbite de obligația generală, impusă de acest articol, de a nu depăși un termen rezonabil în cursul procedurilor judiciare.

[...]

156. În lumina considerațiilor anterioare, Curtea apreciază că interpretarea corectă a art. 13 este că acest text garantează un recurs efectiv în fața unei instanțe naționale pentru ca o persoană să se poată plânge de nerespectarea obligației impuse de art. 6 par. 1, aceea de judecare a cauzelor într-un termen rezonabil.”

6. Pe baza acestor considerații, Curtea a apreciat, în speță, că dreptul polonez nu îi conferea reclamantului un recurs efectiv pentru ca acesta să se poată plânga de durata procedurii penale.

Așa cum s-a apreciat și în doctrina europeană¹³, hotărârea Curții în afacerea *Kudla* constituie un veritabil revirement al jurisprudenței, merit să confere art. 13 locul potrivit în sistemul de protecție al drepturilor omului prevăzut de Convenție. Câteva considerații suplimentare merită a fi deci prezentate.

Până la pronunțarea hotărârii analizate, existau două soluții atunci când reclamantul se plânga atât de caracterul nerezonabil al duratei procedurii interne, cât și de absența unui recurs intern pentru a se putea plânga de acest aspect¹⁴:

- dacă se constata o violare a art. 6 par. 1, Curtea aprecia că nu este necesar să mai examineze plângerea și pe temeiul art. 13, art. 6 par. 1 fiind o *lex specialis*;
- în ipoteza în care Curtea constata că art.6 par.1 nu a fost încălcat, considera necesar să se asigure și de faptul că garanțiile mai puțin generoase oferite de art. 13 nu au fost încălcate.

7. Chiar dacă această soluție fusese contestată în doctrină¹⁵, jurisprudența Curții a rămas constantă sub acest aspect. Prin hotărârea pronunțată la 29 octombrie 2000, Curtea și-a reconsiderat însă explicit această jurisprudență¹⁶. Motivele avute în vedere de Marea Cameră au fost în principal următoarele:

- nu se poate considera că garanțiile oferite de art. 13 sunt absorbite de garanțiile oferite de art. 6 par. 1 atunci când se pune în discuție dreptul la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil; potrivit Curții, problema de a ști dacă reclamantul dintr-o anumită cauză a beneficiat de o judecată într-un termen rezonabil a contestației referitoare la drepturile și obligațiile sale cu caracter civil sau a unei acuzații în materie penală este o chestiune juridică separată de problema de a ști dacă el a beneficiat, în dreptul intern, de un recurs efectiv pentru a se plânga de acest aspect (par. 147);

- la baza revirimentului jurisprudenței Curții stă faptul că anterior, prin hotărârea pronunțată în cauza *Bottazzi c. Italia*, instanța europeană remarcase „pericolul important” pe care „lentoarea excesivă a justiției” îl prezintă pentru statul de drept în sistemele juridice naționale „atunci când justițiabilii nu dispun, în acest scop, de nicio cale de recurs intern”;

- dintre componentele dreptului conferit de art. 6 par. 1 din Convenție, dreptul la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil reclamă, prin importanța sa, existența unui mecanism de protecție suplimentar, pe care îl poate oferi art. 13; exigențele art. 13 trebuie apreciate că întărindu-le pe cele din art. 6 par. 1 și nu ca fiind absorbite de obligația generală, impusă de acest articol, de a nu depăși un termen rezonabil în cursul procedurilor judiciare (par. 152)

- prin referire la raportul dintre art. 35 par. 1 și art. 13, Curtea a subliniat faptul ca mecanismul de protecție a drepturilor omului este menit să supună pretinsa violare în primul rând analizei autorităților naționale, urmând ca doar în subsidiar Curtea să se pronunțe asupra acestei chestiuni¹⁷;

- în concluzie, art. 13 garantează un recurs efectiv în fața unei instanțe naționale pentru ca o persoană să se poată plânde de nerespectarea obligației impuse de art. 6 par. 1, aceea de judecare a cauzelor într-un termen rezonabil (par. 156).

8. După ce Curtea a procedat la această nouă interpretare a art. 13, centrul de interes este reprezentat de modul în care statele semnatare al Convenției înțeleg să pună în practică obligațiile ce le revin¹⁸.

În mod evident, dacă în dreptul intern există un recurs efectiv, este necesar ca reclamantul să-l valorifice înainte de a se adresa Curții. În caz contrar, plângerea va fi respinsă ca inadmisibilă¹⁹.

II. MODELE DE REGLEMENTARE PENTRU REALIZAREA UNUI MECANISM DESTINAT SĂ ASIGURE DREPTUL LA UN REMEDIU EFECTIV ÎN CAZUL ÎNCĂLCĂRII DREPTULUI LA JUDECAREA CAUZELOR ÎNTR-UN TERMEN REZONABIL

A. Analiza "remediilor efective" propuse de statele-părți prin intermediul jurisprudenței Curții

9. În special ca urmare a pronunțării hotărârii Curții în cauza *Kudla c. Polonia*²⁰, statele semnatare ale Convenției au reglementat la nivel național anumite mecanisme-remediu destinate să permită prevenirea și/sau sancționarea nerespectării exigențelor termenului rezonabil²¹. Vom analiza și noi aceste mecanisme²², procedând însă în același timp la o analiză a jurisprudenței Curții în această materie. Am optat pentru această prezentare dublată de o evaluare tocmai pentru că simpla existență a unui „remediu”²³ în dreptul național nu este suficientă, ci acest remediu trebuie să fie și „efectiv”.

1. Albania

10. Potrivit art. 131 din Constituția Albaniei, după epuizarea tuturor căilor de atac oferite de dreptul intern, partea se poate adresa Curții Constituționale, invocând încălcarea dreptului la un proces echitabil în cursul procedurii.

În cauza *Qufaj Co. Sh.P.K. c. Albania*²⁴, Curtea a apreciat că acest remediu este doar unul teoretic și nu unul „efectiv” în sensul art. 13 din Convenție²⁵, din moment ce statul-parte la Convenție nu a reușit să probeze existența unei jurisprudențe favorabile la nivel național.

2. Austria

11. În Austria, atât în materie civilă, cât și în materie administrativă, s-a prevăzut posibilitatea ca partea interesată să se poată adresa instanței superioare, solicitând acesteia să fixeze un termen în care instanța investită cu soluționarea cauzei să fie obligată să îndeplinească acte procedurale de natură să accelereze soluționarea cauzei.

Astfel, potrivit art. 91 din legea austriacă referitoare la organizarea judiciară (*Gerichtsorganisationsgesetz*), în vigoare de la 1 ianuarie 1990, dacă o instanță întârzie efectuarea unui act procedural, stabilirea unui termen, desfășurarea ședinței publice, numirea unui expert sau luarea unei hotărâri, orice parte poate solicita instanței superioare fixarea unui termen pentru efectuarea acestor acte de procedură. Dacă instanța „culpabilă”, la care se depune cererea, îndeplinește toate actele în cauză în termen de patru săptămâni și informează partea despre acest lucru, în principiu cererea este considerată soluționată²⁶. Plângerea este analizată de un complet de trei judecători de la instanța superioară, iar o eventuală hotărâre de respingere poate fi atacată cu recurs.

În același sens, art. 73 din legea generală privind procedura administrativă (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*), fondat pe art. 132 din Constituția austriacă, dispune că atunci când o instanță nu s-a pronunțat într-un interval de 6 luni, oricare dintre părți poate cere desesizarea acestei instanțe în favoarea unei instanțe superioare sau a Curții Supreme Administrative. Instanța superioară poate să ordone instanței investite inițial soluționarea cauzei în maxim opt săptămâni sau, în cazul în care situația persistă, se poate substitui instanței investite inițial și poate soluționa cauza în fond.

Remediile menționate mai sus sunt aplicabile și în materie penală.

12. În cauza *Holzinger c. Austria*²⁷, Curtea a apreciat că mecanismul austriac aplicabil în materie civilă are un caracter efectiv. De asemenea, remediul oferit de legislația austriacă în materie administrativă a fost în general apreciat de Curte ca fiind conform cu exigențele art. 13 din Convenție (de pildă, în cauza *Egger c. Austria*²⁸).

Curtea a revenit însă ulterior asupra acestor concluzii, reținând că acest remediu nu era eficient în unele situații. Problemele "remediului Holzinger" vizau în special jurisdicția supremă, întrucât nu exista o instanță superioară căreia partea interesată să i se poată plânge²⁹ sau situațiile în care durata generală a procedurii, deși nerezonabilă, nu putea fi atribuită unei anumite autorități sau instanțe³⁰.

De asemenea, potrivit jurisprudenței Curții, Austria nu deține un remediu efectiv pentru a combate depășirea duratei rezonabile a procedurii în cauzele administrativ-penale³¹. Astfel, într-o afacere mai recentă³², Curtea a reținut că nu există un mecanism de factură compensatorie, atâta timp cât reclamantului i-a fost aplicată amenda minimă pentru conducerea sub influența băuturilor alcoolice, iar

instanța administrativ-penală (*Independent Administrative Panel*) care a aplicat amenda nu avea posibilitatea de a reduce amenda (ceea ce, în opinia Curții, ar fi echivalat cu o despăgubire pentru durata excesivă a procedurii).

3. Azerbaidjan

13. Prin hotărârea pronunțată în afacerea *Rahimova c. Azerbaidjan*³³, Curtea a reținut inexistența în dreptul azer a unui "remediu efectiv" care să poată fi utilizat de părți pentru a se plânge de durata excesivă a litigiului (par. 34). Deși această hotărâre pare singulară în jurisprudența instanței europene, este de notat faptul că statul caucazian nu a luat măsuri legislative pentru a îndrepta situația constatată.

4. Belgia

14. În Belgia, înainte de 30 iunie 2000, în legislația națională sau în Constituție nu era prevăzut niciun remediu pentru depășirea termenului rezonabil. Instanțele naționale erau însă libere să aprecieze consecințele depășirii unui asemenea termen: unele apreciau că acuzația formulată devenea inadmisibilă, altele pronunțau o decizie de achitare sau de reducere a pedepsei, iar alte instanțe sancționau depășirea termenului rezonabil cu nulitatea întregii proceduri. Intervenția legislativă s-a concretizat la 30 iunie 2000, prin introducerea art. 21ter în *Code d'instruction criminelle*, în sensul căruia "Dacă durata procedurii penale depășește un termen rezonabil, judecătorul poate pronunța condamnarea pe baza unei simple declarații de culpabilitate, pronunțând o pedeapsă inferioară minimumului prevăzut de lege"³⁴.

De asemenea, în cursul urmăririi penale, în temeiul art. 136 *Code d'instruction criminelle*, dacă urmărirea penală nu s-a finalizat în termen de un an, inculpatul poate solicita Camerei de punere sub acuzare analizarea situației. Camera de punere sub acuzare poate solicita accelerarea procedurii sau finalizarea ei într-un anumit termen și poate chiar înlocui judecătorul de instrucție cu unul dintre membrii ei. Totuși, Curtea a constatat în cauza *Stratégies Communications și Dumoulin c. Belgia*³⁵ faptul că mecanismul prevăzut de legea belgiană (posibil recurs în fața a *Chambre des mises en accusation*) nu era efectiv, întrucât putea fi exercitat doar de persoanele puse sub acuzare (inculpat) și de partea civilă, nu și de o persoană pentru care nu era terminată urmărirea penală (reclamantul Dumoulin)³⁶.

Instanțele civile belgiene se arată favorabile reparării prejudiciului cauzat prin depășirea termenului rezonabil al procedurii, recunoscând practic responsabilitatea statului pentru funcționarea defectuoasă a sistemului judiciar (primul litigiu de acest gen pare a se fi finalizat prin decizia din 4 iulie 2002 a Curții de Apel din Bruxelles). Cu toate acestea, anterior cristalizării unei jurisprudențe în materie, Curtea a considerat că remediuul nu prezenta un grad suficient de certitudine juridică³⁷.

5. Bulgaria

15. Statul bulgar și-a propus să remedieze posibila depășire a termenului rezonabil prin mai multe mijloace: aplicarea directă a Convenției în dreptul bulgar; introducerea așa-numitei „plângeri cu privire la întâzieri”, prevăzută de art. 217a din Codul de procedură civilă adoptat în 1998, în temeiul căreia partea interesată se putea adresa președintelui instanței superioare în caz de întârziere nejustificată a soluționării cauzei, iar acesta avea posibilitatea de a da instrucțiuni obligatorii instanței investite cu soluționarea cauzei; posibilitatea de a formula memorii și plângeri adresate Curții Supreme Administrative și Ministerului Justiției.

Curtea a constatat însă că aceste remedii nu sunt efective. Astfel, în cauza *Rachevi c. Bulgaria*³⁸, Curtea a reținut că Guvernul nu a oferit exemple de aplicare directă a Convenției de către instanțe, că folosirea mecanismului „plângerii cu privire la întâzieri” nu este în măsură să limiteze durata procedurii, că formularea de memorii și petiții adresate autorităților publice nu are efecte concrete și că dreptul bulgar nu oferă posibilitatea acordării de despăgubiri pentru prejudiciul cauzat de durata excesivă a procedurii³⁹.

Concluzia instanței europene a fost similară și în materie penală, Curtea apreciind că existența posibilității de a face plângere la procurorul ierarhic superior cu privire la durata procedurii nu constituie un remediu eficace⁴⁰. De asemenea, deși a reținut faptul că din iunie 2003 în cauzele penale acuzatul putea solicita trimiterea cauzei la instanță, atunci când urmărirea penală nu era finalizată într-un termen rezonabil, Curtea a subliniat că posibila accelerare a procedurii cu începere din iunie 2003 nu putea înlătura consecințele depășirii termenului rezonabil anterior acestui moment⁴¹. Astfel, în cuprinsul hotărârii pronunțate în afacerea *Kashavelov c. Bulgaria*⁴², s-a reiterat faptul că Bulgaria nu a reglementat niciun mecanism compensatoriu pentru materia penală.

16. Prin hotărârea-pilot pronunțată în cauza *Finger c. Bulgaria*⁴³, Curtea a reținut existența unei practici incompatibile cu Convenția, în ceea ce privește inexistența unui remediu eficient pentru a combate durata excesivă a procedurii civile din acest stat și a fixat un termen de 12 luni pentru ca Bulgaria să pună în practică un asemenea remediu.

În acest context, Curtea a analizat și un nou remediu propus pentru materia civilă de art. 255 - 257 din Codul de procedură civilă intrat în vigoare în anul 2007, respectiv posibilitatea formulării unei cereri pentru fixarea unui termen-limită. În esență, după un model inspirat din legislația austriacă, o asemenea cerere se adresează instanței superioare celei care soluționează cauza, iar aceasta poate fixa un termen-limită în care să fie luate măsurile procedurale necesare⁴⁴. La fel ca în cazul Austriei,

Curtea a reținut însă faptul că mecanismul bulgar nu era unul efectiv, întrucât nu se aplica întârzierilor de la nivelul Curții Supreme și a Curții Supreme Administrative, iar în alte cazuri nu era susceptibil să conducă la accelerarea procedurii (par. 125). De asemenea, Curtea a reiterat faptul că un remediu de natură preventivă trebuie combinat cu un remediu compensatoriu, mai ales în acele state unde problema duratei excesive a procedurii există de mult timp.

În aceste condiții, s-a reținut că Bulgaria nu dispune încă de un remediu eficient în sensul art. 13 din Convenție, pentru materia civilă.

17. La aceeași dată Curtea a pronunțat o altă hotărâre-pilot și pentru materia penală, în afacerea *Dimitrov și Hamanov c. Bulgaria*⁴⁵, fixând același termen de 12 luni pentru crearea unui mecanism procedural care să constituie un remediu efectiv. Curtea a reținut în particular faptul că dreptul bulgar sau jurisprudența constantă nu oferă drept remediu posibilitatea reducerii pedepsei în cazul depășirii termenului rezonabil (par. 118), că remediuul introdus în iunie 2003, doar în parte eficient, fusese abrogat la 28 mai 2010 și că inspecțiile efectuate de Consiliul Superior al Magistraturii ca urmare a plângerii celor interesați nu reprezentau un remediu care să poată fi calificat drept efectiv.

6. Cehia

18. Într-o primă fază, raportat la Legea nr. 82/1998, care institua un *recurs constituțional* și o *acțiune în despăgubiri contra statului*, Curtea Europeană a considerat că ea nu reprezintă un remediu efectiv și a reținut că legea nu prevedea nicio sancțiune dacă instanța reclamată nu respecta măsurile preconizate de instanța de contencios constituțional, care, de altfel, nu putea acorda despăgubiri pentru întârzierea în procedura de judecată; de asemenea, despăgubirile ce puteau fi acordate ca urmare a unei acțiuni contra statului nu priveau și prejudiciul moral⁴⁶.

19. În forma pe care Legea nr. 6/2002 a dobândit-o de la data de 1 iulie 2004⁴⁷, s-a prevăzut posibilitatea formulării unei cereri pentru fixarea unui termen-limită de îndeplinire a unui act de procedură. Cererea trebuia adresată instanței superioare, care era obligată să se pronunțe într-un termen de maxim o lună. În cazul în care admitea cererea, instanța superioară fixa un termen pentru îndeplinirea actului de procedură, fără a putea da vreo indicație asupra modului în care trebuie soluționat fondul litigiului. Decizia instanței putea fi atacată cu recurs la Curtea Constituțională.

Prin decizia asupra admisibilității pronunțată în cauza *Vokurka c. Cehia*⁴⁸, Curtea a reținut însă că nici recursul preventiv disponibil după 1 iulie 2004 nu putea fi considerat un remediu efectiv, el fiind în realitate doar o prelungire a recursului ierarhic din perioada anterioară, un recurs caracterizat de un formalism excesiv (par. 57).

20. Ca urmare a modificărilor aduse Legii nr. 82/1998 prin Legea nr. 160/2006, legiuitorul ceh a prevăzut posibilitatea ca acțiunea în despăgubiri să permită atât repararea prejudiciului material, cât și a celui moral cauzat de depășirea termenului rezonabil al procedurii. Deși procedura era în continuare greoaie - cererea inițială se adresa Ministerului Justiției, iar soluția administrativă putea fi atacată cu plângere, apel, recurs și recurs constituțional - Curtea s-a pronunțat prin decizia *Vokurka* în sensul compatibilității de principiu a mecanismului cu art. 13 din Convenție⁴⁹. În acest sens, instanța europeană a valorizat în special similitudinea criteriilor de despăgubire cu cele folosite chiar de Curte și dispoziția tranzitorie conținută în art. II din Legea nr. 160/2006, potrivit căreia statul este responsabil și pentru prejudiciile apărute înainte de intrarea în vigoare a legii, sub condiția ca dreptul la reparație să nu fie prescris. Astfel, pentru reclamanții care se adresaseră deja Curții, termenul de prescripție era de un an de la data intrării în vigoare a Legii nr. 160/2006⁵⁰.

Curtea și-a menținut în principiu poziția asupra efectivității acestui remediu și în jurisprudența ulterioară⁵¹. Pe cale de consecință, reclamanților li se solicită valorificarea acestui remediu intern anterior sesizării Curții⁵².

21. Prin hotărârea pronunțată în afacerea *Antoni c. Cehia*⁵³, Curtea a considerat însă acțiunea în despăgubiri ca nefiind un remediu efectiv în unele situații, datorită termenului prea scurt în care ea putea fi exercitată. Astfel, reclamantul sesizase Curtea la 2 mai 2006, la câteva zile după intrarea în vigoare a Legii nr. 160/2006 (27 aprilie 2006), motiv pentru care nu a beneficiat de termenul de prescripție de un an, ci de termenul general de 6 luni calculat de la data finalizării procedurii interne (23 noiembrie 2005). Prin urmare, Curtea a considerat că perioada de aproximativ o lună cuprinsă între data intrării în vigoare a Legii nr. 160/2006 și data-limită pentru introducerea acțiunii în despăgubiri era insuficientă și transforma remediu într-unul ineficient (par. 33 - 35).

7. Cipru

22. Ca urmare a unei decizii pronunțate în anul 2001 de instanța supremă, în sensul recunoașterii aplicabilității directe a art. 13 din Convenție în dreptul intern, părțile au posibilitatea ca după finalizarea litigiului să formuleze o acțiune având ca obiect repararea prejudiciului material cauzat prin depășirea termenului rezonabil de soluționare a unui litigiu. În cursul procedurii penale, acuzatul poate invoca în fața instanței dreptul său constituțional la judecarea cauzei într-un termen rezonabil și poate solicita achitarea, iar instanța este obligată să evalueze cererea potrivit criteriilor reținute de instanța de la Strasbourg. De asemenea, dacă soluționarea unei cauze stagnează mai mult de 6 luni, partea interesată poate solicita Curții Supreme

remedierea situației. Această instanță are posibilitatea să dispună judecarea cauzei de către o altă instanță de același grad sau să impună soluționarea cauzei într-un anumit termen.

Curtea a reținut însă, în cauza *Clerides și Kynigos c. Cipru*⁵⁴, faptul că nu există o jurisprudență internă cristalizată cu privire la acordarea unor despăgubiri pentru depășirea duratei procedurii. De asemenea, Curtea nu s-a arătat convinsă de caracterul preventiv al recursului sau de posibilitatea compensării celor care au suferit anterior prejudicii datorită încălcării dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil⁵⁵.

8. Croația

23. În acest stat, legea organică a Curții Constituționale din 15 martie 2002, adoptată ca urmare a pronunțării hotărârii Curții în cauza *Horvat c. Croația*⁵⁶, a introdus trei categorii de măsuri:

- instituirea unui recurs constituțional având ca obiect contestarea duratei excesive a procedurilor civile sau penale în curs;
- instanța constituțională dispunea de dreptul de a ordona judecătorului luarea unor măsuri determinate și de a fixa un termen în care acesta să aducă la îndeplinire măsurile în cauză;
- Curtea Constituțională era competentă să acorde o reparație pecuniară, care trebuie plătită într-un termen de trei luni⁵⁷.

După instituirea acestui mecanism în dreptul croat și chiar înainte de pronunțarea vreunei hotărâri a Curții Constituționale, Curtea Europeană a apreciat că remediul astfel instituit poate fi considerat „efectiv”⁵⁸. Ulterior însă, în cauza *Soc c. Croația*⁵⁹, Curtea a indicat că acest mecanism nu poate constitui un remediu efectiv pentru procedurile în care s-a depășit durata rezonabilă deja finalizate.

24. La mai puțin de 3 ani de la validarea în principiu a remediului constituțional, Curtea a reținut în afacerea *Camasso c. Croația*⁶⁰ faptul că autoritățile naționale n-au reușit să ofere nici măcar un singur exemplu în care Curtea Constituțională să fi prevenit încălcarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil sau să fi acordat vreo reparație pecuniară. Pe cale de consecință, remediul constituțional a fost considerat ca neefectiv (par. 24-25). În alte afaceri, Curtea a reținut că recursurile constituționale erau respinse ca inadmisibile, cu mențiunea că între timp instanța competentă soluționase cauza⁶¹.

Aparent, conform poziției Guvernului croat, Curtea Constituțională a receptat critica instanței europene, modificându-și poziția. Totuși, prin hotărârea pronunțată în cauza *Raguz c. Croația*⁶², Curtea a sancționat faptul că instanța constituțională a analizat doar o parte a duratei procedurii și a conchis că o asemenea evaluare parțială

transformă un remediu de principiu efectiv într-unul ineficient (par. 36-37). De asemenea, prin hotărârea pronunțată în afacerea *Kaić și alții c. Croația*⁶³, judecătorii de la Strasbourg au reținut că măsurile dispuse de instanța constituțională n-au fost puse în practică de instanța civilă în termenul fixat și că despăgubirea acordată pentru repararea prejudiciului a fost prea mică, remediul constituțional fiind astfel lipsit de efectivitate (par. 42-43).

Exceptând ceea ce este de exceptat, Curtea consideră însă recursul croat de factură constituțională drept un remediu efectiv, chiar și în acele situații în care despăgubirile acordate sunt mai mici decât cele acordate în practica instanței europene⁶⁴.

9. Danemarca

25. În cauza *Ohlen c. Danemarca*⁶⁵, Curtea a apreciat că de principiu în materie penală, faptul că instanța națională a constatat faptul că s-a depășit durata rezonabilă a procedurii și în consecință a redus sancțiunile aplicate inculpatului reprezintă un remediu efectiv în sensul art. 13 din Convenție. În general, legislația și practica judiciară daneză sunt favorabile reparării prejudiciilor cauzate în cazul depășirii unui termen rezonabil în cursul procedurii.

Prin decizia asupra admisibilității pronunțată în cauza *Pedersen c. Danemarca*⁶⁶, Curtea a reținut însă faptul că legislația daneză nu oferă vreun remediu specific de natură preventivă sau compensatorie, în materie penală. Chiar dacă Guvernul a susținut că în temeiul art. 840 din Legea Administrării Judiciare reclamantul putea solicita trimiterea cauzei la instanță pe baza probelor disponibile, Curtea a remarcat lipsa oricărei jurisprudențe naționale în acest sens.

De asemenea, în cauza *Topp c. Danemarca*⁶⁷, Curtea a reținut că nu există o procedură specifică de natură compensatorie sau preventivă nici în materia civilă⁶⁸. Cu toate acestea, Curtea apreciază că reclamantii trebuie să utilizeze posibilitățile care le sunt recunoscute de legislația și jurisprudența națională, de pildă solicitând instanței o reparare a prejudiciului sub forma reducerii cuantumului cheltuielilor judiciare sau a exonerării de la plata acestora⁶⁹.

Cu alte cuvinte, în cazul unui stat care nu are probleme deosebite cu respectarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil, Curtea preferă o abordare suplă și o evaluare *in concreto* a efectivității remediilor naționale.

10. Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei

26. În condițiile în care Guvernul macedonean a admis faptul că nu există un remediu efectiv pentru a preveni și sancționa încălcarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil, precum și faptul că acest drept nu este consacrat constituțional, Curtea nu a avut altceva de făcut, într-o primă fază, decât să constate violarea art. 13 din Convenție⁷⁰.

27. Ca urmare a hotărârii în cauza *Atanasovic*, au fost întreprinse reforme succesive în legislația națională. Într-o primă fază, cu începere de la 1 ianuarie 2007 a fost instituit un mecanism potrivit căruia partea interesată se putea adresa instanței imediat superioare celei care soluționa cauza cu o plângere privind durata procedurii. Termenul de soluționare al unei asemenea plângeri era de 6 luni, iar instanța, în cazul în care constata încălcarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil, putea acorda despăgubiri, care erau plătite din bugetul instanței.

Prin hotărârea pronunțată în cauza *Parizov c. Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei*⁷¹, Curtea a reținut însă că remediul nu era funcțional, datorită faptului că prerogativele instanțelor naționale erau ambigue, jurisprudența națională inexistentă, iar Macedonia nu prevăzuse o modalitate de a elimina de pe rolul instanței europene cauzele pendinte relative la încălcarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil (par. 44-45).

28. În martie 2008, competența exclusivă pentru soluționarea acestor plângeri a fost conferită Curții Supreme (fiind păstrate totuși două grade de jurisdicție). Instanței supreme îi era recunoscut dreptul de a da dispoziții obligatorii instanțelor inferioare pentru accelerarea procedurii și posibilitatea de a acorda despăgubiri, în conformitate cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului. Despăgubirile se plăteau în termen de maxim trei luni.

Reformele puse în practică de autoritățile macedonene au fost receptate de Curte, care prin decizia pronunțată în afacerea *Šurbanoska și alții c. Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei*⁷² a reținut cu satisfacție una dintre primele decizii prin care Curtea Supremă a sancționat depășirea termenului rezonabil și a acordat despăgubiri⁷³.

O decizie recentă asupra admisibilității, în cauza *Adzi-Spirkoska și Ilčo Topuzovski c. Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei*⁷⁴, confirmă faptul că remediul oferit de legislația națională este în principiu unul efectiv și că acesta trebuie valorificat înainte de sesizarea Curții. Singurele rezerve ale Curții vizează nivelul despăgubirilor acordate de instanța supremă din Macedonia, semnificativ mai scăzut decât cele acordate de instanța de la Strasbourg.

11. Franța

29. Reglementarea franceză pe baza căreia Curtea admite în prezent că există un remediu efectiv atunci când se depășește durata rezonabilă a procedurii, remediu compensatoriu, este reprezentată de dispozițiile art. L. 781-1 din Codul de organizare judiciară: „*Statul este ținut să repare prejudiciul cauzat prin funcționarea defectuoasă a serviciului public al justiției. Răspunderea nu este angajată decât de o culpă gravă sau de o denegare de justiție*”. Cu alte cuvinte, așa cum frumos spunea un doctrinar, „serviciul public al justiției are o obligație de protecție jurisdicțională a individului”⁷⁵.

Pornind de la acest text, instanțele franceze au admis, în special după pronunțarea hotărârii în afacerea *Kudla*, angajarea răspunderii delictuale a statului pentru situațiile în care se depășește un termen rezonabil al procedurii⁷⁶.

Evoluția jurisprudenței franceze s-a produs mai întâi la nivelul instanțelor civile. Astfel, încă din anul 1997 s-a recurs la o interpretare largă a noțiunii de „denegare de justiție”, incluzându-se în sfera noțiunii încălcarea de către instanțele de drept comun a dreptului justițiabililor la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil⁷⁷. Ulterior, prin hotărârea pronunțată la 13 februarie 2001 în cauza *Consorts Bolle-Laroche*⁷⁸, Curtea de Casație franceză (secțiunile unite) a dat o interpretare largă noțiunii de „culpă gravă”⁷⁹, astfel încât să fie posibilă angajarea în condiții mai facile a răspunderii statului.

30. Instanțele administrative franceze au adoptat mai greu același punct de vedere, mai ales în lipsa unui text. În principiu, potrivit jurisprudenței *Darmont*⁸⁰ era posibilă angajarea răspunderii statului, în caz de culpă gravă, pentru funcționarea defectuoasă a justiției administrative. În fapt însă, jurisprudența Consiliului de Stat era „mută” în ipoteze de denegare de justiție sau de durată nerezonabilă a procedurii⁸¹. Într-o manieră spectaculoasă, menținând o hotărâre pronunțată de Curtea Administrativă de Apel din Paris, la 28 iunie 2002 Consiliul de Stat francez și-a modificat jurisprudența. Astfel, prin hotărârea pronunțată în cauza *Magiera*⁸², instanța administrativă supremă s-a inspirat din jurisprudența *Kudla* și a consacrat un nou principiu general de drept în temeiul căruia „justițiabilii au dreptul ca cererile lor să fie soluționate într-un termen rezonabil”. Pe fond, Consiliul de Stat a respins recursul ministrului justiției și a menținut hotărârea Curții administrative de apel, care obliga statul la plata unei despăgubiri în valoare de 30.000 franci pentru o durată nerezonabilă de 7 ani și 6 luni a procedurii.

31. Curtea s-a arătat receptivă la evoluția jurisprudenței franceze. Ca urmare a modificării jurisprudenței Curții de Casație, în afacerea *Giummarra c. Franța*⁸³, Curtea a apreciat că „remediul oferit de art. L.781-1 a dobândit un grad de certitudine juridică suficient pentru a putea fi utilizat în scopul art. 35 par. 1 din Convenție”. Confirmarea explicită a caracterului efectiv al acestui remediu a venit odată cu hotărârea pronunțată în cauza *Nouhaud ș.a. c. Franța*⁸⁴. Ulterior, ca urmare a evoluției jurisprudenței instanțelor administrative, Curtea a recunoscut explicit efectivitatea remediei și pentru cauzele de competența acestor instanțe⁸⁵.

12. Germania

32. Potrivit legislației naționale, justițiabilul german are la îndemână două modalități de acțiune în această materie⁸⁶:

- Partea interesată se poate adresa instanței superioare, solicitându-i acesteia să constate depășirea termenului rezonabil și emiterea unui ordin de accelerare a procedurii, care să determine inclusiv măsurile concrete care trebuie luate.

- Există și posibilitatea sesizării instanței de contencios constituțional (Tribunalul Federal de la Karlsruhe), printr-un recurs constituțional direct, având o finalitate similară: instanța constituțională poate constata că durata procesului încălcă legea fundamentală și poate invita instanța în culpă să dea dovadă de celeritate, astfel încât procedura să avanseze sau să ia sfârșit.

Cel de-al doilea mijloc de acțiune a fost adus în atenția Curții Europene (Marea Cameră) în cauza *Sürmeli c. Germania*⁸⁷. Raportându-se la faptul că Tribunalul Federal german nu are competența de a fixa termene pe care instanțele inferioare trebuie să le respecte, de a ordona alte măsuri susceptibile să asigure ameliorarea procedurii litigioase sau de a stabili despăgubiri, Curtea a apreciat că nu ne aflăm în prezența unui remediu efectiv în sensul art. 13 din Convenție⁸⁸. Înalta instanță europeană a oferit chiar exemple concrete de situații în care s-a reținut că „invitația” Tribunalului Federal german a produs efecte de-abia după mai bine de zece luni⁸⁹.

33. În afacerea *Kaemena și Thöneböhn c. Germania*⁹⁰, Curtea a reținut existența unor prime decizii ale Curții Federale de Justiție în sensul că, atunci când se constată o violare a exigențelor termenului rezonabil, instanțele penale pot dispune reducerea sancțiunii aplicate. Totuși, s-a constatat încălcarea art. 13 din Convenție, în condițiile în care noua jurisprudență era ulterioară rămânerii irevocabile a hotărârilor instanțelor penale din litigiul principal (par. 86-87).

34. Curtea a constatat din nou în cauza *Rumpf c. Germania*⁹¹ faptul că statul german încălcă art. 13 din Convenție. Mai mult, în temeiul art. 46 din Convenție, instanța de la Strasbourg a constatat existența unei practici incompatibile cu Convenția și a solicitat Germaniei ca în termen de cel mult un an de la data pronunțării hotărârii să ia măsuri pentru crearea unui remediu efectiv pentru contestarea duratei excesive a procedurii, în conformitate cu principiile ce rezultă din jurisprudența Curții (par. 58 - 75 din hotărârea Curții)⁹².

13. Georgia

35. În privința acestui stat caucazian, Curtea a reținut în afacerea *Amat-G Ltd și Mebaghishvili c. Georgia*⁹³ inexistența unui remediu efectiv la dispoziția părților care invocă încălcarea art. 6 par. 1 din Convenție, în cazuri privind neexecutarea unor hotărâri judecătorești irevocabile (par. 53)⁹⁴.

Până la acest moment, din jurisprudența Curții nu reiese o altă concluzie.

14. Grecia

36. În jurisprudența mai veche a Curții s-a reținut că în legislația națională elenă nu exista vreun remediu eficient pentru sancționarea și/sau prevenirea depășirii termenului rezonabil, deși statul grec a indicat în fața Curții că intenționează să facă acest lucru cât mai curând posibil. Mai exact, singura posibilitate teoretică de acest gen o reprezenta introducerea, în temeiul art. 105 din legea-anexă la Codul de procedură civilă, a unei acțiuni în angajarea răspunderii extracontractuale a statului, bazată pe ideea că orice act sau omisiune ilegală în domeniul dreptului public este în măsură să angajeze o asemenea răspundere⁹⁵.

În acest context, este explicabilă seria de condamnări suferite la Strasbourg, Curtea reținând în mod constant încălcări ale art. 13 din Convenție⁹⁶.

37. Răbdarea instanței europene s-a epuizat s-a finalul anului 2010, astfel încât în cauza *Vassilios Athanasiou și alții c. Grecia*⁹⁷ s-a reținut existența unei practici incompatibile cu art. 13 din Convenție. Mai precis, în temeiul art. 46 din Convenție, Curtea a solicitat Greciei ca în termen de un an de la data rămânării definitive a hotărârii să pună în practică un recurs sau un sistem de recursuri efective apte să ofere o reparație adecvată și suficientă în cazurile de depășire a duratei rezonabile a procedurii, în ceea ce privește litigiile administrative (par. 43 - 58 din hotărârea Curții).

În lipsa unor măsuri coerente în domeniu, prin hotărârea pronunțată în afacerea *Michelioudakis c. Grecia*⁹⁸, Curtea s-a pronunțat în același sens și în privința depășirii repetate a duratei rezonabile a procesului în procedurile penale (par. 74 - 78).

15. Irlanda

38. Cu ocazia judecării cauzei *Doran c. Irlanda*⁹⁹, Guvernul irlandez a admis faptul că în legislația internă nu există o posibilitate de contestare separată a depășirii termenului rezonabil de soluționare a cauzelor. Totuși, Guvernul a adus în atenția Curții faptul că principiul „justiției constituționale” și principiul accesului la justiție ar fi în măsură să fundamenteze o cerere a părților interesate, adresată instanțelor superioare, centrată pe ideea că aceste părți au dreptul la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil. Deși nu a reținut faptul că o asemenea acțiune putea fi declanșată, Curtea a sesizat faptul că nu s-a putut face dovada unei jurisprudențe în materie, jurisprudență care să ateste faptul că mecanismul propus ar putea scurta durata procedurii sau ar permite acordarea de despăgubiri pentru violarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil. În cauza *Barry c. Irlanda*¹⁰⁰, Curtea a apreciat că nu există un remediu efectiv nici în situația în care partea este îndreptățită să formuleze o cerere de revizuire a procedurii (inclusiv pentru motive care țin de

depășirea termenului rezonabil), în condițiile în care procedura de revizuire însăși avea o durată semnificativă, iar instanțele naționale nu se arătau favorabile acordării vreunei compensații.

39. Curtea a făcut o evaluare minuțioasă a remediilor efective propuse de statul irlandez în afacerea *McFarlane c. Irlanda*¹⁰¹. Astfel, statul irlandez a adus în atenție un studiu potrivit căruia în Irlanda exista un remediu efectiv pentru a contesta durata procedurii, bazat pe următoarele argumente esențiale: (i) din interpretarea art. 38 par. (1) din Constituția Irlandei reiese existența unui drept la judecarea într-un termen rezonabil a cauzelor penale; (ii) este posibilă introducerea unei acțiuni pentru încălcarea unui drept constituțional; (iii) regulile generale ale răspunderii civile puteau fi utilizate pentru determinarea cuantumului despăgubirilor (par. 115 din hotărârea Curții).

În cadrul analizei sale, Curtea a reținut faptul că remediu propus de Irlanda nu prezenta un suficient grad de certitudine, în primul rând pentru că timp de 25 ani nu fusese folosit de niciun reclamant. Acesta era și motivul pentru care, în cadrul lucrărilor Comisiei de la Veneția, guvernul irlandez nu s-a referit la acest mecanism. Prin urmare, deși a recunoscut importanța dezvoltării remediilor într-un sistem de *common law* cu o Constituție scrisă, Curtea a reiterat faptul că existența remediuului trebuie să fie certă și să fie completată de o jurisprudență în acest sens (par. 120).

În al doilea rând, s-a reținut faptul că remediu constituțional propus nu era efectiv în situațiile în care judecătorul întârzia pronunțarea unei hotărâri (timp de 17 luni, în speță), întrucât imunitatea magistratului opera în favoarea Statului într-o acțiune ce tindea la obținerea de despăgubiri din partea Statului pentru comportamentul culpabil al unui judecător (par. 121).

În al treilea rând, Curtea a reținut că remediu propus nu era eficient și datorită duratei semnificative a procedurii în fața Curții Supreme (acțiunea în despăgubiri urma să fie tratată ca orice acțiune civilă, iar durata medie de așteptare la instanța supremă era de 28 - 30 luni), respectiv datorită costurilor importante pe care cei ce se prevalau de acest litigiu ar trebui să le suporte (a se vedea par. 122 - 124)¹⁰².

16. Italia

40. Italia reprezintă probabil statul care a „colectat” cele mai multe condamnări la Curtea Europeană pentru depășirea duratei rezonabile a procedurii. În fața avalanșei de condamnări, după pronunțarea hotărârii în cauza *Botazzi*¹⁰³, Italia și-a modificat Constituția prin legea constituțională din 23 noiembrie 1999. S-a consacrat astfel în art. 111 alin. 2 din Constituție principiul duratei rezonabile a procedurii.

Ulterior, prin Legea din 24 martie 2001 (așa-numita „Lege Pinto”) s-a consacrat un mecanism de asigurare a reparării echitabile în cazuri de violare a duratei rezonabile

a procesului. Potrivit art. 2 al legii, orice persoană care a suferit un prejudiciu patrimonial sau nepatrimonial datorită depășirii duratei rezonabile a procedurii are dreptul la o reparație echitabilă. Aprecierea încălcării dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil se face potrivit criteriilor degajate de jurisprudența europeană. Reparația este în principiu pecuniară, dar legea prevede faptul că prejudiciul nepatrimonial poate fi reparat și prin „forme adecvate de publicitate a hotărârii prin care s-a constatat violarea”.

Cererea persoanei interesate trebuie adresată Curții de Apel districtuală în circumscripția căreia se află instanța culpabilă, în cursul procedurii sau, sub sancțiunea decăderii, într-un termen de șase luni de la data rămânerii definitive a hotărârii din respectiva cauză. Curtea trebuie să se pronunțe în termen de patru luni, hotărârea sa putând fi atacată cu recurs la Curtea de Casație.

Legea a prevăzut inclusiv dispoziții tranzitorii menite să decongestioneze rolul Curții Europene de unele afaceri italiene în care reclamantii invocau încălcarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil (art. 6)¹⁰⁴.

41. Inițial, în cauza *Brusco c. Italia*¹⁰⁵, Curtea a considerat că remediul astfel instituit este unul efectiv. Evoluția ulterioară a evenimentelor a fost însă de natură să modifice poziția Curții, în special datorită faptului că instanțele italiene acordau despăgubiri extrem de reduse (mergând până la 8% din ceea ce ar fi acordat Curtea) și că plata efectivă a despăgubirilor dura uneori mai mult de 6 luni. Pentru aceste motive, printr-un set de 9 hotărâri inaugurat de hotărârea-pilot pronunțată în cauza *Scordino c. Italia*¹⁰⁶, Curtea a apreciat că remediul instituit de Legea Pinto nu era unul efectiv. A fost nevoie de o modificare a jurisprudenței Curții de Casație italiene (ianuarie 2004) pentru ca instanța europeană să constate că reglementarea națională îndeplinea condiția efectivității, cu începere de la 26 iulie 2004¹⁰⁷.

Cât privește sistemul italian, merită remarcat că exasperarea provocată de „problema italiană” a duratei proceselor (aproximativ 1.000 de condamnări pentru acest motiv cu începere din 1999) a determinat instanța europeană să acorde „asistență”, stabilind liniile directe care trebuie urmate pentru acordarea despăgubirilor non-pecuniare (cauza *Cocchiarella c. Italia*¹⁰⁸).

42. Cu ocazia analizei afacerii *Simaldone c. Italia*¹⁰⁹, Curtea a fost chemată să se pronunțe asupra efectivității „remediului Pinto”, în condițiile în care reclamantul pretindea că despăgubirea ce i-a fost acordată în temeiul legislației italiene i-a fost plătită cu o întârziere semnificativă. Judecătorii europeni au remarcat soluționarea în perioada 2005 - 2007 a unui număr de aproximativ 16.000 de cereri de despăgubiri la nivel național, dar și o creștere semnificativă a numărului cauzelor de pe rolul Curții în care reclamantii se plângeau de plata cu întârziere a despăgubirilor. Cu toate că nu a

putut decela existența unei deficiențe structurale a remediuului italian¹¹⁰, Curtea a considerat totuși necesar să atragă atenția Guvernului asupra necesității plății despăgubirilor stabilite, pentru a preveni un nou val de plângeri adresate instanței de la Strasbourg (a se vedea par. 80-85 din hotărârea Curții).

Ulterior, prin hotărârea pronunțată în cauza *Belperio și Ciarmoli c. Italia*¹¹¹, Curtea a reținut faptul că o durată a "procedurii Pinto" este rezonabilă în măsura în care nu depășește un an și 6 luni pentru un grad de jurisdicție (inclusiv faza executării hotărârii) sau doi ani și 6 luni pentru două grade de jurisdicție (inclusiv cu privire la faza executării)¹¹². În caz contrar, statul-parte la Convenție se face vinovat de încălcarea art. 6 par. 1 din Convenție, în ceea ce privește durata procedurii de despăgubire fondate pe Legea Pinto.

17. Liechtenstein

43. În cauza *Van Hoffen c. Liechtenstein*¹¹³, Curtea a reținut că nu există un remediu efectiv atunci când art. 239 par. (1) din Codul de procedură penală conferea părții posibilitatea de a sesiza Curtea de Apel pentru constatarea încălcării dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil. Din moment ce norma internă nu conferea Curții de Apel nicio posibilitate de a dispune măsuri obligatorii sau de a fixa termene-limită pentru îndeplinirea unor acte de procedură, remediuul nu era unul care să poată fi utilizat eficient (par. 40).

18. Luxemburg

44. Într-o primă fază a analizei sale (condamnările din perioada 2002 - 2006), Curtea a reținut că Marele Ducat nu dispunea de remedii efective pentru a preveni sau combate depășirea duratei rezonabile a procedurii. Pretinsele remedii aduse în atenția Curții (angajarea răspunderii civile delictuale a statului; reducerea pedepsei în cauzele penale; posibilitatea de a apela la „judecătorul-investigator”, care analizează modul de desfășurare a procedurii) au fost considerate insuficiente, atât în materie civilă (cauza *Rezette c. Luxemburg*¹¹⁴), cât și în materie penală (cauza *Casse c. Luxemburg*¹¹⁵).

Cu toate acestea, mai recent, în afacerea *Leandro da Silva c. Luxemburg*¹¹⁶, Curtea a observat faptul că evoluțiile jurisprudențiale ulterioare conduceau la o altă concluzie. Astfel, reclamanții aveau la dispoziție o acțiune în responsabilitatea Statului pentru funcționarea defectuoasă a serviciilor judiciare. Printr-o decizie a Curții de Apel din Luxemburg pronunțată la 21 noiembrie 2007 a fost confirmată o hotărâre a instanței inferioare de acordare a unor despăgubiri în cuantum de 15.000 euro pentru durata excesivă a procedurii. Judecătorii de la Strasbourg au reținut faptul că în mediile juridice hotărârea a fost publicată într-o revistă belgiană cu circulație în Luxemburg (*Journal des Tribunaux*) la 19 aprilie 2008 și că a dobândit un grad suficient de certitudine

juridică, fără a mai putea fi ignorată de marele public, de la data de 1 august 2008. Prin urmare, după această dată orice reclamant era obligat să uzeze de acest remediu efectiv înainte de a se adresa cu o plângere Curții¹¹⁷.

19. Malta

45. În acest stat, partea care se pretinde o încălcare a dreptului constituțional la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil poate adresa o plângere instanței sau Curții Constituționale. Aceste instanțe sunt în măsură să pronunțe recunoașterea încălcării dreptului la judecarea într-un termen rezonabil și să acorde despăgubiri pentru încălcarea dreptului, cuantumul acestora nefiind limitat.

Eficiența remediei a fost confirmată de Curte în cauza *Debono c. Malta*¹¹⁸ și mai recent prin hotărârea *Gera de Petri Testaferrata Bonici Ghaxaq c. Malta*¹¹⁹.

20. Muntenegru

46. În cadrul afacerii *Zivaljević c. Muntenegru*¹²⁰, Curtea a analizat remediile oferite de dreptul muntenegrean pentru a asigura judecarea cauzelor într-un termen rezonabil sau pentru repararea prejudiciului cauzat victimelor unei încălcări a art. 6 par. 1 din Convenție.

Trebuie observat că reglementarea națională o reprezintă Legea privind dreptul la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil (*Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku*), intrată în vigoare la 21 decembrie 2007. În esență, această reglementare prevede faptul că în anumite circumstanțe este posibilă accelerarea procedurilor lente prin intermediul unor cereri de inspecție sau de verificare (*kontrolni zahtjev*). De asemenea, ar putea fi acordate despăgubiri pe baza unei acțiuni judiciare (*tuzba za pravično zadovoljenje*). Această reglementare se aplică retroactiv tuturor procedurilor desfășurate după data de 3 martie 2004, urmând a fi însă luată în considerare și perioada scursă anterior. Cu toate acestea, Legea din 2007 nu a prevăzut nicio soluție pentru cauzele aflate deja pe rolul Curții.

În analiza sa, Curtea a remarcat că deși autoritățile naționale fixau în practică termene-limită pentru îndeplinirea unor acte procedurale, Guvernul nu a oferit informații despre faptul că asemenea dispoziții conduceau în concret la accelerarea sau finalizarea procedurii (par. 63). Prin urmare, Curtea a apreciat că nu existau suficiente probe privind eficiența remediei.

De asemenea, Curtea a apreciat că nici posibilitatea formulării unui recurs constituțional sau a unei acțiuni în despăgubiri nu constituiau remedii efective, din moment ce ele puteau fi teoretic utilizate doar în cazul procedurilor finalizate (par. 67 - 68)¹²¹.

21. Polonia

47. În prezent în Polonia este în vigoare legea din 17 iunie 2004, care a perfecționat o reglementare anterioară adoptată după pronunțarea hotărârii în cauza *Kudla c. Polonia*.

În esență, pentru a contesta durata nerezonabilă a unei proceduri, partea interesată se poate adresa instanței superioare sau unei alte camere decât cea care judecă cauza, în fața instanței supreme. Formularea cererii implică plata unei taxe de timbru de aproximativ 100 de zloți, iar în materie civilă partea trebuie să fie reprezentată de un avocat.

Instanța sesizată trebuie să se pronunțe în general într-un termen de două luni, apreciind durata procedurii în funcție de criteriile jurisprudenței europene. În cazul în care constată că s-a depășit termenul rezonabil, instanța dispune de două prerogative:

- pe de-o parte, este în măsură să ordone instanței investite cu soluționarea cauzei în fond să ia măsurile necesare pentru accelerarea procedurii;
- pe de altă parte, poate acorda în principiu o reparație echitabilă de 10.000 zloți¹²².

Sfera de aplicare a reglementării poloneze este largă, fiind vizate litigiile civile, penale și administrative, inclusiv în faza de executare a hotărârilor judecătorești.

Într-o primă fază, Curtea a apreciat că reglementarea din Polonia corespundea unui remediu efectiv, atât în ceea ce privește vechea reglementare¹²³, cât și în privința Legii din 17 iunie 2004¹²⁴.

48. Remediu polonez nu s-a dovedit însă efectiv în anumite situații. Astfel, Curtea a observat că în unele situații litigiile naționale fuseseră finalizate cu mai mult de 3 ani înainte de data intrării în vigoare la reglementării din anul 2004 (17 septembrie 2004), astfel încât un eventual drept la despăgubire ale persoanelor interesate era prescris¹²⁵.

În afacerea *Krawczak c. Polonia*¹²⁶, Curtea a reținut că instanța națională a examinat situația reclamantului doar ulterior datei de 17 septembrie 2004, fără a lua în considerare și durata urmăririi penale. Prin urmare, din moment ce remediu nu privea toate stadiile procedurii, Curtea a considerat că în speță acesta nu era efectiv (par. 38-39).

22. Portugalia

49. În Portugalia, existența unui remediu compensatoriu pentru durata excesivă a procedurii își are sorginea în hotărârea Curții Supreme Administrative din 15 octombrie 1998, pronunțată în afacerea *Pires Nino*. Exasperată probabil de suita de condamnări la Curtea Europeană, instanța portugheză a decis să se racordeze la principiile și criteriile utilizate de instanța europeană. În realitate, această hotărâre și

suita de hotărâri prin care s-au acordat despăgubiri pentru depășirea termenului rezonabil al procedurii în perioada următoare erau fondate pe o lege portugheză referitoare la angajarea răspunderii extra-contractuale a statului (Legea nr. 48051/1967). Deși această lege era în vigoare de mai mult de 20 de ani, până în anul 1998 Guvernul portughez nu a reușit să remită Curții vreo dovadă că ea a fost efectiv aplicată.

După pronunțarea hotărârii în cauza *Pires Nino* și după cristalizarea jurisprudenței interne, Curtea Europeană a recunoscut existența unui remediu compensatoriu eficace¹²⁷.

În materie penală, trebuie observat că în procedura penală portugheză există termene maxime pentru fiecare fază a procedurii. Dacă aceste termene nu sunt respectate, persoana interesată poate formula o cerere de accelerare a procedurii, în considerarea căreia procurorul sau instanța pot fi obligați să îndeplinească un act procedural determinat, în interiorul unui termen fixat (art. 108-109 din Codul de procedură penală portughez). Dat fiind caracterul imperativ al dispozițiilor date procurorului sau instanței legal investite, Curtea Europeană a apreciat că există un remediu eficace (de pildă, hotărârea pronunțată în cauza *Tomé Mota c. Portugalia*¹²⁸).

50. Cu ocazia analizării afacerii *Martins Castro și Alves Correia de Castro c. Portugalia*¹²⁹, Curtea a revenit asupra jurisprudenței *Paulino Tomás*. Mai precis, în cauză reclamanții au solicitat Curții să observe că în afacerea *Paulino Tomás* instanța europeană a subsumat concluzia că acțiunea în răspundere extracontractuală constituie un remediu eficace unor condiții cumulative: (i) acțiunile de acest tip să fie soluționate ele însele într-un "termen rezonabil"; (ii) nivelul despăgubirilor acordate să respective principiile ce se desprind din jurisprudența Curții. Or, în condițiile în care soluționarea unei astfel de acțiuni dura și patru ani, iar nivelul despăgubirilor era scăzut, acest remediu nu mai era unul eficient, au pretins reclamanții.

Curtea a reținut faptul că în această cauză și în afaceri similare există două categorii de probleme: pe de-o parte, soluționarea acțiunilor durează prea mult; pe de altă parte, unele dintre instanțele portugheze apreciază prejudiciile cauzate de depășirea termenului rezonabil nu merită o despăgubire. În aceste condiții, deși a remarcat o modificare de jurisprudență la nivelul Curții Supreme Administrative - decizia din 28 noiembrie 2007, prin care sunt receptate principiile jurisprudenței europene¹³⁰ - Curtea a constatat că nu există un grad suficient de certitudine juridică pentru ca remediuul propus să fie unul efectiv (par. 51 - 57 din hotărârea Curții)¹³¹.

23. Republica Moldova

51. Prin hotărârea-pilot pronunțată în afacerea *Olaru și alții c. Republica Moldova*¹³², Curtea a atenționat statul moldovean asupra necesității adoptării unor măsuri legislative pentru asigurarea executării hotărârilor judecătorești irevocabile într-un termen rezonabil.

În acest context, a fost elaborată Legea nr. 87 din 1 iulie 2011, prin intermediul căreia a fost abordată și problema unui "remediu efectiv" pentru durata excesivă a procedurii. Astfel, orice persoană care apreciază că este victima unei încălcări a dreptului la judecarea cauzei într-un termen rezonabil sau că hotărârea judecătorească obținută nu a fost pusă în executare într-un interval rezonabil se poate adresa instanței pentru recunoașterea încălcării și obținerea unei compensații. Conform secțiunii 4 din lege, instanțele sunt obligate să soluționeze cererea în termen de maxim 3 luni, iar în cazul încălcării dreptului la judecarea cauzei într-un termen rezonabil acestea pot dispune repararea prejudiciului material, a prejudiciului moral și obligarea la suportarea cheltuielilor de procedură. Hotărârea primei instanțe este supusă doar căii de atac a recursului. De asemenea, conform secțiunii 7 din lege, persoanele care s-au adresat deja cu o plângere Curții sub aspectul încălcării dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil aveau la dispoziție acest remediu intern timp de 6 luni de la data intrării în vigoare a legii (în măsura în care Curtea nu se pronunțase deja asupra admisibilității sau fondului unei asemenea plângeri).

Prin decizia pronunțată recent în afacerea *Vasile Balan c. Republica Moldova*¹³³, Curtea a considerat că particularii erau obligați să apeleze la remediu intern, apreciind de principiu că acesta era unul efectiv. Curtea a precizat totuși că această calificare este supusă unei viitoare revizuirii, revenind autorităților naționale sarcina de a proba dezvoltarea unei jurisprudențe consistente pe baza Legii nr. 87/2011 (par. 27-28 din decizia Curții).

24. Rusia

52. Cu ocazia afacerii *Kormacheva c. Rusia*¹³⁴, Curtea a constatat că posibilitatea de a sesiza instanța superioară sau alte autorități nu poate fi considerată un remediu efectiv, din moment ce nu poate avea ca finalitate nici urgentarea soluționării cauzei și nici nu permite acordarea unor despăgubiri pentru întârzierile deja produse. De asemenea, Curtea a apreciat că nici existența unei acțiuni disciplinare îndreptate împotriva judecătorului vinovat nu are vreun rezultat direct sau imediat asupra duratei procedurii. Această hotărâre a fost confirmată în jurisprudența ulterioară a Curții referitoare la Federația Rusă, până în anul 2010¹³⁵. De pildă, în afacerea *Borzhonov c. Rusia*, Curtea a reținut faptul că statul-parte la Convenție nu a reușit să ofere nicio dovadă în sensul că remediile prevăzute de art. 133 - 134 din Codul de procedură penală - un așa-numit "drept la reabilitare" al acuzatului care a fost achitat sau în privința căruia s-a renunțat la acuzațiile de natură penală, recunoscut printr-o notificare a organelor de cercetare, care trebuiau să informeze persoana în cauză asupra procedurii de obținere a unei despăgubiri - erau efective, din moment ce nicio instanță națională nu acordase despăgubiri în baza acestor texte legale (par. 36).

53. Trebuie observat faptul că problema executării hotărârilor judecătorești într-un termen rezonabil în Federația Rusă a fost abordată de Curte prin hotărârea-pilot pronunțată în cauza *Burdov (nr. 2) c. Rusia*¹³⁶. Aceasta a concluzionat asupra inexistenței vreunui remediu, preventiv sau compensatoriu, care să permită o reparație adecvată și suficientă în eventualitatea unei violări a Convenției, ca urmare a neexecutării prelungite a unor hotărâri judecătorești îndreptate împotriva statului și a organelor sale (par. 117). Prin urmare, statul-parte la Convenție a fost invitat să ia măsurile necesare pentru a pune în practică un remediu sau o combinație de remedii, pe baza principiilor generale fixate de Curte și să ia măsuri pentru despăgubirea reclamantilor care s-au adresat deja Curții. De asemenea, Curtea a decis să suspende timp de un an, cu începere de la 15 ianuarie 2009, judecarea plângerilor având ca obiect constatarea violării Convenției, ca urmare a neexecutării într-un termen rezonabil a unei hotărâri judecătorești ce privea plata de către autoritățile naționale a unor sume de bani¹³⁷.

54. La 30 aprilie 2010, Parlamentul rus a adoptat o lege federală, Legea no. 68-Φ3 privind despăgubirea pentru încălcarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil și a dreptul la executarea hotărârilor judecătorești într-un termen rezonabil, intrată în vigoare la 4 mai 2010. Noul act normativ prevede în esență următoarele:

- Dreptul la compensație este recunoscut persoanelor cărora le-a fost încălcat dreptul la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil sau dreptul la executarea într-un termen rezonabil a unei hotărâri judecătorești ce prevede plata unor sume de bani din bugetul Statului (Secțiunea 1, par. 1).

- Despăgubirea bănească este determinată de către instanțe, având în vedere cererea reclamantului, circumstanțele cauzei, durata perioadei în care s-a produs încălcarea dreptului, importanța consecințelor pentru reclamant, principiile proporționalității și echității, respectiv practica Curții Europene a Drepturilor Omului (Secțiunea 2, par. 2).

- Din punct de vedere procedural, raportat la acele cauze în care se invocă încălcarea dreptului la executarea hotărârilor într-un termen rezonabil, cererea pentru acordarea compensațiilor poate fi introdusă anterior finalizării procedurii de executare (dar nu mai devreme de 6 luni după expirarea termenului legal pentru executarea hotărârii) sau în cel mult 6 luni de la punerea în executare a hotărârii. În toate cazurile, instanțele pronunță hotărâri executorii de acordare a compensațiilor, care pot fi atacate doar cu recurs. Compensațiile acordate sunt incluse în bugetul federal sau bugetele unităților administrativ-teritoriale, în vederea plății acestora (Secțiunile 3 - 5).

- Toate persoanele care s-au adresat cu plângeri Curții Europene a Drepturilor Omului pot solicita compensații în conformitate cu noua legislație națională, în termen de 6 luni de la intrarea acesteia în vigoare, în măsura în care Curtea nu s-a pronunțat asupra admisibilității plângerii (Secțiunea 6 par. 2).

Prin urmare, prin decizia asupra admisibilității pronunțată în cauza *Nagovitsyn și Nalgiyev c. Rusia*¹³⁸, Curtea a reținut că remediul oferit de legislația rusă era unul efectiv și că reclamantii trebuiau să epuizeze mai întâi acest remediu intern înainte de a se adresa cu o plângere instanței de la Strasbourg. Vom reține astfel că la acest moment Rusia beneficiază în principiu de un remediu efectiv în sensul art. 13 din Convenție.

25. Serbia

55. Într-o primă fază a analizei sale, Curtea a reținut că statul sârb nu dispunea de un remediu efectiv în sensul art. 13 din Convenție, care să poată fi utilizat de părți pentru a se plânde de durata nerezonabilă a procedurii. Prin urmare, în afaceri precum *Ilić c. Serbia*¹³⁹ sau *Cvetković c. Serbia*¹⁴⁰ s-a reținut încălcarea art. 13 din Convenție.

Mai recent, cu ocazia pronunțării hotărârii în cauza *Vinčić și alții c. Serbia*¹⁴¹, Curtea a analizat remediul propus de statul-parte la Convenție, reglementat în principiu de Legea Curții Constituționale după cum urmează:

- În principiu, în temeiul art. 170 din Constituția Serbiei și art. 83 par. (1) din Legea Curții Constituționale, un recurs constituțional poate fi promovat de orice persoană care apreciază că drepturile sau libertățile garantate de Constituție i-au fost încălcate sau negate printr-o decizie individuală sau printr-o acțiune a unui organ de stat sau a unei organizații căreia i-a fost delegată exercitarea autorității publice. Termenul pentru exercitarea recursului este de 30 de zile de la data primirii deciziei individuale sau de la data comiterii faptelor.

- Potrivit art. 89 par. (2) și (3) din Legea Curții Constituționale, atunci când reține că o decizie individuală sau o acțiune a încălcat sau negat drepturile sau libertățile garantate de Constituție, Curtea Constituțională va anula decizia în discuție sau va interzice continuarea acțiunii și va ordona implementarea altor măsuri specifice, precum și înlăturarea tuturor consecințelor adverse într-un anumit interval de timp. Decizia de admitere a Curții Constituționale constituie baza legală pentru o cerere de compensații sau de înlăturare a consecințelor adverse.

- Conform art. 90 din același act normativ, Ministerul Justiției constituie o Comisie pentru Compensații, cu atribuții în stabilirea despăgubirilor ca urmare a unor decizii de admitere pronunțate de Curtea Constituțională. În cazul în care această Comisie nu pronunță o decizie în termen de 30 de zile de la data sesizării sau dacă pretențiile solicitantului nu sunt satisfăcute în totalitate, acesta se poate adresa instanțelor civile pentru a obține repararea în tot sau în parte a prejudiciului.

Curtea a reținut că acest remediu a devenit efectiv de la 7 august 2008, data publicării în Monitorul Oficial a primei decizii de admitere a Curții Constituționale. S-a mai notat în context că până la 26 mai 2009 Comisia pentru Compensații a soluționat favorabil cel puțin patru cazuri.

Raportat la aceste elemente, Curtea a reținut că remediul propus era unul efectiv, datorită atribuțiilor și jurisprudenței Curții Constituționale, respectiv datorită competenței Comisiei pentru Compensații. Prin urmare, după data de 7 august 2008 era obligatorie valorificarea acestui mecanism intern anterior sesizării Curții Europene (par. 51).

26. Slovacia

56. Legiuitorul slovac a apreciat că o cale de atac la nivel constituțional¹⁴² este potrivită și poate constitui un remediu efectiv pentru depășirea termenului rezonabil. Ca urmare a revizuirii constituționale ce a intrat în vigoare la 1 ianuarie 2002, Curtea Constituțională a dobândit dreptul de a dispune încetarea încălcării dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil. De asemenea, instanța constituțională avea și dreptul de a acorda o reparație financiară pentru prejudiciul moral, reparație care trebuie plătită într-un interval de două luni¹⁴³.

57. Prin decizia asupra admisibilității pronunțată în cauza *Andrasik și alții c. Slovacia*¹⁴⁴, Curtea a apreciat că această combinație între un remediu preventiv și un remediu compensatoriu constituie de principiu un „remediu efectiv” în sensul art. 13 din Convenție¹⁴⁵, în condițiile în care inclusiv jurisprudența Curții Constituționale era favorabilă admiterii acțiunilor introduse după data de 1 ianuarie 2002. Poziția de principiu a Curții a fost reiterată ulterior¹⁴⁶, aceasta reținând și faptul că un quantum redus al despăgubirilor acordat de instanța constituțională nu repune în discuție concluzia anterioară¹⁴⁷.

58. Totuși, mecanismul constituțional propus de statul-parte la Convenție a ridicat mai recent probleme în jurisprudența Curții. Astfel, în afacerea *Biro c. Slovacia (nr. 2)*¹⁴⁸, reclamantul avea calitatea de parte civilă într-un proces penal. El a utilizat remediul constituțional, însă Curtea Constituțională i-a respins cererea de despăgubiri ca inadmisibilă, apreciind că dreptul la despăgubiri nu există în cazul părților civile într-un proces penal (par. 23). Comportamentul instanței constituționale slovace n-a fost însă apreciat de Curte, care a reținut că într-o asemenea ipoteză de lucru nu există un "remediu efectiv" în sensul art. 13 din Convenție (par. 57).

Curtea s-a pronunțat în același sens în afacerea *Dobál c. Slovacia*¹⁴⁹, reținând faptul că potrivit jurisprudenței instanței constituționale nu existau întârzieri nejustificate și nu se acordau despăgubiri în acele cauze în care procedura era legal suspendată (ca urmare a incidenței unei proceduri de insolvență)¹⁵⁰, dar și în afacerea *Preložnik c. Slovacia*¹⁵¹.

59. În unele cauze, Curtea a pus în discuție și abordarea instanței constituționale slovace asupra duratei procedurii. Astfel, în timp ce instanța europeană analizează durata globală a procedurii, instanța constituțională slovacă procedează la o analiză separată pentru fiecare perioadă în discuție, în ideea de a determina responsabilitatea fiecărei instituții în parte. De principiu, această abordare a fost acceptată de Curte, cu precizarea că remediul este efectiv doar în măsura în care analiza verifică întreaga durată a procedurii¹⁵².

În alte cauze, s-a discutat o practică a Curții Constituționale de a nu analiza decât plângerile fondate pe art. 127 din Constituție referitoare la proceduri *pendinte*. Curtea a reținut în afacerea *Mazurek c. Slovacia*¹⁵³ că pot fi respinse drept inadmisibile plângerile formulate după finalizarea procedurii. În afacerea *Bubláková c. Slovacia*¹⁵⁴, Curtea a reținut însă că o plângere formulată între momentul pronunțării hotărârii și momentul comunicării hotărârii părților trebuia analizată de către instanța constituțională, un comportament contrar fiind în măsură să repună în discuție efectivitatea remediului (par. 18 - 19)¹⁵⁵.

Mai recent, pornind de la hotărârea pronunțată în cauza *A.R., Spol. S R.O. c. Slovacia*¹⁵⁶, Curtea a reținut cu valoare de principiu că refuzul Curții Constituționale de a lua în calcul anumite perioade de timp incluse în durata generală a procedurii privează părțile de un "remediu efectiv" și conduc la încălcarea art. 13 din Convenție (par. 59). Această concluzie a fost formulată în contextul în care jurisdicția constituțională slovacă pretindea formularea unei plângeri distincte pentru fiecare instanță în parte și doar în perioada în care litigiul era supus analizei acelei instanțe¹⁵⁷.

27. Slovenia

60. Ansamblul legislației slovene în materie, care oferea posibilitatea unei acțiuni administrative, a unei acțiuni în despăgubiri promovate în fața instanțelor civile, a unei cereri de supervizare sau a unui recurs constituțional, a fost analizat de Curte în anul 2005, în cauza *Lukenda c. Slovenia*¹⁵⁸.

Curtea a reținut, cât privește posibilitatea unei acțiuni administrative, că Guvernul sloven nu a reușit să demonstreze în mod clar că o decizie a instanței administrative ar putea grăbi soluționarea cauzelor sau că aceasta ar putea repara daunele provocate de întârzierile anterioare, în special datorită imposibilității de a lua măsuri specifice¹⁵⁹. Referitor la posibilitatea unei acțiuni civile, Curtea a apreciat că nu există o jurisprudență cristalizată și că nu s-a făcut dovada posibilității reparării prejudiciului moral pe această cale. Cererea de supervizare reprezenta o măsură de administrare a justiției care teoretic se putea dovedi eficientă, dar a cărei eficiență nu a fost dovedită în practică. În fine, referitor la recursul constituțional, Curtea a observat că acesta putea fi exercitat numai după epuizarea celorlalte presupuse remedii interne și că acesta însuși era de natură să contribuie la creșterea duratei procedurii.

Pe cale de consecință, s-a apreciat că ansamblul remediilor nu putea fi considerat ca „efectiv” în sensul art. 13 din Convenție¹⁶⁰.

61. Ca urmare a hotărârii în cauza *Lukenda* - ce a generat o serie de condamnări în cauze similare aflate pe rolul Curții - legiuitorul sloven a adoptat în anul 2006 un act normativ ce a intrat în vigoare la 1 ianuarie 2007, în contextul unei mai largi reforme a sistemului judiciar.

Conform secțiunii nr. 3 din noua lege, au fost instituite două remedii preventive pentru accelerarea procedurilor *pendinte*, respectiv o cerere de supervizare (*nadzorstvena pritozba*) și o cerere pentru fixarea unui termen-limită (*rokovni predlog*). De asemenea, s-a prevăzut posibilitatea formulării unui acțiuni pentru obținerea unei juste satisfacții în cazul prejudiciilor cauzate de durata excesivă a procedurii (*zahteva za pravično zadoščenje*).

În esență, cererea de supervizare se adresează președintelui instanței, care solicită judecătorul cauzei sau președintelui completului un raport asupra circumstanțelor afacerii și asupra duratei estimate pentru finalizarea procedurii. Adițional, președintele instanței poate solicita să i se pună la dispoziție dosarul cauzei. Cererea de supervizare poate fi soluționată astfel:

- în măsura în care din raport rezultă faptul că soluționarea cauzei se va face în termen de maxim 4 luni sau că nu există întârzieri deosebite, cererea va fi respinsă, cu informarea părții;

- în măsura în care cercetările conduc spre concluzia că procedura trenează, președintele instanței poate adopta următoarele măsuri: fixarea unui termen-limită cuprins între 15 zile și 6 luni pentru soluționarea cauzei; emiterea unei dispoziții pentru soluționarea cauzei în regim de urgență, în funcție de circumstanțele cauzei; în cazul unui judecător cu foarte multe dosare de soluționat, președintele poate dispune fie alocarea dosarului unui alt judecător, fie numirea unui judecător care să-l asiste pe cel însărcinat cu soluționarea cauzei.

Cererea pentru fixarea unui termen-limită funcționează drept o cale de atac, în cazul în care cererea de supervizare nu a fost soluționată în termen de două luni de la înregistrarea ei sau a fost respinsă, și este de competența președintelui instanței superioare. Acesta trebuie să soluționeze cererea în termen de maxim 15 zile și dispune de același drept de a fixa un termen-limită cuprins între 15 zile și 4 luni pentru soluționarea cauzei ori chiar judecarea acesteia cu prioritate.

În categoria remediilor compensatorii, legiuitorul sloven a avut în vedere: compensația pecuniară; obținerea unei declarații scrise din partea biroului Procurorului General prin care să se recunoască încălcarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil; publicarea unei hotărâri judecătorești prin care se constată încălcarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil (secțiunea 15 din Legea din

2006). Practic, părțile pot solicita aplicarea remediilor compensatorii doar în cazul admiterii cererii de supervizare sau a cererii pentru fixarea unui termen-limită, cu respectarea următoarelor exigențe procedurale:

- Valoarea compensațiilor este cuprinsă între 300 și 5.000 euro.
- Cererea pentru obținerea unei compensații se adresează Parchetului General, în termen de maxim 9 luni de la finalizarea procedurii, durata de soluționare fiind de maxim 3 luni. În cazul în care părțile ajung la un acord asupra modalității de compensare a prejudiciului în acest interval, se încheie un acord de tranzacție extrajudiciar.
- În lipsa acordului părților și numai după expirarea termenului de 3 luni, partea interesată se poate adresa instanței de judecată pentru stabilirea compensației, într-un termen de decădere de 18 luni.
- Pentru litigiile *pendinte* în fața Curții Europene, legiuitorul sloven a prevăzut obligația Parchetului General de a propune părții acordarea unei compensații în termen de maxim 4 luni de la data la care acestuia i-a fost comunicată plângerea, cu obligația părții de a se pronunța într-un termen de maxim două luni asupra propunerii de soluționare pe cale amiabilă. Decizia finală aparține Parchetului General, în termen de maxim 4 luni. În cazul respingerii solicitării părții sau a expirării termenului de 4 luni, aceasta are la dispoziție 6 luni pentru a se adresa instanței de judecată cu o solicitare de acordare a unor compensații (secțiunea 25 din Legea din 2006).

62. Noile remedii intrate în vigoare în Slovenia au fost analizate de Curte în afacerea *Grzinčič c. Slovenia*¹⁶¹. Cu titlu preliminar, judecătorii europeni au observat că remediile slovene nu erau aplicabile procedurilor excesiv de lungi finalizate înainte de intrarea în vigoare a noii legi (în cauză, la 11 noiembrie 2004) și nici în acele situații în care plângerea fusese comunicată Guvernului sloven cu mai mult de 4 luni înainte de intrarea în vigoare a noii legii (în speță, la 9 iunie 2006). Prin urmare, în cauza *Grzinčič* s-a constatat violarea art. 13 din Convenție, în raport de litigiul civil dedus spre soluționare (par. 75-76)¹⁶².

În considerarea procedurii penale ce i-a fost dedusă spre analiză, încă *pendinte* în fața instanțelor slovene la data pronunțării hotărârii, Curtea a admis însă excepția inadmisibilității. Astfel, instanța europeană a reținut faptul că remediile propuse de Slovenia puteau fi considerate "efective" (par. 98), respectând exigența unei combinații între remediile de factură preventivă și compensatorie. Prin urmare, tocmai pentru a decongestiona rolul Curții (unde își așteptau soluționarea aproximativ 1.700 plângeri), reclamantii au fost sfătuiți să utilizeze remediile conferite după 1 ianuarie 2007 de dreptul intern¹⁶³.

63. Efectivitatea remediei în discuție a fost analizată de Curte în cauza *Ribič v. Slovenia*¹⁶⁴, în condițiile în care după comunicarea plângerii Parchetului General acesta nu a formulat nicio propunere de acordare a unor compensații, apreciind că nu

există o încălcare a dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil. Curtea a apreciat că într-o asemenea situație, în care nu era deschisă nici calea acțiunii judiciare în despăgubiri, remediul sloven nu este efectiv (par. 40 - 41).

De principiu însă, în urma punerii în aplicare a remediilor instituite de la 1 ianuarie 2007, sistemul judiciar sloven funcționează și a reușit eliminarea de pe rolul Curții a unui număr considerabil de plângeri.

28. Spania

64. Legiuitorul spaniol a prevăzut două modalități de a preveni sau eventual sancționa depășirea duratei rezonabile a procedurii. În principal, în cursul procesului, părțile din proces pot solicita instanței investite cu judecarea cauzei să accelereze procedura, iar dacă aceasta nu se conformează, se pot adresa direct Tribunalului constituțional prin intermediul așa-numitului recurs *d'amparo*. În cazul în care constată încălcarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil, Tribunalul constituțional poate adopta măsuri de aplicare imediată prin care să pună capăt încălcării, măsuri obligatorii pentru instanța culpabilă¹⁶⁵.

Pentru ipoteza în care procedura s-a încheiat, părțile au la dispoziție o acțiune în repararea prejudiciului cauzat (care poate fi declanșată chiar dacă anterior a fost folosită calea recursului *d'amparo*). Cererea de despăgubire se adresează ministrului Justiției, iar decizia acestuia poate fi atacată pe calea contenciosului administrativ de partea nemulțumită.

Aceste remedii au fost considerate de Curte ca fiind conforme cu standardele impuse de Convenție în cauza *Gonzalez Marin c. Spania*¹⁶⁶ și chiar oferite drept exemplu de reglementare în cuprinsul hotărârii pronunțate în cauza *Kudla c. Polonia*¹⁶⁷.

Prin urmare, statul spaniol nu are probleme sub aspectul efectivității recursului¹⁶⁸, iar reclamantii sunt obligați să utilizeze remediile interne¹⁶⁹.

29. Turcia

65. Curtea a constatat în mod repetat că statul turc nu a pus în practică niciun remediu care să poată fi folosit de partea interesată, în situația în care aceasta se pretinde victimă a încălcării dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil. Reținerea încălcării art. 13 din Convenție se impunea astfel cu forța evidenței¹⁷⁰.

În afacerea *Tunçe și alții c. Turcia*¹⁷¹, Curtea a analizat un remediu propus de statul turc, anume posibilitatea deschisă de art. 142 din Noul Cod de procedură penală pentru ca părțile interesate să solicite despăgubiri pentru durata excesivă a procedurii. Din moment ce remediul era însă disponibil doar după finalizarea procedurii - fiind astfel inaccesibil pentru procedurile în curs - Curtea a apreciat că acest remediu nu era unul efectiv (par. 35 - 37).

66. Jurisprudența recentă a confirmat faptul că Turcia nu a reglementat încă un veritabil remediu efectiv în sensul art. 13 din Convenție¹⁷². În această ambianță, în afacerea *Ümmühan Kaplan c. Turcia*¹⁷³, Curtea a reținut existența unei practici incompatibile cu Convenția și a solicitat Turciei să instituie în termen de un an un remediu intern efectiv care să ofere o reparație adecvată și suficientă în cazul depășirii duratei rezonabile a procedurii.

Luând în calcul faptul că la 23 septembrie 2012 va intra în vigoare un remediu de natură constituțională, Curtea a decis să procedeze astfel: plângerile deja comunicate Guvernului turc vor fi analizate în continuare; în schimb, examenul plângerilor care nu au fost comunicate și a celor care vor fi introduse până la 23 septembrie 2012 a fost amânat, pentru a permite statului turc să ia măsurile corespunzătoare (par. 77).

30. Ucraina

67. Curtea a apreciat, în cauza *Merit c. Ucraina*¹⁷⁴, că remediile oferite de sistemul juridic ucrainian nu reprezintă remedii efective și accesibile care ar putea fi folosite pentru înlăturarea consecințelor nefaste ale duratei excesive a procedurii penale. Astfel, Curtea a constatat că adresarea unei plângeri procurorului ierarhic superior nu constituie un remediu, datorită lipsei independenței și imparțialității procurorului ucrainean. S-a remarcat de asemenea că din 29 iunie 2001, art. 234 din Codul de procedură penală ucrainean oferea posibilitatea formulării unor plângeri împotriva rezoluțiilor procurorului la instanță, inclusiv sub aspectul depășirii termenului rezonabil. Din moment ce această cale de atac nu era însă disponibilă decât după finalizarea urmăririi penale, cu consecința că cel interesat nu putea contesta durata procedurii în cursul acesteia, Curtea a apreciat că remediuul invocat de Guvernul ucrainean nu era accesibil¹⁷⁵.

Concluzia instanței europene a fost identică și în materie civilă: în cauza *Vasilenkov c. Ucraina*¹⁷⁶ s-a constatat că dreptul ucrainean nu oferea niciun remediu în favoarea celui care se plânge de durata excesivă a procedurii în faza executării unei hotărâri judecătorești definitive și irevocabile (par. 29).

Această jurisprudență a fost confirmată prin hotărârile pronunțate în anii următori¹⁷⁷. De pildă, în afacerea *Karimov c. Ucraina*¹⁷⁸, Curtea a reținut că posibilitatea președintelui instanței superioare de a solicita instanțelor inferioare judecarea cu celeritate a cauzei sau de a solicita transferul dosarului la o altă instanță nu constituia un remediu efectiv, din moment ce recomandările acestuia nu erau obligatorii (par. 74).

68. Trebuie observat că prin hotărârea pronunțată în afacerea *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ucraina*¹⁷⁹, Curtea a constatat existența unei practici incompatibile cu Convenția, datorită lipsei unui remediu efectiv la dispoziția părților care se plângeau de depășirea

unui termen rezonabil cât privește punerea în executare a hotărârilor judecătorești irevocabile. Prin urmare, Curtea a amânat vreme de un an soluționarea litigiilor similare și a pus în vedere Ucrainei necesitatea reglementării la nivel național, în conformitate cu principiile desprinse din jurisprudența europeană (par. 78 - 101).

30. Ungaria

69. Curtea a confirmat faptul că Ungaria dispune de un remediu efectiv pentru înlăturarea efectelor depășirii termenului rezonabil în materie penală, întrucât legea prevede posibilitatea pronunțării unei sentințe mai blânde atunci când durata procedurii a fost excesivă (afacerea *Tamás Kovács c. Ungaria*¹⁸⁰).

70. În schimb, în materie civilă, Curtea a apreciat în mod repetat că posibilitatea angajării răspunderii civile delictuale a statului pentru o durată nerezonabilă a procedurii, în temeiul art. 349 din Codul civil maghiar, nu constituie un remediu efectiv în sensul art. 13 din Convenție¹⁸¹. Curtea a apreciat că un asemenea remediu nu ar avea probabil șanse de succes atunci când se invocă deficiențe ale administrării justiției și că nu există precedente judiciare favorabile celui care ar alege această cale (cauza *Timar c. Ungaria*¹⁸²). În plus, Curtea a remarcat că nu există posibilitatea folosirii vreunui mecanism intern care să contribuie la accelerarea duratei procedurii (de pildă, prin decizia pronunțată în afacerea *Simko c. Ungaria*¹⁸³).

71. Trebuie observat că, cu începere de la 1 ianuarie 2006, prin introducerea S.114 A și S.114 B în Codul de procedură civilă maghiar s-a prevăzut un remediu preventiv după modelul austriac confirmat în jurisprudența *Holzinger*. Mai exact, în caz de întârziere a procedurii partea interesată se poate adresa instanței superioare, iar aceasta poate stabili termene în interiorul cărora instanța investită cu soluționarea cauzei să fie obligată să ia anumite măsuri sau să finalizeze procedura.

B. Scurte considerații cu privire la statele care nu au probleme deosebite sub aspectul respectării exigențelor termenului rezonabil sau care nu au instituit un remediu specific

72. Trebuie consemnat faptul că unele state, deși nu beneficiază de un remediu specific pentru eventualele situații în care s-ar depăși durata rezonabilă a procedurii, nu au ajuns în atenția Curții. Este cazul Andorrei¹⁸⁴, Armeniei, Bosniei-Herțegovina, Letoniei, Lituaniei sau Principatului Monaco¹⁸⁵.

73. Separat, trebuie observat că, deși reprezintă mai degrabă o excepție, unele dintre statele semnatare ale Convenției nu au probleme deosebite în ceea ce privește asigurarea judecării cauzelor într-un termen rezonabil și sunt rar condamnate pentru lipsa unui remediu efectiv în materie. Este cazul Suediei, Islandei, Norvegiei, Elveției, Estoniei, Olandei, Principatului San Marino, Finlandei și Regatului Unit.

74. În general, în țările nordice se fac eforturi deosebite pentru asigurarea judecării cauzelor într-un termen rezonabil. Există diverse mecanisme prin intermediul cărora se urmărește acest obiectiv: președinții instanțelor au competența de a fixa termene-limită și de a ordona măsuri de ameliorare a duratei procedurii; justițiabilii se pot adresa *ombudsman*-ului și/sau Ministerului Justiției pentru a reclama durata nerezonabilă a procedurii; în materie penală, depășirea termenului rezonabil este sancționată de obicei cu reducerea sau înlăturarea pedepsei pronunțate, reparațiile pecuniare reprezentând însă o alternativă; în materie civilă, modalitatea de reparare a prejudiciului cauzat prin depășirea termenului rezonabil o constituie acordarea unor despăgubiri bănești; în general criteriile de evaluare a rezonabilității și a cuantumului despăgubirilor sunt cele care decurg din jurisprudența europeană, ele fiind aplicate de instanțele naționale și prezentate pe larg în diverse reglementări elaborate de ministerele de justiție.

75. În *Suedia*, potrivit Codului de procedură judiciară, instanța de apel este competentă să procedeze la anularea unei hotărâri pronunțate în primă instanță în măsura în care constată că s-au încălcat regulile termenului rezonabil. Această soluție, radicală, reprezintă o raritate în peisajul juridic european, iar unele instanțe europene nu par să se atașeze ideii constatării nulității procedurii în cazul depășirii termenului rezonabil¹⁸⁶.

În general, în materie penală, durata excesivă a procedurii poate antrena pronunțarea unei pedepse reduse.

În materie civilă, Curtea Supremă este racordată la jurisprudența *Kudla* și acordă, în cazurile în care constată încălcarea dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil, despăgubiri pentru prejudiciul material și moral suferit. În aceste condiții, este explicabil de ce pe rolul Curții Europene nu se regăsesc decât foarte puține cauze suedeze în care să se pretindă violarea art. 13 din Convenție. De pildă, în afacerea *Toimi c. Suedia*¹⁸⁷, instanța europeană a apreciat eforturile Cancelarului Justiției pentru asigurarea judecării cauzei reclamantului într-un termen rezonabil, apreciind că există astfel un "remediu efectiv" în sens convențional.

76. Conform datelor colectate de Comisia de la Veneția, în *Estonia* durata procedurii în primă instanță era de aproximativ 100 de zile în materie penală, 167 de zile în materie civilă și 123 de zile în materie administrativă, iar în recurs durata medie a procedurii era de 41 de zile în materie penală, 99 de zile în materie civilă și respectiv 170 de zile în materie administrativă¹⁸⁸.

Mai recent însă, Curtea a reținut încălcarea art. 13 din Convenție în câteva situații:

- În afacerea *Saarekallas Oü c. Estonia*¹⁸⁹, Curtea a reținut că societatea reclamantă nu a beneficiat de un remediu efectiv pentru a contesta durata nerezonabilă a procedurii întrucât deși Codul de procedură civilă conținea termene-limită pentru îndeplinirea actelor de procedură, nu existau consecințe juridice pentru depășirea acestor termene de către instanță, iar Guvernul nu a reușit să explice care ar fi fost consecințele unui eventual recurs la instanța superioară sau să facă referire la o jurisprudență națională în acest sens (par. 65). De asemenea, judecătorii de la Strasbourg au observat faptul că posibilitatea introducerii unei acțiuni în despăgubiri, având în vedere dispozițiile constituționale și pe cele din Codul de Procedură Administrativă nu reprezenta *per se* un remediu efectiv, din moment ce acțiunea în cauză nu era destinată expres obținerii unor despăgubiri pentru prejudiciile cauzate de depășirea duratei rezonabile a procedurii, iar Guvernul nu a furnizat exemple de aplicare a acestor texte de către instanțele naționale (par. 66).

- Această soluție a fost confirmată prin hotărârea pronunțată în afacerea *Missenjov c. Estonia*¹⁹⁰. Suplimentar, Curtea a reținut că alte două soluții propuse de Guvernul estonian - posibilitatea formulării unei plângeri disciplinare împotriva judecătorului cauzei sau strămutarea cauzei, cu acordul celeilalte părți din proces - nu constituiau remedii efective (par. 48 - 50).

- În materie penală, remediile propuse de Guvern au fost analizate în cauza *Raudsepp c. Estonia*¹⁹¹. Curtea a reținut că la nivelul instanței supreme din Estonia, deși s-au acordat despăgubiri într-o acțiune fondată pe dispozițiile Legii privind răspunderea Statului, pentru depășirea duratei rezonabile a procedurii, a fost reținut de asemenea că nu exista o bază juridică propriu-zisă pentru o asemenea soluție, că lipsa unui remediu antrena neconstituționalitatea prevederii și impunea o soluție legislativă internă. În aceste condiții, Curtea nu s-a lăsat convinsă de existența unui remediu efectiv¹⁹².

Cu toate acestea, ca regulă generală, Estonia reușește să asigure la nivel național judecarea cauzelor într-un termen rezonabil și pune în practică anumite remedii pentru a sancționa depășirea duratei rezonabile a procedurii. Astfel, în cauza *Malkov c. Estonia*¹⁹³, Curtea a validat mecanismul aplicabil în materia penală, constând în reducerea pedepsei aplicate acuzatului într-o situație în care dura procedurii a fost excesivă (par. 59 - 61).

77. În *Islanda*, durata medie a procedurii în primă instanță era la momentul realizării cercetării de către Comisia de la Veneția de aproximativ opt luni în materie civilă și de două luni în materie penală, inclusiv procedura în fața instanței supreme durând câteva luni. Pentru acest motiv, pe rolul Curții nu sunt înregistrate plângeri care să vizeze depășirea duratei rezonabile a procedurii.

78. În *Norvegia*, procesele cu minori trebuie judecate în termen de șase săptămâni în primă instanță, respectiv în termen de maxim opt săptămâni în apel. În materie penală, atunci când se constată depășirea duratei rezonabile a procedurii, instanțele pot decide reducerea pedepsei aplicate. Curtea s-a pronunțat de altfel în sensul că o asemenea soluție este în măsură să constituie un remediu efectiv în cazul depășirii termenului rezonabil, în afacerea *Beck c. Norvegia*¹⁹⁴.

La fel ca în majoritatea sistemelor nordice, condamnările pentru depășirea duratei rezonabile a procedurii sunt rare¹⁹⁵.

79. Tot la nivelul anului 2006, în *Finlanda* durata medie a procedurii în primă instanță era de 2,6 luni în materie civilă, 4,9 luni în materie penală și 8,8 luni în materie administrativă.

În afacerea *Kangasluoma c. Finlanda*¹⁹⁶, Curtea a reținut că în acest stat partea afectată de durata procedurii avea posibilitatea să adreseze o plângere ministrului Justiției sau *ombudsman*-ului, precum și posibilitatea de a solicita instanței care soluționa cauza o cerere de accelerare a procedurii. Guvernul finlandez nu a reușit însă să demonstreze că folosirea acestor mecanisme avea vreun efect, preventiv sau compensatoriu, motiv pentru care Curtea a constatat o încălcare a art. 13 din Convenție¹⁹⁷.

Merită menționat faptul că, urmare a unei modificări a Codului penal finlandez în vigoare de la 1 ianuarie 2004, constatarea trecerii unei durate considerabile de la data comiterii faptei până la data pronunțării sentinței poate constitui o circumstanță atenuantă. Deși a reținut că o asemenea soluție este în principiu compatibilă cu Convenția, Curtea a atras totuși atenția asupra faptului că reclamantul nu avea posibilitatea ca în cursul procedurii să obțină accelerarea acesteia și că o compensație nu putea fi solicitată nici în cursul procedurii și nici după finalizarea acesteia¹⁹⁸. Prin urmare, într-o situație în care instanțele finlandeze nu au procedat la reducerea pedepsei aplicate, ca urmare a depășirii duratei rezonabile a procedurii, Curtea a constatat violarea art. 13 din Convenție¹⁹⁹.

80. În doctrină²⁰⁰ s-a indicat faptul că în *Olanda* nu există remedii speciale. Totuși, în materie penală constatarea existenței unei durate nerezonabile a procedurii poate conduce la individualizarea pedepsei în sensul pronunțării unei pedepse orientate spre minim sau chiar la încetarea procesului penal ca urmare a aplicării principiului oportunității procesului penal, potrivit căruia Ministerul Public are posibilitatea ca, în orice stadiu al procedurii, să decidă în ce măsură mai este oportună continuarea procesului și tragerea la răspundere penală a persoanei în cauză.

În schimb, în materie civilă nu există decât calea promovării unei acțiuni în angajarea răspunderii civile delictuale a statului, ale cărei șanse de succes par a fi mai degrabă teoretice²⁰¹.

81. În privința *Elveției*, merită remarcat faptul că în cauza *Boxer Asbestos S.A. c. Elveția*²⁰², Curtea a reținut că posibilitatea părții de a apela la Tribunalul Federal în cazul în care pretinde că i s-ar fi încălcat dreptul la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil constituie un remediu efectiv în sensul art. 13 din Convenție.

În același sens, cu ocazia controlului de admisibilitate în afacerea *Kunz c. Elveția*²⁰³, Curtea a constatat că dispozițiile interne pertinente - art. 97 par. 2 și art. 106 par. 2 din Legea federală de organizare judiciară, combinate cu art. 132 din același act normativ - păstrează întotdeauna deschisă calea unui recurs administrativ la Tribunalul Federal sau la Tribunalul Federal pentru Asigurări, atunci când o autoritate refuză să se pronunțe sau întârzie să adopte o soluție. În condițiile în care acest remediu este funcțional și în practică, remediul este efectiv în sensul art. 13 din Convenție.

82. În fine, trebuie observat faptul că *Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord* nu are probleme deosebite cu privire la durata procedurii, numărul condamnărilor pentru încălcarea art. 6 par. 1 din Convenție fiind redus²⁰⁴. Prin urmare, Curtea nu a discutat până în prezent problema efectivității remediilor existente la nivel național.

III. SCURTE CONSIDERAȚII PRIVIND SITUAȚIA ROMÂNIEI, ÎN CEEA CE PRIVEȘTE REMEDIILE EFECTIVE PENTRU A COMBATE DURATA EXCESIVĂ A PROCEDURII

83. În loc de încheiere și lăsând deschisă posibilitatea de a cerceta îndeaproape posibilitatea instituirii unor remedii efective la nivel național, vom observa că *de lege lata* asemenea remedii nu există. Această concluzie aparține chiar Curții Europene, care a avut deja ocazia să se pronunțe asupra efectivității remediilor propuse de către Guvern.

84. Astfel, în afacerea *Soare c. România*²⁰⁵, Curtea a constatat violarea art. 6 par. 1 și art. 13 din Convenție. Astfel, în lipsa oricărei apărări pertinente a Guvernului, s-a reținut faptul că durata urmăririi penale de 6 ani și 8 luni este excesivă (par. 29).

În egală măsură, Curtea a reținut că înainte de 1 ianuarie 2004 reclamantul nu avea, în legislația penală națională, niciun remediu efectiv pentru a se plânge împotriva actelor procurorului, sub aspectul duratei procedurii. Prin urmare, chiar în ipoteza în care remediul efectiv ar fi fost instituționalizat după această dată, el nu mai putea reduce în vreun fel durata deja excesivă a procedurii (par. 35).

În aceste împrejurări, au fost stabilite despăgubiri de 4.000 euro în favoarea reclamantului (par. 46).

85. În cauza *Abramiuc c. România*²⁰⁶, a fost sancționat faptul că instanțele naționale au suspendat judecarea unei opoziții la executare, cu caracter urgent, timp

de 3 ani și 8 luni (par. 104), până la soluționarea unei cereri de revizuire dintr-o procedură paralelă. Per ansamblu, Curtea a considerat că durata celor două proceduri civile (5 ani și 6 luni, respectiv 7 ani) era excesivă.

În egală măsură, Curtea a procedat și la un examen minuțios al reglementărilor naționale și al practicii judiciare pentru a determina dacă se poate vorbi despre existența unui remediu efectiv pentru a contesta durata excesivă a procedurii, în sensul art. 13 din Convenție. Concluziile instanței europene sunt următoarele:

- Posibilitatea reclamantului de a formula o plângere disciplinară împotriva judecătorului cauzei la Consiliul Superior al Magistraturii nu reprezintă un "remediu efectiv" în sensul art. 13, întrucât această plângere nu are consecințe directe și imediate asupra duratei excesive a procedurii, ci are mai degrabă vocația de a conduce la angajarea răspunderii disciplinare a magistratului (par. 123-124). De altfel, Curtea a remarcat faptul că Guvernul nu a reușit să ofere niciun exemplu de situație în care formularea unei asemenea plângeri a condus la deblocarea procedurii.

- Curtea a analizat și celălalt remediu propus de Guvern, respectiv o acțiune fondată direct pe dispozițiile convenționale și constituționale, având ca obiect repararea prejudiciului cauzat de durata excesivă a procedurii (remediu "probat" de Guvern printr-o singură hotărâre a Tribunalului Iași, nedefinitivă). Ea a reținut însă faptul că Statul Român nu a făcut dovada existenței unei practici judiciare constante de admitere a unor acțiuni similare (par. 128) și că oricum acest remediu ar privi doar ipoteza în care procedura a fost deja finalizată, iar nu și situația în care reclamantul pretinde accelerarea procedurii (par. 129).

Pe cale de consecință, Curtea a considerat că există o violare a art. 13 din Convenție. Pentru aceleași motive, s-a reținut încălcarea textului convențional și în afacerea *Parohia Greco-Catolică Sfântul Vasile Polonă c. România* (par. 99 - 106)²⁰⁷.

86. În cauza *Floarea Pop c. România*²⁰⁸, s-a reținut încălcarea art. 6 par. 1 din Convenție datorită duratei excesive necesare pentru soluționarea unei acțiuni civile (7 ani și 10 luni). Curtea a reținut că erau imputabile autorităților judiciare naționale cașările succesive (datorate survenienței prescripției sau pentru lipsa de motivare) și a atras atenția asupra importanței mizei litigiului pentru reclamantă, în condițiile în care demersurile judiciare priveau angajarea răspunderii autorităților pentru decesul fiului reclamantei și repararea prejudiciului moral suferit (par. 54). Reluând concluziile din afacerea *Abramiuc*, Curtea a concluzionat și în privința existenței unei violări a art. 13 din Convenție, din moment ce autoritățile naționale nu au făcut dovada unor modificări legislative sau a unei evoluții jurisprudențiale în sensul consacrării unui "remediu efectiv" pentru a contesta durata procedurii (par. 61).

87. În ceea ce ne privește, apreciem că existența acestor hotărâri de condamnare, concluziile instanței europene, durata excesivă a procedurii resimțită foarte acut la nivel național, precum și numărul mare de plângeri înregistrate pe rolul Curții ar trebuie să stimuleze legiuitorul român pentru identificarea cât mai grabnică a unor remedii naționale de factură preventivă și/sau compensatorie.

* *Asistent universitar doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca; Avocat, Baroul Arad; Contact: ccostas@law.ubbcluj.ro.*

¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Ed „P.U.F.”, Paris, 2005, p. 371.

² *Klass c. Germania*, hotărârea din 6 septembrie 1978, par. 64. În speță, deși a constatat că art.8 nu a fost violat, Curtea a considerat necesar să examineze cauza și sub aspectul art. 13.

³ De pildă, *Boyle și Rice c. Regatul Unit*, hotărârea din 27 aprilie 1988, par. 52-55.

⁴ *Valsamis c. Grecia*, hotărârea din 18 decembrie 2006. În speță, deși a constatat că nu există o violare a art. 9 din Convenție și a art. 2 din Protocolul adițional nr. 1, Curtea a apreciat că dreptul intern nu conferea un remediu efectiv pentru ca reclamanta să se poată plânga sub aceste aspecte. În consecință, a existat o violare a art. 13 combinat cu art. 9 din Convenție, respectiv a art. 13 combinat cu art. 2 din Protocolul adițional nr. 1. Dimpotrivă, întrucât pretinsa violare a art. 3 din Convenție nu a putut fi susținută cu argumente de reclamantă, nu a existat o violare sub aspectul art. 13 combinat cu art. 3 din Convenție.

Trebuie remarcat faptul că, în statele în care Convenția nu este încorporată în dreptul intern (Regatul Unit fiind exemplul cel mai elocvent), Convenția nu poate fi în principiu invocată direct în fața instanțelor naționale. Curtea a precizat, sub acest aspect, că art.13 nu obligă statele contractante să integreze Convenția în sistemul juridic național, dar presupune totuși ca aceste state să reglementeze în dreptul intern un recurs care să permită justițiabililor să se prevaleze de substanța dreptului garantat de Convenție (de pildă, *Soering c. Regatul Unit*, hotărârea din 7 iulie 1989, par. 120).

⁵ De pildă, *Chahal c. Regatul Unit*, hotărârea din 15 noiembrie 1996, par. 126.

⁶ Cauza *Airey c. Irlanda*, precitată, par. 35.

⁷ *Allan Jacobsson c. Suedia*, hotărârea din 25 octombrie 1989, par. 78; *Budescu și Petrescu c. România*, hotărârea din 2 iulie 2002, par. 42.

⁸ De exemplu, *Broca și Tixier-Micault c. Franța*, hotărârea din 21 octombrie 2003. De notat că în dreptul francez, în art.L.781-1 din *Code de l'organisation judiciaire* este prevăzută posibilitatea introducerii unui recurs în angajarea răspunderii pentru funcționarea defectuoasă a serviciului justiției, pe care Curtea Europeană l-a recunoscut drept un recurs „efectiv”.

⁹ *Klass c. Germania*, precitată, par. 67.

¹⁰ Pentru exemple de violare a art.13 sub acest aspect, a se vedea *Calogero Diana c. Italia*, hotărârea din 15 noiembrie 1996 (lipsa contradictorialității) sau *Camenzind c. Elveția*, hotărârea din 16 decembrie 1997, cu notă de G.Malinverni, în *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1997, p. 639.

¹¹ Hotărârea din 26 noiembrie 1991, Observer și Guardian c. Regatul Unit, par. 76.

¹² Dintr-o bogată jurisprudență, a se vedea de pildă, *Aksoy c. Turcia*, hotărârea din 18 decembrie 1996; *Bati c. Turcia*, hotărârea din 3 iunie 2004; *Assenov c. Bulgaria*, precitată.

¹³ A se vedea J.-F.Flauss, *Le droit à un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable: un revirement de jurisprudence historique*, în Rev. Trim. Dr. Hom. 2002, p. 179-201; F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriansimbazovina, A. Gottenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts ...*, op. cit., p. 319-327; P. Frumer, *Le recours effectif devant une instance nationale pour dépassement du délai raisonnable - un revirement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Jour. Trib. Dr. Eur. 2001, p. 49-53. Pentru unele rezerve asupra importanței jurisprudenței *Kudla*, a se vedea J.-F.Renucci, *Traité ...*, op.cit., p. 221-222.

- ¹⁴ F.G. Jacobs, R.C.A. White, *The European Convention on Human Rights*, Ed. „Clarendon Press”, Oxford, 1996, p.337-338.
- ¹⁵ De pildă, P. Van Dijk, G.J.H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Ed. „Kluwer Law International”, Haga, 1998, p.701.
- ¹⁶ Pentru unele elemente care prevesteau această reconsiderare, a se vedea F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriansimbazovina, A. Gottenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts ...*, op.cit., p. 321-322.
- ¹⁷ Asupra caracterului subsidiar, a se vedea și H. Petzold, *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, în R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold (editori), *The European System for the Protection of Human Rights*, Ed. „Martinus Nijhoff”, Dordrecht - Boston - Londra, 1993, p. 41-62.
- ¹⁸ În acest sens, Curtea a precizat faptul că statele contractante beneficiază de o anumită marjă de apreciere pentru a se conforma obligației prevăzute de art. 13 (hotărârea din 19 februarie 1998, *Kaya c. Turcia*, par. 106). În doctrină s-a indicat faptul că ar putea fi avute în vedere patru categorii de soluții: **i)** angajarea răspunderii personale a magistraților (care trebuie avută însă în vedere doar ca o *ultima ratio*); **ii)** adoptarea unei proceduri care să permită renunțarea la acuzații (soluție adoptată de Belgia, Germania, Olanda, Irlanda) sau reducerea pedepselor (Germania, Luxemburg, Danemarca, Finlanda, Spania); **iii)** crearea unui recurs specific care să aibă ca obiect încetarea nerespectării termenului rezonabil (Portugalia - doar în materie penală, Suedia - doar în materie civilă, Austria, Elveția), inclusiv la nivel constituțional (Germania, Spania, Cehia, Slovacia, Croația); **iv)** posibilitatea introducerii unei acțiuni în despăgubiri contra statului (Franța, Spania) - a se vedea J.-F. Flauss, op.cit., p. 189-195. S-a indicat de asemenea faptul că jurisprudența *Kudla* nu prezintă relevanță pentru acele state în care durata procedurii este în practică una adecvată (de pildă, în Islanda, durata medie a procedurii în primă instanță era în 2001 de 251 de zile în materie civilă și de 69 de zile în materie penală, iar în Estonia de 109 zile, respectiv 93 de zile) - idem, p.188.
- ¹⁹ De pildă, hotărârea din 27 aprilie 1999, *Avdula, Medziz și Vlora Hasani c. Elveția*; hotărârea din 16 martie 1999, *Basic c. Austria*; hotărârea din 7 octombrie 1980, *X. c. Germania* (considerarea recursului constituțional ca fiind un recurs efectiv); *Gonzalez Marin c. Spania*, Decizia din 5 octombrie 1999; *Toma Mota c. Portugalia*, Hotărârea din 2 decembrie 1999.
- ²⁰ Hotărârea din 26 octombrie 2000.
- ²¹ Într-o lucrare de referință, autorii aminteau cu satisfacție probabil primul remediu destinat să asigure judecarea cauzelor într-un termen rezonabil: într-un document din anul 775, Carol cel Mare a decis că în situația în care judecătorul întârzie să pronunțe o hotărâre, partea putea alege să locuiască în casa judecătorului, pe cheltuiala acestuia, până la pronunțarea hotărârii [a se vedea S. Guinchard (coordonator), *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, 3^e édition, Edit. „Daloz”, Paris, 2005, p. 761]. Ne întrebăm și noi dacă soluția n-ar fi uneori eficientă în zilele noastre ...
- ²² Pentru reglementările naționale existente am avut în vedere în special J.-F. Flauss, *Les recours internes destinés à garantir le respect ou la sanction de la règle du délai raisonnable consacrée par l'article 6(1) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, raport, în lucrarea G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss, E. Lambert Abdelgawad (coordonatori), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Edit. „Bruylant”, Bruxelles, 2006, p. 87-124.
- ²³ Cât privește o chestiune terminologică, ne atașăm opiniei exprimate în doctrină (R. Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații*, Edit. „C.H. Beck”, București, 2007, vol. II, p. 209-210), în sensul că termenul corect este cel de « remediu » efectiv și nu de « recurs » efectiv, existând riscul ca în cazul folosirii celei de-a doua variante să se producă o confuzie cu recursul propriu-zis, în sensul de cale de atac împotriva unei hotărâri judecătorești.
- ²⁴ Hotărârea din 18 noiembrie 2004.
- ²⁵ În același sens, *Gjonbocari și alții c. Albania*, Hotărârea din 23 octombrie 2007 (par. 79-81).

- ²⁶ Partea are posibilitatea ca, după ce a fost notificată cu privire la îndeplinirea actelor în discuție, să mențină plângerea formulată.
- ²⁷ Hotărârea din 30 ianuarie 2001.
- ²⁸ A se vedea Decizia din 9 octombrie 2003. Există însă și situații de excepție: a se vedea Hotărârea din 24 februarie 2005, *Kern c. Austria*; Hotărârea din 7 aprilie 2005, *Jancikova c. Austria*. În această din urmă cauză, instanța a reținut că instanța națională a avut nevoie de 1 an și 8 luni pentru motivarea unei hotărâri. În aceste condiții, Curtea a apreciat că remediul oferit de legislația austriacă era inefficient, în lipsa motivelor care au fundamentat hotărârea instanței de fond.
- ²⁹ A se vedea Decizia din 27 noiembrie 2008 în cauza *Potzmader c. Austria*.
- ³⁰ Decizia din 15 septembrie 2003, *Maier c. Austria*.
- ³¹ Pentru o hotărâre de principiu, a se vedea de pildă Hotărârea din 7 decembrie 2006, *Hauser-Sporn c. Austria*, par. 36 - 40.
- ³² Hotărârea din 18 octombrie 2011, *Penias și Ortmaier c. Austria*, par. 95.
- ³³ Hotărârea din 17 ianuarie 2008.
- ³⁴ Pentru ample repere asupra modalităților concrete de aplicare a art. 21ter în materie penală și pentru analiza jurisprudenței belgiene anterioare, a se vedea F. Kutý, *Justice pénale et procès équitable*, op. cit., vol. II, p. 152-202.
- ³⁵ Hotărârea din 15 iulie 2002.
- ³⁶ În același sens, cu privire la lipsa unui recurs efectiv la data introducerii plângerii, a se vedea și hotărârea din 25 septembrie 2007 în afacerea *De Clerck c. Belgia*, par. 84.
- ³⁷ A se vedea considerentele din decizia din 24 iunie 2004, *Marien c. Belgia*.
- ³⁸ Hotărârea din 23 septembrie 2004.
- ³⁹ În cauza *Dimitrov c. Bulgaria*, Hotărârea din 23 septembrie 2004, Curtea a indicat expres că remediile oferite de dreptul bulgar nu puteau remedia în niciun fel depășirea duratei rezonabile a procedurii în perioada 1992-1999 (par. 78). Poziția Curții a fost confirmată și în hotărâri mai recente (de pildă, Hotărârea din 11 ianuarie 2007, *Stefanova c. Bulgaria*).
- ⁴⁰ Hotărârea din 8 iulie 2004, *Djangozov c. Bulgaria*, par. 56.
- ⁴¹ Hotărârea din 22 octombrie 2009, *Yankov și Manchev c. Bulgaria*, par. 32.
- ⁴² Hotărârea din 20 ianuarie 2011.
- ⁴³ Hotărârea din 10 mai 2011.
- ⁴⁴ A se vedea în special explicațiile conținute în par. 49 din hotărârea Curții.
- ⁴⁵ Hotărârea din 10 mai 2011.
- ⁴⁶ Hotărârea din 3 decembrie 2003, în cauza *Hartmann c. Cehia*, par. 83; Hotărârea din 20 iulie 2006, *Koudelka c. Cehia*, par. 47.
- ⁴⁷ Anterior datei de 1 iulie 2004, introducerea unei asemenea cereri era condiționată de respingerea unei plângeri privitoare la durata procedurii de către autoritatea judiciară competentă. Prin urmare, în această formă remediul nu a fost considerat efectiv de Curtea Europeană (a se vedea, de pildă, Hotărârea din 26 octombrie 2004, *Pištorová c. Cehia*, par. 22; Hotărârea din 21 decembrie 2004, *Škodáková c. Cehia*, par. 34).
- ⁴⁸ Decizia din 16 octombrie 2007.
- ⁴⁹ A se vedea par. 61 - 65 din decizia asupra admisibilității.
- ⁵⁰ Termenul general în care se puteau solicita despăgubiri conform Legii nr. 160/2006 pentru depășirea duratei rezonabile a procedurii era de 6 luni de la data finalizării procedurii interne.
- ⁵¹ Hotărârea din 26 mai 2011, *Golha c. Cehia*, par. 71; Decizia din 20 septembrie 2011, *Havelka c. Cehia*.
- ⁵² Spre pildă, Decizia din 29 ianuarie 2008, *Marek c. Cehia* sau Decizia din 6 ianuarie 2009, *Dosoudil și Chytráčková c. Cehia*.

⁵³ Hotărârea din 25 noiembrie 2010.

⁵⁴ Hotărârea din 19 ianuarie 2006, par. 32.

⁵⁵ În același sens, Hotărârea din 1 iunie 2006, *Gavrielides c. Cipru*, par. 51-52.

⁵⁶ Hotărârea din 26 iulie 2001, în principal par. 41 - 43 și 45. În esență, mecanismul sancționat de Curte impunea două condiții cumulative pentru ca o plângere să poată fi adresată instanței constituționale din Croația: (i) drepturile reclamantului să fi fost grav încălcate prin nesoluționarea cauzei într-un termen rezonabil; (ii) să se facă dovada unor consecințe serioase și ireparabile pentru reclamant decurgând din această încălcare.

⁵⁷ Mai trebuie remarcat că la 29 decembrie 2005 în Croația a intrat în vigoare o reglementare care atribuia Curților regionale competența de a soluționa contenciosul referitor la depășirea termenului rezonabil, sub rezerva unei intervenții în ultimă instanță a Curții Constituționale.

⁵⁸ De pildă, Decizia din 4 iulie 2002, *Slavicek c. Croația*; Decizia din 5 septembrie 2002, *Nogolica c. Croația*.

⁵⁹ Hotărârea din 9 mai 2003.

⁶⁰ Hotărârea din 24 ianuarie 2005. În același sens, Hotărârea din 26 mai 2005, *Debelic c. Croația*, par. 47.

⁶¹ Hotărârea din 6 octombrie 2005, *Zagorec c. Croația*, par. 18-24; Hotărârea din 9 martie 2006, *Poje c. Croația*, par. 24.

⁶² Hotărârea din 10 noiembrie 2005.

⁶³ Hotărârea din 17 iulie 2008.

⁶⁴ Decizia din 5 februarie 2009, *Medić c. Croația*.

⁶⁵ Decizia din 6 martie 2003.

⁶⁶ Decizia din 12 iunie 2003.

⁶⁷ Decizia din 30 iunie 2005.

⁶⁸ În același sens, mai recent, Decizia din 30 august 2006, *Brøsted c. Danemarca*.

⁶⁹ Decizia din 16 septembrie 2008, *Gavric c. Danemarca*.

⁷⁰ De pildă, Hotărârea din 22 decembrie 2005, *Atanovic și alții c. Fosta Republică Iugoslavă a Macedoniei*, par. 47.

⁷¹ Hotărârea din 7 februarie 2008.

⁷² Decizia din 31 august 2010.

⁷³ Instanța europeană a tratat cu indulgență termenul de 7 luni necesar instanței supreme pentru a soluționa plângerea, apreciind că acesta putea fi explicat prin faptul că era unul dintre primele cazuri de acest tip tratate.

⁷⁴ Decizia din 3 noiembrie 2011.

⁷⁵ L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Edit. „L.G.D.J.”, Paris, 1964, p. 534.

⁷⁶ Textul în discuție exista și înainte de 26 octombrie 2000. În afacerile care i-au fost aduse în atenție, Curtea Europeană a observat însă că acest recurs nu era efectiv întrucât jurisprudența internă nu era favorabilă admiterii unei acțiuni ce viza angajarea răspunderii civile delictuale a statului francez (de pildă, Hotărârea din 28 februarie 1991, *Vernillo c. Franța*).

⁷⁷ De pildă, Tribunal de mare instanță Paris, hotărârea din 5 noiembrie 1997, *Gauthier*, Rec. Dall. 1998, Jurisprudence, p. 9, cu notă de M.-A. Frison-Roche.

⁷⁸ Curtea de Casație, secțiuni unite, în A.J.D.A. 2001, p. 788, cu notă de S. Petit.

⁷⁹ Responsabilitatea statului este angajată pentru « orice deficiență caracterizată printr-un fapt sau o serie de fapte traducând inaptitudinea serviciului public al justiției de a-și îndeplini misiunea cu care a fost învestit ».

⁸⁰ Consiliul de Stat, hotărârea din 29 decembrie 1978, în A.J.D.A. nr. 11/1979, p. 45, cu notă de M. Lombard.

⁸¹ Asupra acestei chestiuni și pentru reperele jurisprudențiale amintite aici, a se vedea J. Andriantsimbazovina, *Délaï raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice?*, în Rev. Fr. Dr. Adm. 2003, p. 85-99.

- ⁸² Consiliul de Stat, hotărârea din 28 iunie 2002, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c. Magiera*, în A.J.D.A. 2002, p. 596, cu notă de F. Donnat și D. Casas.
- ⁸³ Decizia din 12 iunie 2001.
- ⁸⁴ Hotărârea din 9 iulie 2002, par. 44.
- ⁸⁵ Hotărârea din 21 octombrie 2003, *Broca și Texier-Micault c. Franța*. Curtea Europeană a precizat că “remediul are un grad suficient de certitudine nu numai în teorie, ci și în practică”. De remarcat că anterior hotărârii Consiliului de Stat din 28 iunie 2002, Curtea a apreciat că “nu există jurisprudență internă care să demonstreze eficacitatea recursului” (Hotărârea din 26 martie 2002, *Lutz c. Franța*), deși Guvernul francez prezentase hotărârea Curții administrative de apel din 11 iulie 2001 din Paris în cauza *Magiera*.
- ⁸⁶ Pentru o prezentare a acestora, a se vedea și O. Guillaumont, Fl. Bien, *La Cour européenne des droits de l’homme et le chapeau magique ...*, în Rev. Univ. Dr. Hom. 2003, vol. 15, p. 419-420.
- ⁸⁷ Hotărârea din 8 iunie 2006, în special par. 106 - 108. Trebuie remarcat că anterior pronunțării hotărârii în afacerea *Kudla*, Comisia a apreciat că recursul constituțional german era efectiv (de pildă, prin Decizia Comisiei din 7 octombrie 1980, X. c. *Germania*).
- ⁸⁸ Curtea s-a pronunțat în același sens prin Hotărârea din 11 ianuarie 2007, *Herbst c. Germania*, par. 61-67 și Hotărârea din 13 noiembrie 2008, *Ommmer (nr. 2) c. Germania*, par. 56 - 61. Trebuie remarcat faptul că în această din urmă afacere Curtea a reținut și faptul că o acțiune în răspundere civilă delictuală împotriva Statului nu constituia de asemenea un remediu efectiv (a se vedea în special par. 62 - 63).
- ⁸⁹ Hotărârea din 31 iulie 2003, *Herbolzheimer c. Germania*, par. 38; Decizia din 16 septembrie 2004, *Grässer c. Germania*.
- ⁹⁰ Hotărârea din 22 ianuarie 2009.
- ⁹¹ Hotărârea din 2 septembrie 2010.
- ⁹² Hotărârea din 20 ianuarie 2011 în cauza *Kuhlen-Rafsandjani c. Germania* confirmă inexistența unor măsuri rapide adoptate de statul german urmare a hotărârii din cauza *Rumpf* (par. 92 - 93).
- ⁹³ Hotărârea din 27 septembrie 2005.
- ⁹⁴ În același sens, Hotărârea din 27 septembrie 2005, *“Iza” Ltd și Makrakhidze c. Georgia*, par. 48.
- ⁹⁵ Pentru detalii, Hotărârea din 10 februarie 2005, *Stamatos Karagiannis c. Grecia*, par. 22.
- ⁹⁶ De pildă, Hotărârea din 10 aprilie 2003, *Konti-Arvaniti c. Grecia*, par. 29; Hotărârea din 9 mai 2004, *Laloussi-Kotsovos*, par. 27; Hotărârea din 4 august 2005, *Vozinos c. Grecia*, par. 21; Hotărârea din 1 decembrie 2005, *Tsantiris c. Grecia*, par. 19; Hotărârea din 6 aprilie 2006, *Czatzibyrros c. Grecia*, par. 26; Hotărârea din 14 decembrie 2006, *Aggelakou-Svarna c. Grecia*, par. 26; Hotărârea din 21 februarie 2008, *Kanellopoulos c. Grecia*, par. 33; Hotărârea din 3 iunie 2010, *Dimitras și alții c. Grecia*, par. 68.
- ⁹⁷ Hotărârea din 21 decembrie 2010.
- ⁹⁸ Hotărârea din 3 aprilie 2012, nedefinitivă.
- ⁹⁹ Hotărârea din 31 octombrie 2003.
- ¹⁰⁰ Hotărârea din 15 decembrie 2005.
- ¹⁰¹ Hotărârea din 10 septembrie 2010.
- ¹⁰² Pentru aceeași concluzie, se vedea și hotărârea din 8 decembrie 2011, *T.H. c. Irlanda*, par. 18 și 29.
- ¹⁰³ Hotărârea din 28 iulie 1999, prin care Curtea a apreciat că existența unor încălcări repetate ale dreptului la judecarea cauzelor într-un termen rezonabil denotă existența unei “practici incompatibile cu Convenția”.
- ¹⁰⁴ Pentru detalii asupra procedurii italiene, a se vedea: S. Chiarloni (coordonator), *Misure acceleratorie e riparatorie contro l’irragionevole durata dei processi. Commento alla legge 24 marzo 2001*, “G. Giappichelli Editore”, Torino, 2002, passim; N. Picardi (coordonator), *Codice di procedura civile*, ediția a III-a, “Giuffrè Editore”, Milano, 2004, p. 2804-2844.
- ¹⁰⁵ Hotărârea din 6 septembrie 2001.

- ¹⁰⁶ Hotărârea din 27 martie 2003.
- ¹⁰⁷ Hotărârea din 24 iunie 2006, *Di Sante c. Italia*.
- ¹⁰⁸ Hotărârea din 29 martie 2006, par. 60.
- ¹⁰⁹ Hotărârea din 31 martie 2009.
- ¹¹⁰ În același sens, mai recent, a se vedea hotărârea din 6 martie 2012, *Gagliano Giorgi c. Italia*, par. 80.
- ¹¹¹ Hotărârea din 21 decembrie 2010.
- ¹¹² A se vedea în special par. 46 din hotărârea Curții.
- ¹¹³ Hotărârea din 27 iulie 2006.
- ¹¹⁴ Hotărârea din 13 iulie 2004. De asemenea, Hotărârea din 4 august 2005, *Dattel ș.a. c. Luxemburg*.
- ¹¹⁵ Hotărârea din 27 aprilie 2006.
- ¹¹⁶ Hotărârea din 11 februarie 2010.
- ¹¹⁷ A se vedea par. 50 din hotărârea Curții.
- ¹¹⁸ Decizia din 10 iunie 2004. Într-o altă cauză (Hotărârea din 4 iulie 2006, *Zarb c. Malta*), Curtea a apreciat că nemulțumirea reclamantului față de cuantumul despăgubirilor fixate nu conduce la ineficiența mecanismului național.
- ¹¹⁹ Hotărârea din 5 aprilie 2011, par. 67-69.
- ¹²⁰ Hotărârea din 8 martie 2011.
- ¹²¹ În același sens, Hotărârea din 21 septembrie 2010, *Mijušković c. Muntenegru*, par. 70 - 74.
- ¹²² Legea din 17 iunie 2004 prevede și posibilitatea reparării integrale a prejudiciului suferit ca urmare a depășirii termenului rezonabil, după finalizarea procedurii judiciare și în condițiile dreptului comun, posibilitate ușor de valorificat în ipoteza în care în cursul procedurii s-a obținut deja o decizie prin care se constată încălcarea regulii termenului rezonabil.
- ¹²³ De exemplu, Hotărârea din 11 iunie 2002, *Bukowski c. Polonia*.
- ¹²⁴ Hotărârile din 1 martie 2005 în cauzele *Michalak c. Polonia* și respectiv *Charzynski c. Polonia*. Întrucât legea din 2004 prevedea posibilitatea obținerii de compensații inclusiv pentru cauzele aflate pe rolul Curții Europene, dar care nu erau încă declarate admisibile, obligația parcurgerii procedurii interne a devenit evidentă (în acest sens, a se vedea de pildă Hotărârea din 28 martie 2006, *Kubicz c. Polonia*, par. 56 - 57).
- ¹²⁵ Pentru o aplicație, a se vedea Hotărârea din 22 august 2006, *Chyb c. Polonia*, par. 32-34).
- ¹²⁶ Hotărârea din 8 aprilie 2008.
- ¹²⁷ A se vedea Decizia din 27 martie 2003, *Paulino Tomás c. Portugalia*.
- ¹²⁸ Hotărârea din 2 decembrie 1999.
- ¹²⁹ Hotărârea din 10 iunie 2008.
- ¹³⁰ Trebuie observat că decizia Curții Supreme Administrative din 28 noiembrie 2007 a fost considerată drept conformă cu regulile impuse la nivel european, atât sub aspectul recunoașterii responsabilității statului pentru depășirea duratei rezonabile a procedurii, cât și sub aspectul despăgubirilor acordate (a se vedea Decizia din 16 decembrie 2008, *António Ferreira Machado și Felicidade Tomé Lourenço Machado c. Portugalia*).
- ¹³¹ Hotărârile ulterioare au confirmat această poziție a Curții [de pildă: Hotărârea din 13 aprilie 2010, *Ferreira Alves (nr. 6) c. Portugalia*, par. 44; Hotărârea din 12 aprilie 2011, *Domingues Loureiro și alții c. Portugalia*, par. 61]. Prin urmare, Guvernul portughez a preferat soluționarea pe cale amiabilă a plângerilor ajunse în atenția Curții (a se vedea deciziile de radiere de pe rol din 14 decembrie 2010 în cauza *António Luís Fonseca Mendes c. Portugalia* sau din 10 mai 2011 în afacerea *Jorge Emanuel Soares Coelho Pote și Carmen Sofia Prieto Gaspar Pote c. Portugalia*).
- ¹³² Hotărârea din 28 iulie 2009.
- ¹³³ Decizia din 24 ianuarie 2012, cererea nr. 44746/08.

- ¹³⁴ Hotărârea din 14 iulie 2004, par. 61-64.
- ¹³⁵ A se vedea, de pildă: Hotărârea din 29 iunie 2006, *Olshannikova c. Rusia*; Hotărârea din 9 martie 2006, *Menesheva c. Rusia*; Hotărârea din 22 ianuarie 2009, *Borzhonov c. Rusia*.
- ¹³⁶ Hotărârea din 15 ianuarie 2009.
- ¹³⁷ A se vedea par. 125 - 146 din hotărârea Curții.
- ¹³⁸ Decizia din 23 septembrie 2010.
- ¹³⁹ Hotărârea din 9 octombrie 2007.
- ¹⁴⁰ Hotărârea din 10 iunie 2008.
- ¹⁴¹ Hotărârea din 1 decembrie 2009.
- ¹⁴² Pentru o evaluare a remediilor de factură constituțională la nivel european, a se vedea J.-F. Flauss, „Les Cours constitutionnelles et la règle du délai raisonnable: le contrôle de la Cour européenne des droits de l’homme”, în lucrarea *Mélanges à la mémoire de Louis Favoreu*, Edit. „Daloz”, Paris, 2006.
- ¹⁴³ A se vedea art. 127 din Constituția Slovaciei.
- ¹⁴⁴ Decizia din 22 octombrie 2002.
- ¹⁴⁵ Trebuie precizat faptul că anterior, tot în cadrul controlului admisibilității plângerilor, Curtea apreciasse că posibilitatea formulării unei acțiuni în despăgubiri pe temeiul Legea Responsabilității Statului din 1969 nu reprezenta un "remediu efectiv", datorită practicii judiciare defavorabile (Deciziile din 13 septembrie 2001, *J.K. c. Slovacia* și *Havala c. Slovacia*. Curtea s-a pronunțat de altfel în același sens și ulterior, prin Hotărârea în cauza *Čiz c. Slovacia* din 14 octombrie 2003, perioada în discuție fiind anterioară modificărilor constituționale ce au generat jurisprudența *Andrasik* (a se vedea par. 74 din hotărârea Curții), sau prin Hotărârea din 24 martie 2009 în cauza *Berkova c. Slovacia* (par. 185).
- ¹⁴⁶ Decizia din 10 decembrie 2002, *Omasta c. Slovacia*.
- ¹⁴⁷ A se vedea Hotărârea din 22 august 2006, *Riškova c. Slovacia*, par. 89 și 100.
- ¹⁴⁸ Hotărârea din 27 iunie 2006.
- ¹⁴⁹ Hotărârea din 12 decembrie 2006.
- ¹⁵⁰ A se vedea par. 57 din hotărârea Curții.
- ¹⁵¹ Hotărârea din 12 decembrie 2006, în special par. 116 - 117. Lipsa unui "remediu efectiv" a fost reținută în legătură cu mai multe proceduri civile referitoare la divorț, custodia minorilor, obligația de întreținere și punerea în executare a hotărârilor judecătorești.
- ¹⁵² Decizia din 15 martie 2005, *Bako c. Slovacia*; Hotărârea din 20 iunie 2006, *Obluk c. Slovacia*, par. 60 - 62.
- ¹⁵³ Decizia de admisibilitate din 3 martie 2009.
- ¹⁵⁴ Hotărârea din 15 februarie 2011.
- ¹⁵⁵ În același sens, Hotărârea din 11 ianuarie 2011, *Radvák and Radváková c. Slovacia*, par. 38.
- ¹⁵⁶ Hotărârea din 9 februarie 2010.
- ¹⁵⁷ Pentru alte soluții similare, a se vedea Hotărârea din 30 noiembrie 2010, *Vrabec c. Slovacia*, par. 38; Hotărârea din 21 decembrie 2010, *Sirotnák c. Slovacia*, par. 49.
- ¹⁵⁸ Hotărârea din 6 octombrie 2005, în special par. 41 - 71.
- ¹⁵⁹ Curtea reținuse același lucru într-o cauză anterioară, *Belinger c. Slovenia*, Decizia asupra admisibilității din 2 octombrie 2001.
- ¹⁶⁰ În același sens, Hotărârea din 27 iulie 2006, *Mamic (2) c. Slovenia*, par. 39 - 42; Hotărârea din 8 februarie 2007, *Svarc și Kavnik c. Slovenia*, par. 34.
- ¹⁶¹ Hotărârea din 3 mai 2007.
- ¹⁶² Pentru soluții similare, a se vedea Hotărârea din 13 decembrie 2007, *Šakanovič c. Slovenia*, par. 43 sau Hotărârea din 12 mai 2009, *Korelc c. Slovenia*, par. 68-69.
- ¹⁶³ Pe aceeași linie de jurisprudență, în cauzele ulterioare, Curtea a respins ca inadmisibile plângerile ce vizau încălcarea art. 13 din Convenție, în cazul în care reclamantii nu utilizaseră noile remedii interne (de pildă, Decizia din 18 octombrie 2007, *Zunič c. Slovenia*; Decizia din 24 iunie 2010, *Milena Lazar și alții c. Slovenia*).

- ¹⁶⁴ Hotărârea din 19 octombrie 2010.
- ¹⁶⁵ Pentru detalii asupra recursului *d'amparo*, a se vedea A.L. Alonso de Antonio, J.A. Alonso de Antonio, *Derecho Constitucional Español*, tercera edición, "Editorial Universitas", Madrid, 2002, p. 281-292.
- ¹⁶⁶ Decizia asupra admisibilității din 5 octombrie 1999. Soluția a fost confirmată prin Decizia de admisibilitate din 8 octombrie 2002 în afacerea *Fernandez Molina Gonzalez și alții c. Spania*.
- ¹⁶⁷ A se vedea par. 154 *in fine* din hotărârea Curții.
- ¹⁶⁸ Pentru un exemplu mai recent, a se vedea Decizia din 18 octombrie 2011, afacerea *Prado Bugallo c. Spania*.
- ¹⁶⁹ Decizia din 28 ianuarie 2003, afacerea *Caldas Ramirez de Arellano c. Spania*.
- ¹⁷⁰ Spre exemplu: Hotărârea din 22 decembrie 2005, în cauza *Tendik și alții c. Turcia*, par. 34 - 39; Hotărârea din 21 februarie 2006, *Tüzel c. Turcia*, par. 23; Hotărârea din 30 mai 2006, *Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turcia*, par. 107.
- ¹⁷¹ Hotărârea din 13 octombrie 2009.
- ¹⁷² De pildă, Hotărârea din 6 decembrie 2011, *Cengiz Kiliç c. Turcia*, par. 153.
- ¹⁷³ Hotărârea din 20 martie 2012.
- ¹⁷⁴ Hotărârea din 30 martie 2004.
- ¹⁷⁵ A se vedea par. 61 - 67 din hotărârea Curții.
- ¹⁷⁶ Hotărârea din 3 mai 2005.
- ¹⁷⁷ Hotărârea din 29 noiembrie 2005, *Cherginets c. Ucraina*, par. 21 - 27; Hotărârea din 18 iulie 2006, *Efimenko c. Ucraina*, par. 64; Hotărârea din 12 martie 2009, *Vergelskyy c. Ucraina*, par. 126.
- ¹⁷⁸ Hotărârea din 31 ianuarie 2008.
- ¹⁷⁹ Hotărârea din 15 octombrie 2009.
- ¹⁸⁰ Hotărârea din 28 septembrie 2004, par. 26.
- ¹⁸¹ Decizia asupra admisibilității din 3 mai 2001, *Erdös c. Ungaria*.
- ¹⁸² Decizia din 19 mai 2002.
- ¹⁸³ Decizia din 12 martie 2002. În același sens, a se vedea și Hotărârea din 23 octombrie 2007, *Ágnes Kovács c. Ungaria*, par. 21.
- ¹⁸⁴ De altfel, acest stat liliputan a înregistrat doar două condamnări la Curte în toată istoria sa.
- ¹⁸⁵ Pentru unele detalii, a se vedea și Comisia de la Veneția, *Study on the Effectiveness of National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceedings - Replies to the Questionnaire*, Strasbourg, 15 februarie 2007, *passim*.
- ¹⁸⁶ Ne referim aici în principal la hotărârea Curții de Justiție Europene din 17 decembrie 1998, în cauza C-185/95., *Baustahlgewebe GmbH c. Comisia*, publicată în Culegere 1998, p. I-8417, unde instanța comunitară a refuzat explicit să sancționeze depășirea termenului rezonabil în fața Tribunalului de primă instanță cu nulitatea procedurii (pentru detalii, a se vedea și Fr. Sudre, "La consécration du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", în *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1999, p. 487-493). Soluția pare să fi fost adoptată și de unele instanțe franceze: Cour de cassation, Chambre criminelle, hotărârea din 26 septembrie 2001, în *Recueil Dalloz* 2002, p. 452.
- ¹⁸⁷ Decizia asupra admisibilității din 31 august 2004.
- ¹⁸⁸ Pentru o confirmare a faptului că durata procedurii este una rezonabilă în acest stat baltic, a se vedea de pildă Hotărârea din 29 aprilie 2003, *Mõtsnik c. Estonia*, par. 39 - 42.
- ¹⁸⁹ Hotărârea din 8 noiembrie 2007.
- ¹⁹⁰ Hotărârea din 29 ianuarie 2009.
- ¹⁹¹ Hotărârea din 8 noiembrie 2011.
- ¹⁹² A se vedea par. 62 - 66 din hotărârea Curții.
- ¹⁹³ Hotărârea din 4 februarie 2010.

¹⁹⁴ Hotărârea din 26 septembrie 2001, par. 27 - 28.

¹⁹⁵ A se vedea, de pildă, Hotărârea din 17 ianuarie 2008, *A. și E. Riis c. Norvegia* (nr. 2), par. 34.

¹⁹⁶ Hotărârea din 14 iunie 2004, par. 48.

¹⁹⁷ În același sens, Hotărârea din 8 iunie 2006, *Lehtinen (2) c. Finlanda*, par. 46.

¹⁹⁸ Decizia asupra admisibilității din 9 decembrie 2008, *Jussi Uoti c. Finlanda*.

¹⁹⁹ Hotărârea din 24 februarie 2009, *Jaanti c. Finlanda*, par. 21 - 26.

²⁰⁰ R. Chiriță, op.cit., vol. I, p. 374 și bibliografia acolo indicată.

²⁰¹ Trebuie observat totuși că în privința Olandei nu există practic o jurisprudența a Curții Europene referitoare la încălcarea art. 13 din Convenție.

²⁰² Decizia din 9 martie 2000.

²⁰³ Decizia din 21 iunie 2005.

²⁰⁴ Pentru unele situații în care s-a constatat o încălcare a duratei rezonabile a procedurii, a se vedea: Hotărârea din 17 decembrie 2002, *Mitchell și Holloway c. Regatul Unit*, par. 58; Hotărârea din 20 iunie 2004, *Eastaway c. Regatul Unit*, par. 56; Hotărârea din 16 noiembrie 2004, *Massey c. Regatul Unit*, par. 26 - 27.

²⁰⁵ Hotărârea din 16 iunie 2009.

²⁰⁶ Hotărârea din 24 februarie 2009.

²⁰⁷ Hotărârea din 7 aprilie 2009.

²⁰⁸ Hotărârea din 6 aprilie 2010.

JURĂTORII LA ROMÂNI – DESFĂȘURAREA PROCESELOR CU JURĂTORI. PROCEDURA DE JUDECATĂ

dr. Iosif Florin MOLDOVAN*

Abstract: Romanians' Swearers – Development Proces by Swearers. Judicial Proceeding. In folk culture, the juridical traditions are marks that make evident the form of the Romanian people's ethnic spirituality. Out of the mystic atmosphere, result of certain protojuridical activities of our ancestors, the land law was born, within the first ethnic communities. This is the background in which in the judicial practice of the Romanian people the swearers' institution appeared, too. At the beginning, the institution appears conditioned by the relationship between relatives, being the juridical expression of the family solidarity. During this period, the criminal trials were more frequent, so that the family solidarity, materialized by the collective oath, was to be found more in trials of this kind.

During the Middle Ages, in the transition period from tribal to feudal relations, the swearers' institution, turns into the institution of class solidarity. It began to be used in law suits having as object the land and the property right over it. In this way, the swearers and the oath, appear in trials with the specification of judicial proof, functioning as institutions well known by the Romanian people.

Many historians and jurists refer to the general characteristic features of the institution, thus showing and trying to prove that it was borrowed from different peoples.

The oath, beside the ordeals, was thought to ensure the truth discovery by the miraculous intervention of divinity, that punished the guilty person and defended the unguilty one. It was thought that the person who swore false, drew upon him the divine punishment. Due to this belief in divine power, the oath took place in a well established ceremony. Taking oath was a solemn action. He who swore false, beside the divine punishment, was also punished by the community leader. The swearers were chosen in accordance with the type of litigation that had to be judged : from the ruling class or according to the way the leader of community wanted to dispose its classification. In the penal one, the claimant was obliged to bring swearers for the oath to be taken. In the civil one, they were chosen according to the written decision. In the old law, the accused were not obliged to prove their innocence before the claimant proved his claim, as it happened with the Germanic peoples. The claimant had the task to prove the claim with witnesses and documents.

Judicial organization and proceedings were almost the same in Wallachia and Moldavia. The prince had absolute power, of divine origin, the parties having to show respect towards the supreme judge. Even the great boyars, if they were party in the trial, had to appear before the prince, showing respect to the judge and the judgement. In Moldavia, the judgement started with the exposition of the claimant's claim followed by the accused person's defence. The proofs asked by the parties were then shown. That was the moment the swearers appeared.

After the claim was made before the prince, in which it was clearly shown what he wanted, this ... investigated and judged according to justice and law, with all the high officials of my princely dignity ... and he gave law to the claimant, ususally, to swear with 12 boyars that what he claimed was true. According to the type of trial, the swearers were written in a decision or they were brought by the claimant to the court. In case till the term established by the prince, the swearers did not appear or swear, the claimant lost the trial, so he remained without a prince's decision. In case these persons came and swore in due time, the claimant won the trial. But the other party could ask for appeal and with a double number of swearers could win the trial. Each trial had, of course, its peculiarities, according to the type of trial : civil, penal or church one.

The trials on review with a double number of swearers were called appeal. Usually this judgement was characterized by the proof with 24 persons used for the trials on review with 12 persons. The name of appeal or second law was given as the proof with the swearers was called law. The appeal was thought to be a way to attack the first decision given by the court.

The swearers could be found till the second half of XIXth century and beginning of XXth, the documents of the time mentioning them.

In the course of time, as new and more complex institutions appeared, taking their place, the swearers disappeared.

This institution functioned in the three Romanian countries, in Transylvania the system of Romanian law functioning even later, the custom of the country being more often used and thus the swearers's institution, too.

The institution disappears when the modern laws appear and the law in the Romanian countries is unified in the XXth century.

Keywords : swearers, tradition, law of the land, origin, oath.

Cuvinte cheie : jurători, tradiție, legea pământului, origine, jurământ.

I. JURĂTORII LA ROMÂNII

1. Originea instituției jurătorilor

Strămoșii noștri considerau că legăturile cu puterile divine erau guvernate de *legea divină*, în timp ce legăturile dintre oameni se desfășurau potrivit *legilor pământeste*. Explicația acestui raport este următoarea: Zeii atotputernici au creat legile divine, în timp ce reprezentanții lor pe pământ, *bătrânii înțelepți și buni*, au creat legile pământeste și datinile. Ei rezolvau toate problemele ivite în comunitate după aceste legi și datini, ținând cont și de cele divine, formând astfel tradiția sau obiceiul. Ce este însă o tradiție? În etnologie este considerată forța esențială ce face să funcționeze cultura populară.

În cultura populară, tradițiile juridice sunt puncte de reper ce pun în evidență conturul spiritualității etnice a poporului român. Din atmosfera mistică rezultată în urma unor activități proto-juridice ale strămoșilor și moșilor noștri, în cadrul primelor comunități etnice, s-a născut *legea pământului*.

În acest cadru a apărut și instituția jurătorilor în practica judiciară a poporului român.

Acest mijloc de probă a suscitât interesul, de-a lungul timpului, mai multor istorici și juriști.

Studiind originea instituției jurătorilor, unii dintre aceștia, au insistat în stabilirea ei și au susținut că jurătorii români își au originea în istoria și practica judiciară a altor popoare. S-a făcut referire în special la romani, popoarele germanice și popoarele slave.

Prin prisma documentelor cercetate și studiate, având în vedere factorul principal de care s-a ținut cont foarte puțin în studiile anterioare, respectiv funcția socială, vom încerca să dovedim contrariul, arătând că instituția jurătorilor români, examinată de la începuturile ei străvechi, poate să fie la origini românească, fără influențe din afară.

Așa cum am spus, funcția socială a instituției jurătorilor a fost studiată foarte puțin, deoarece istoricii și juriștii români din trecut, au considerat dreptul o disciplină independentă de celelalte științe sau alte realități ale vieții sociale. De altfel, vreme îndelungată, dreptul nu a fost considerat o știință, fiind apreciat ca un mijloc prin care se clarificau diferitele neînțelegeri între particulari. Fenomenul juridic era considerat ca fiind ceva izolat, independent de restul cauzalității, lăsat la liberul arbitraj al legiitorului. Francisc Bacon se exprima cu privire la studiile de drept astfel: *“... cât despre juristconsulți, robiți de textele de legi ale patriei lor, sau chiar ale legilor romane și pontificale, ei nu fac întrebuințare de libertatea lor de judecată și parcă raționează ca niște captivi încătușați în lanțuri.”*¹

Cercetările vechilor istorici și juriști purtau amprenta limitelor epocii, ale capacităților de cunoaștere științifică și interpretare filosofică a realităților sociale ale timpurilor respective.

Primul care a manifestat interes pentru instituția jurătorilor a fost Nicolae Bălcescu. În primul volum al revistei *“Magazinu Istoricu pentru Dacia”* din anul 1845 și-a exprimat intenția de a studia această instituție, publicând două documente, unul de la Matei Basarab și altul de la Vlad Călugăru, documente în care se vorbea despre jurători. Cu privire la aceasta Nicolae Bălcescu a spus: *“După aceste două acturi și altele încă se cunoaște obiceiul vechiu de a îndatora pe bărbați să jure cu 12 boieri și pe femei cu 12 jupâne. Noi vom explica mai mult acest obicei într-o lucrare ce vom face asupra instituțiilor și obiceiurilor țării.”*² Din păcate, moare înainte de a-și finaliza intenția.

Originea instituției jurătorilor din România a mai fost cercetată de marele cărturar Bogdan Petriceicu Hașdeu, care în lucrarea sa *“Juriul la români și la sârbi”*, a

încercat să demonstreze originea romană a acesteia, susținând că nu a existat la toate popoarele slave, ci numai la sârbi, dar și aceștia au împrumutat-o de la romani.³ Trebuie menționat ca această lucrare a fost inspirată din studiul elementelor juridice aflate în *“Zakonicul lui Ștefan Dușan”*.

Bogdan Petriceicu Hașdeu a reliefat faptul că instituția jurătorilor își are originea în instituția romană a așa numiților *“fratres arvales”* sau *“sodales-arvales”*, care judecau procesele privitoare la delimitarea proprietăților rurale, procese care predominau în acea vreme. După legea celor XII table, aceste procese se judecau la Roma de către 3 judecători⁴. Cifra trei era pentru romani cea mai semnificativă, reprezentând începutul, cuprinsul și sfârșitul. Numărul judecătorilor se mărea în cazuri grave sau când decizia care trebuia luată era supusă unei revizuirii. Cei trei judecători erau luați din cei 12 *arvales*. Instituția romană despre care B. P. Hașdeu scrie că stă la baza originii instituției jurătorilor, este un tribunal excepțional⁵, competent a judeca, pe când jurătorii români, după cum vom vedea, nu formau o instanță de judecată, ci erau numai parte în proces, jurând și susținând ceea ce a spus partea reclamată. Judecătorii romani delegați de pretor judecau și faptul și dreptul. În sprijinul originii romane a instituției jurătorilor a mai fost invocată și *“album iudicium”*- lista celor care judecau - (*arvales*), pe care o întocmea pretorul roman. Lista era expusă în forum și din aceasta se alegeau judecătorii. S-a susținut că aceasta listă (*album iudicium*) ar fi originea răvașelor domnești din documentele noastre⁶. Această teorie a romanității instituției jurătorilor români a fost susținută mai târziu și de alți istorici și juriști. Trebuie specificat faptul că teoria nu este în totalitate demonstrată, deoarece la români instituția jurătorilor era un mijloc de probă prin care se avea în vedere onestitatea personală, pe când la romani nu era un mijloc de probă, deoarece aici proba se baza pe principiul care voia să dovedească obiectul principal. Cu toate că din această perioadă există suficiente izvoare istorice care ne arată organizarea, administrația și normele de drept ale romanilor, nu s-au găsit în dreptul roman urme care să ateste existența instituției jurătorilor. De asemenea, nu sunt indicii care să ateste că instituția ar fi existat ca element statornic și după formarea statelor ieșite din imperiul roman și care foloseau proba cu jurători.

Grigore G. Tocilescu încearcă să demonstreze romanitatea instituției jurătorilor, observând că instituția este mai veche decât la slavi, atribuindu-i origine romană și susținând că instituția jurătorilor nu se regăsește la nici un popor german.⁷ În acest sens a citat legile Salice, Alamane, Bajuvare, Frisone, scrise în latină. Cu toate acestea, mai târziu, este câștigat de teoria lui A. D. Xenopol, care susținea originea germanică a instituției jurătorilor, își însușește această teorie, și cu toate că scrisese că instituția jurătorilor nu se regăsește la nici un popor german, în anul 1882 în lucrarea *“Documente inedite privitoare la istoria românilor”*, spune că jurătorii români se aseamănă mai mult cu jurătorii germani: *“12 boeri - corespund la 12 conjuratores din legislația germană medievală”*⁸ - nota el.

Originea română a instituției jurătorilor a fost susținută și de V. Urseanu în cursul său de *“Drept internațional privat”* în care arată că obiceiul pământului nu poate fi decât dreptul nescris, consuetudinar pe care coloniile romane îl menținuseră prin *tradiție de la vechiul imperiu roman* (lucru de altfel foarte adevărat)⁹. Și în privința instituției jurătorilor, care face parte din obiceiul pământului, susține că sunt de origine romană, modificată fie de obiceiurile germane, fie de cele slave, originea fiind în instituția *“legatus augusti”*, care îl reprezenta pe împărat în afacerile din provincii și care asistat de mai multe persoane venea și administra justiția. Urseanu face următoarea precizare: *“deși această instituție (legatus augusti) nu corespundea cu instituția jurătorilor, principiul ei îl găsim în această instituție.”*¹⁰

Originea romană a instituției jurătorilor a mai fost susținută de Bogdan Gh. Agapie, care a comparat jurătorii români cu martorii de origine romană din perioada romanizării Daciei: *“Jurătorii - scria el - rămân vechii martori de origine romană pătrunși în Dacia pe calea valului civilizator latin și cărora li se dă pas cu vremea, schimbându-li-se atât condițiunile de funcționare cât și - într-o măsură cu mult mai mică - unele din aspectele sale cu adevărat constitutive. Ei sunt martorii romani cu jurământ creștin și nicidecum instituțiunea cojurătorilor împrumutată din dreptul roman sau slav, ori un alt obicei purtat din generație în generație, dela vechii Traci.”*¹¹ Bogdan Agapie face distincție între jurătorii români și cojurătorii germani sau slavi, stabilind astfel o diferență între cele două denumiri. În final arată că instituția: *“... este un vechi obicei juridic românesc (...) cum nu se poate mai potrivit nevoilor poporului român trăitor cu două, trei sute de ani în urmă.”*¹²

Părerea că jurătorii noștri au fost de origine romană a predominat mult timp și se poate explica prin faptul că în acea perioadă, se căuta insistent a se demonstra latinitatea neamului nostru. Cercetările istorice și juridice au evidențiat ulterior fără dubii că nu a existat nici o urmă a acestei instituții în dreptul roman, în organizarea judiciară a imperiului. De fapt, în momentul când cucereau Dacia, romanii erau într-un stadiu foarte avansat de organizare politică și juridică. Instituția jurătorilor fiind o formă de organizare gentilică, nu se regăsește în dreptul roman, ci proprie localnicilor supuși de către Traian.

A. D. Xenopol a susținut că instituția jurătorilor nu a fost o creație a poporului român, ci un împrumut de la germani. În monumentală sa lucrare **“Istoria Românilor din Dacia Traiană”**¹³ marele istoric scria: *“... Hașdeu și Tocilescu (...) încearcă a dovedi două lucruri peste putință: mai întâi că jurătorii români nu ar fi în toate cazurile decât niște jurați; apoi că atare instituție ar fi moștenită de la romani, de la care s-ar fi împrumutat între celelalte popoare... Cât despre faptul că juriul sau jurătorii ar fi așezământ roman, care nici odată nu ar fi fost cunoscut de popoarele germane, asemenea părere este atât de potrivnică acelei unanimității cercetătorilor instituțiilor juridice, în cât credem de prisos a o mai combate cu amănuntul. Este admis ca un adevăr*

neândoielnic de către toate autoritățile în materie de drept, că sistemul roman de judecată se deosebea radical de acel german, cel întâi primind ca justiția să fie rostită de organele statului, cel de al doilea, făcând din ea atribuție a poporului. Juriul este deci de origine germană; de aceea s-a dezvoltat el la poporul acela ce au fost mai puțin supus de cât toate celelalte înrâuriri romane. Popoarele germane care singure au produs jurătorii și jurații, aceste două forme nu s-au confundat și nu pot fi amestecate una cu alta”. De asemenea, A. D. Xenopol respinge teoria lui Grigore Tocilescu privind latinitatea instituției jurătorilor sprijinită pe capitularele lui Carol cel Mare din legea Francilor salici, legea bavareză și aceea a alemanilor, care, într-adevăr, sunt scrise în latinește, dar sunt izvoare germanice. Mai târziu, această argumentație a fost preluată și dezvoltată de I. D. Condurachi¹⁴, care considera că instituția jurătorilor a fost transmisă de la de la germani la români prin intermediul sașilor din Transilvania, colonizați în secolul al XII-lea. Nu putem fi de acord cu această argumentație, deoarece, dacă instituția era să fie împrumutată de la germani în acest mod, nu ar fi fost mai firesc ca instituția jurătorilor să fie împrumutată de la slavii așezați pe teritoriul țării noastre cu mult înaintea sașilor și încă din perioada de formare a poporului român? Considerăm că această teorie este cu atât mai neconcludentă și nefondată.

Teza marelui istoric A. D. Xenopol a fost îmbrățișată - chiar dacă nu recunoaște deschis - și de juristul Grig. I. Alexandrescu, care, la rândul său, susține originea germanică a instituției. După el jurătorii români aveau o asemănare deplină cu *conjuratores* din dreptul medieval german, iar între cele două instituții ar exista prin prisma condițiilor impuse pentru a fi jurător o analogie perfectă:” ... *Analogiile aduse de noi între așezământul Român și acel German al jurătorilor - concluziona sentențios Grig. I. Alexandrescu - nu mai pot lăsa nici o îndoială unde trebuie căutată originea lui...*”. Și pentru a fi mai convingător preciza: “... de îndată ce întâlnim cojurători și la popoarele slavone, care înconjurau pe români și anume atât la cei de sud, precum bulgari, sârbi și croați, cât și la cei de nord, precum la Poloni, Boemi, cari ei înșiși au împrumutat acest așezământ de la popoarele germane cu cari venise în atingere... Este probabil ca această instituție a jurătorilor să va fi aflat și la Bulgari, și ast-fel încunjurând ea pe Români din toate părțile, să înțelege ușor cum a putut pătrunde și în obiceiele lor.”¹⁵

Un alt adept - de data aceasta declarat al lui A. D. Xenopol, Mihail V. Demetrescu scria: “... *Istoricii noștri de frunte au muncit, au dat la lumină documentele...și au reconstituit vechia formă a jurătorilor, însă s-au înșelat asupra originii și particularității lor, aci susținând că ar fi fost o rămășiță din civilizația romană... aci amestecând-o cu jurații de azi... Dl. Xenopol a găsit cea mai adevărată cale, folosind toate izvoarele predecesorilor și cele ce a mai avut la îndemână...*”¹⁶ Mihail V. Demetrescu sedus de demonstrația marelui nostru istoric, nu se îndoiește de originea germană a instituției jurătorilor și, la fel ca Grigore I. Alexandrescu, identifică jurătorii cu acei “*conjuratores de la germani*”, pe care i-au împrumutat și strămoșii noștri prin mijlocirea slavilor.¹⁷

În perioada interbelică, Ștefan Berechet, abordând și el instituția jurătorilor susține originea ei slavă: “... Această instituție la Români - scria el - era un privilegiu numai al claselor înalte, era o urmă de influență slavă asupra culturii românești, era o amintire a acelor străvechi privilegii de cari se folosiseră clasele înalte românești (kenezii, nobiles) în Transilvania până la întemeierea satelor. În fiecare județ românesc (districtus olachalis) era un scaun de judecată, format din 6, 8 și 12 jurători, cari în documentele latine se numiau jurati, seniores olachales sau jurati boerones...”¹⁸ Ca și B. P. Hașdeu, Ștefan Berechet confundă instituția juraților cu cea a jurătorilor. Scaunele de judecată din Transilvania nu erau formate din jurători ci din jurați, ori aceștia aveau cu totul alte atribuții, fiind o instituție deosebită de cea a jurătorilor. Instituția juraților poate fi definită ca o instituție care judecă problemele ce le sunt înfățișate de martorii acuzării și ai apărării. Putem chiar să spunem că aceștia erau un fel de judecători. Jurătorii însă erau o formă de probațiune, care apăreau în fața juraților. (Vom studia această problemă în cadrul scaunelor de judecată).

Cu privire la privilegiul de a judeca numai nobili, este de asemenea o confuzie între cele două instituții. În cele ce urmează vom arăta că jurătorii erau folosiți de toate clasele sociale fără deosebire.

Marele istoric Nicolae Iorga, deși la început a fost de acord că instituția jurătorilor poate să fie împrumutată de la popoarele slave, a revenit și a afirmat că instituția jurătorilor la români provine din “*străvechiul fond tracic*”¹⁹. Această teorie elaborată prima dată de Ioan Nădejde în anul 1900²⁰, a fost resuștinută de Nicolae Iorga în 1922²¹, George Fotino în 1925²² și Andrei Rădulescu în 1939. Andrei Rădulescu în lucrarea sa “*Pagini din Istoria Dreptului Românesc*”²³, spune: “*Când romanii au cucerit ținuturile noastre, au adus și dreptul lor (...) organizând provincia și autoritățile după rânduilele lui. ... Dar și elementul trac, aflător aci și care a continuat să trăiască și să se amestece cu cel roman, a trebuit să aibă norme de drept, căci fără ele un popor nu poate viețui. Aceste norme vor fi fost mai simple ca ale romanilor, dar probabil într-o oarecare măsură asemănătoare. Normele romane s-au amestecat, desigur și cu elementele trace și s-a ajuns astfel la un drept care s-a aplicat sub formă de obicei*”.

Instituția jurătorilor, explicată prin geneza traco-geto-dacică, corespunde adevărului istoric în sensul originii gentilice a acestei instituții și în sensul general al continuității pe teritoriul țării noastre, până la formarea poporului român.

II. DESFĂȘURAREA PROCESELOR CU JURĂTORI. PROCEDURA DE JUDECATĂ.

Studiul instituției jurătorilor chiar de la începuturi, având în vedere originea socială, ne-a arătat originalitatea acesteia încă dinainte de formarea poporului român. Cu toate că nu există scrieri despre aceasta, decât mult mai târziu, vom încerca să arătăm procedura de judecată cu jurători, începând cu geto-dacii.

După cum știm, societatea geto-dacă era împărțită în două mari clase: nobilii - *tarabostes* și oamenii de rând numiți și *comati*.

În fruntea statului era regele care guverna țara ajutat de un vicerege, de obicei marele preot, și de un sfat de nobili.

Organizarea instanțelor judecătorești și procedura de judecată arată împletirea activității de stat și implicit a celei judiciare cu activitatea religioasă. Marii preoți participau la conducerea obștii și chiar judecau. Iordanes ne arată exemplul lui Comosicos, mare preot și vicerege “... *care judeca și împărțea dreptatea*” (in sua iustitia populos iudicabat). În calitate de șefi ai statului, regii geto-daci erau și șefi ai justiției, deci ai instanțelor judecătorești, iar activitatea politică se împletea cu cea religioasă deoarece șeful statului era și mare preot, sau era ajutat de marele preot²⁴.

În statul dac centralizat schema de organizare includea elementul teritorial. În acest mod teritoriul leagă pe individ de noua structură socială, înlocuind definitiv raporturile gentilice. Individul devine componentă a comunității prin intermediul teritoriului. Astfel, structura judiciară se schimbă în următoarea configurație: căpătenii obștești - judecători - cler - consiliu - vicerege - rege.

Procedura de judecată se desfășura în fața căpeteniei și judecătorilor, aceștia din urmă fiind de fapt sfatul nobililor. Judecata consta de cele mai multe ori în proba duelului judiciar, o luptă între părți, sub controlul căpeteniei, învingătorul fiind și cel care câștiga judecata iar cel care pierdea era exclus.

Din această perioadă nu există nici un izvor scris despre folosirea instituției jurătorilor, însă prin pătrunderea sciților pe teritoriul geto-dac în secolul al VI-lea î.e.n., despre care există scrieri că foloseau jurământul și jurători în legile lor²⁵, procedura de judecată fiind asemănătoare, considerăm că și dacii foloseau această instituție. Jurământul era direct legat de religie fiind o constatare bazată pe arta divinatorie.

În perioada stăpânirii romane, cu toată aplicarea dreptului roman pe teritoriul stăpânit, acesta a permis populației autohtone să-și păstreze și vechea ei structură juridică. În acest fel s-a format un sistem juridic autohton, propriu, care și-a urmat calea firească în timp, afirmându-se ca drept românesc nescris, cunoscut ca *ius valahicum* sau obiceiul pământului.

Deși nu există izvoare scrise din această perioadă despre instituția jurătorilor la români, daco-romani, protoromâni, popoarele cu care au intrat în contact de-a lungul timpului, cunoșteau și se foloseau de această instituție. Astfel vechii germani foloseau jurământul și jurătorii sau oamenii buni (*coram plebe et bonis hominibus*) pentru vânzarea terenurilor, în special lotul familial care nu se putea vinde decât în fața acestora și cu aprobarea sfatului obștesc²⁶. Bănuim că oamenii buni trebuiau să facă dovada prin jurământ că terenul în cauză este de drept al vânzătorului. Jurământul obliga pe cei care-l făceau.

La fel era și la popoarele slave. Jurământul ca și datul mâinii erau moduri de a consfinți o obligație. Aceasta lega părțile, iar încălcarea jurământului era considerată o mare fărădelege.

Cu toate că originea structurii juridice românești a fost un subiect controversat între specialiști, fiindu-i atribuite diferite origini, în rezolvarea problemei trebuie avut în vedere raportul acestei structuri cu structura economico-socială care a generat-o. Existența obștii teritoriale în epoca dacică presupune și o structură juridică corespunzătoare acestui mod de organizare. Deoarece baza economică a acestora s-a păstrat neschimbată mai mult timp, este de presupus că și structura juridică a urmat aceeași cale, aceasta constituind un argument logic în sprijinul persistenței unor norme juridice proprii geto-dacilor.

Mai târziu, izvoarele scrise ne arată modul în care se organiza un proces, participanții, procedura de judecată. În Țara Românească și Moldova organizarea judecătorească și procedura erau aproape identice. Astfel, domnitorul țării, care era judecătorul suprem, intra în sala de judecată precedat de aprozi și urmat de spătar, care împreună cu oamenii săi îi asigura protecția. Domnitorul se așeza pe un scaun aflat pe o estradă, mai sus cu una sau două trepte față de podeaua camerei. În stânga lui se așeza mitropolitul țării, iar la dreapta se așeza marele spătar. În față erau aprozii și armașii. Neagoie Basarab în *Învățăturile* sale sfătuia pe Domnitor: “... la judecată să stea lângă tine oameni pricepuți și bătrâni înțelepți; dar să stea și tineri în picioare, având și învățătură și școală bună și îndestulătoare ...”, adică să cunoască pravilele.

Domnitorul avea o putere absolută, de origine divină, împlicinații trebuind să-și arate respectul față de judecătorul suprem. Chiar și marii boieri, dacă erau împlicinați, trebuiau să apară în fața domnitorului, arătând respectul convenit judecății și judecătorului. Dimitrie Cantemir scrie că judecata era așa de *înfricoșată și lipsită de părtinire* încât “... însuși marele logofăt dacă ar fi pârât și de un țaran, îndată ce aude că se face chemarea numelui, trebuie să se scoale de la locul său și până ce procesul a fost dezbătut, să stea la stânga țaranului ...”²⁷.

Împlicinații se adresau domnitorului în genunchi. Acest obicei era folosit și în Moldova și în Țara Românească. Există mărturii²⁸ care atestă folosirea acestui obicei în ambele țări până în secolul al XVI-lea. În secolul al XVII-lea obiceiul era folosit în Țara Românească, în Moldova fiind desființat de domnitorul Vasile Lupu o perioadă de timp, după care a fost reînființat, dispărând abia în secolul al XIX-lea. Procesele erau publice și se desfășurau în limba română “*limba moldovenilor și muntenilor*”, cum de altfel s-a desfășurat întotdeauna viața obștească a poporului român.

În Moldova judecata începea cu expunerea plângerii reclamantului, urmată de apărarea pârâtului. În continuare se administrau probele²⁹ cerute de părți. În acest moment apar jurătorii. După reclamația făcută înaintea domnitorului, în care arăta

clar ce dorea, acesta ... *cerceta și judeca după dreptate și după lege, cu toți cinstiții dregători ai domniei mele...* și dădea lege reclamantului, de regulă, să jure cu 12 boieri că este adevărat ce reclamă. În funcție de natura procesului, jurătorii se dădeau pe răvașe³⁰, sau erau aduși de reclamant la termenul de judecată. Dacă până la termenul fixat de domnitor, jurătorii nu apăreau sau nu jurau, reclamantul pierdea procesul, adică *rămânea de lege dinaintea domnitorului*. În condițiile în care jurătorii veneau și jurau la termenul fixat, reclamantul câștiga procesul. Cealaltă parte putea cere însă *lege peste lege* și cu un număr dublu de jurători putea să întoarcă soarta procesului în favoarea sa. Desigur că fiecare proces avea particularitățile lui, în funcție de tipul de proces, civil, penal sau bisericesc.

În sala de judecată se afla Evanghelia, judecătorii judecând cu cartea pe masă. Ambele părți depuneau jurământul, reclamantul că a chemat în judecată cu cuget curat, iar pârâtul *“cu sufletul lui că are tot cuvântul spre a se împotrivi”*. Acest lucru avea o importanță aparte, urmărindu-se ca în fața jurământului cel care nu are dreptate, știind asta, să renunțe.

În Țara Românească judecătorii erau obligați să asculte cu *“luare aminte și fără să se supere”* tot ce aveau de spus părțile, indiferent de timp. Hotărârea era dată de domnitor după consultarea cărților, a documentelor vechi care spuneau despre acea pricină, a privilegiilor, a cărților de judecată sau a răvașelor jurătorilor. În caz că nici unul din documente nu prevedeau cazul din speță, judecătorii se adresau domnitorului *pentru povață și învățătură*.

O foarte interesantă procedură de judecată, asemănătoare cu o instanță de recurs ca mod de judecată, însă având în fapt în fiecare speță rolul unei instanțe de fond, erau judecățile în care reclamantii veneau înaintea domnitorului și *pârau* sau aduceau la cunoștința acestuia un fapt deja petrecut și judecat de predecesorii domnului, în speranța că de data aceasta vor avea câștig de cauză. Din aceste tipuri de procese observăm cum instanța domnească primea reclamația *“... iar întru aceasta domnia mea am cercetat și am judecat după dreptate și după lege, cu toți cinstiții dregătorii domniei mele ...”* și făcea cercetări cu privire la faptul reclamat. În condițiile în care hotărârea anterioară era corectă, domnia o recunoștea și o întărea, în unele cazuri chiar prin carte de blestem. Un caz foarte interesant și elocvent pentru a demonstra cele de mai sus, este procesul din 9 ianuarie 1562 purtat între călugării mănăstirii Tismana și Roșca împreună cu fiii lui Răsipă, pentru satele Bahna, Ploștina, Leurda, Cireșelul, Turcineștii și Grozeștii, cu tot hotarul³¹. Împricinații s-au prezentat în fața lui Petru voievod, fiecare revendicând satele cu terenurile de mai sus. Domnitorul a cercetat cazul și a constatat că același caz a fost judecat înaintea lui de Radu Voievod, când călugării au câștigat jurând cu 12 boieri. Radu și fiii lui Răsipă au luat lege peste lege înaintea lui Mircea Voievod, cu 24 de jurători, însă nu i-au putut aduce

la soroc și au rămas de lege. După aceea s-au judecat în fața lui Pătrașcu voievod cu 12 jurători, iar călugării de data aceasta au luat lege peste lege 24 de jurători, cu care au câștigat din nou procesul. Față de aceste procese, Petru voievod nu mai judecă pricina, ci dă câștig de cauză călugărilor și mănăstirii Tismana “... de aceea am dat și domnia mea sfintei mănăstiri și dumnezeieștilor călugări, ca să le fie toate aceste sate și ocine și ohabă și de nimeni neclintite, după spusa domniei mele”. Domnitorul exercita cele mai largi atribuții judiciare. Serviciile administrative ale țării aveau față de acesta rolul de organe judiciare auxiliare, instanțele de judecată fiindu-i direct subordonate, având doar competența să cerceteze conținutul și temeiul reclamațiilor pentru a face propunerile legale pe care urma să se întemeieze hotărârea domnească.

Unul din domnitorii care a avut o remarcabilă activitate judecătorească în ambele țări românești a fost Alexandru Ipsilanti. Acesta a domnit în Țara Românească între anii 1774 -1782 și în Moldova între anii 1786 - 1788.

Alexandru Ipsilanti a judecat procesele în spiritul justiției conservatoare, apărând boierimea și biserica împotriva protestelor sociale manifestate sub forma proceselor de către țăranime. Motivația judecății era invocarea dispozițiilor cuprinse în pravile, arătându-se însă foarte rar care sunt acele pravile. Există totuși unele procese de moștenire unde se specifică că au fost aplicate pravilele împărătești³² sau Hexabiblosul lui Armenopol.

1. Jurătorii în procesele civile

Procesul civil este o activitate de soluționare a litigiilor civile și de executare a hotărârilor pronunțate cu privire la acestea, activitate desfășurată de organele de jurisdicție, de organele de executare, de părți și de alte persoane sau organe în vederea realizării sau stabilirii prin hotărâre a unor drepturi civile sau a executării hotărârii obținute. Problemele de drept civil judecate în procesele civile cuprind totalitatea normelor juridice care reglementează raporturi juridice patrimoniale în care părțile apar ca subiecți egali³³. O altă definiție spune că dreptul civil este norma care reglementează raporturile patrimoniale și nepatrimoniale stabilite între persoane fizice și persoane juridice aflate pe poziții de egalitate juridică³⁴. Sigur că aceste definiții sunt ale epocii contemporane, însă nu sunt deloc diferite de cele ale timpurilor vechi.

Cauzele proceselor le constituiau, în principal, dreptul de proprietate asupra pământului, hotărnicii de moșii, donații, contracte de vânzare-cumpărare, probleme legate de familie, moșteniri, filiații, împrumuturi ș.a.

Întâlnim în procesele civile jurătorii hotarnici care prin natura atribuțiilor pe care le aveau îndeplineau probațiunea necesară în procesele de hotărnicire a terenurilor, moșiilor. Procese care să confirme acest lucru sunt multiple, având în vedere că pământul

a fost principalul subiect al disputelor juridice³⁵. Exemplificăm în acest sens procesul din 26 iulie 1561 între Tatul și Bădilicea cu Moșul și Miclea. Pătrașcu Vodă dăduse 12 boieri “... *de au umblat și au hotărât și au pus semne de hotare ...*”. Sub domnia lui Mircea Voievod, Manul și Miclea cer *lege peste lege* 24 boieri și “... *au umblat și au hotărât cu acei 24 boieri... și au mutat și lepădat hotarele acelor 12 boieri...*”³⁶.

Jurătorii tocmelnici sunt și ei prezenți în procesele civile având un rol activ în desfășurarea acestora. Jurătorii erau numiți de instanță, făceau cercetări cu privire la obiectul procesului, iar rezultatul îl consemnau într-un document care era predat instanței³⁷. Acest rezultat avea o influență decisivă în hotărârea instanței³⁸.

Jurătorii adevărați erau folosiți în procesele civile, pentru a confirma existența sau întocmirea unor contracte, angajamente, donații, diferite alte acte sau documente. Exemplificăm în acest sens un document emis la 5-19 mai 1331 care confirmă folosirea jurătorilor adevărați într-un proces de moștenire. Ei adevăresc prin jurământ că moștenirea este corect administrată, după voința testatorului³⁹.

Jurătorii arbitri - cei care încercau să stingă litigiile prin împăcarea părților și-au făcut simțită prezența și în cazurile civile. Având în vedere că acestea predominau din punct de vedere juridic, era normal ca și jurătorii arbitri să fie prezenți în procese. Exemplificăm procesul dintre Fyntia, Pavel, Ioan, Petru și Andrei împotriva lui Jakov, Laurențiu în legătură cu dreptul de proprietate asupra a două moșii. În cauză s-a hotărât prin mijlocirea visterului Dumitru, a magistrului Petru “... *și a altor bărbați vrednici și nobili, aleși de ei împreună, să aibă loc înaintea noastră o hotărâre prin acești arbitri în vinerea ...*”⁴⁰.

2. Jurătorii în procesele penale

Proces penal - înseamnă o pricină supusă dezbaterilor unei instanțe judiciare sau cu alte cuvinte, este o activitate desfășurată de organele judiciare, de părți și de celelalte persoane care participă într-o cauză penală în vederea stabilirii faptelor ce constituie infracțiuni și a sancționării acestora.

Procesele penale erau în majoritatea lor referitoare la încălcarea regulilor privitoare la moralitatea publică, la proprietatea unor bunuri (cazuri de furt) și cele privitoare la integritatea fizică (procesele în cazuri de omor, vătămări corporale, tâlhării, jafuri etc.).

Răzbunarea privată și principiul pedepselor colective nu mai erau aplicate. Dacă în trecutul îndepărtat al instituției, acest tip de pedeapsă era rezultatul unei judecăți care aproba răzbunarea “*ochi pentru ochi și dinte pentru dinte*”, în epoca feudală nu mai era tolerată. Fiecare plătea pentru faptele sale.

În judecarea delictelor penale, legea nu era restrictivă cu privire la numărul jurătorilor, în schimb dacă în cauzele civile se admitea rejudecarea procesului prin luarea de *lege peste lege*, cu un număr dublu de jurători, acest lucru nu era posibil în cauzele penale. Hotărârea primei instanțe în care apar jurătorii era definitivă. Chiar dacă în cauză erau ascultate și alte persoane, acuzatul nu mai putea să se dezvinovățească sau să ceară rejudecarea procesului. În caz de minciună, jurământ fals, acesta era considerat vinovat și era pedepsit atât pentru fapta săvârșită cât și pentru jurământul fals. În solidaritate cu el, erau pedepsiți și jurătorii cu care a jurat. În acest sens exemplificăm procesul din 13 noiembrie 1699 a lui Vasilie și sora sa Anița, copii lui Ștefan Popescul din Milești, împreună cu alți doi, judecați pentru furt. *“... adică eu Vasile și sora mea Anița... scriem și mărturisim... cu cest adevărat zapis al meu precum am căzut eu la o nevoe de am luat o groap de pâini a unor călugări dela Horodiști împreună cu Gavril și cu Vasilie din Horodiște, apoi călugării hiind păgubaș s-au apucat de sat să li plătească pânea, iar satul s-au pus în spinarea mea zicând că sântu eu vinovat, dar eu întâi am tăgăduit și am pus și doi oameni de-au giurat pentru mini precum sintu om dreptu, iar cand au fost mai pi urmă soțiile mele⁴¹ au spus drept că au luat ei pânea și-npreun cu mini. Deci dumnealui Darie Donici sârdaru hiind dumnealui socotitori aice la margini, ne-au adus pe noi toți de faț să dăm soam. Deci noi ne-m învoit cu soțiile mele și am dat dumisale pentru gloaba mea și pentru gloaba acelor doă soții a mele și pentru limba strâmbă ce-au giurat rău acei doi oameni pentru mini...”⁴².*

Vedem din document cum de la prima înfățișare, deși acuzatul nu a recunoscut inițial, a fost obligat a executa pedeapsa prin plata gloabei pentru el și jurătorii lui.

În procesele penale, în majoritatea lor, întâlnim jurătorii adeveratori. Aceștia jurând împreună cu acuzatul, prin jurământul de credibilitate, confirmau de fapt că acesta este un om drept și că cele spuse de el în fața instanței pot fi considerate ca adevărate.

Din anumite documente observăm că, deși regula era ca acuzatul să aducă în sprijinul său cojurători, uneori și partea vătămată, dacă nu putea dovedi clar acuzația, era obligată să o probeze cu cojurători. Vedem acest lucru într-un proces din 13 iunie 1702, când în scaunul de judecată ținut la Sighet (*congregatio judicariae sedis in Sighet*), în cadrul procesului pornit de negustorii greci păgubiți de Pinteș și tovarășii lui, apărătorul acuzațiilor, Bergenzei Johannes, a invocat lipsa mărturiilor directe, clare, faptul că declarațiile sunt obținute sub tortură, că numai din auzite s-a dovedit vinovăția învinuiților. În urma acestor obiecțiuni, instanța a hotărât ca acuzatorii, în speță negustorii greci, să aducă fiecare câte șase cojurători care să jure că știu sigur că acuzațiile sunt adevărate, deoarece ei au văzut la învinuiți materiale și bunuri furate din cele ce aveau negustorii⁴³. La următoarea înfățișare, reclamanții au înfățișat în fața instanței 12 cojurători, dați cu numele în document, care au jurat că cele spuse de aceștia sunt adevărate. Negustorii au pretins recuperarea bunurilor furate, apreciate la valoarea de 1000 taleri imperiali⁴⁴.

Același proces ne arată cojurătorii aduși de Ionas Jura din Oncești, acuzat de negustorii greci că ar fi fost tovarăș de hoție cu Pintea și tăinuitor de bunuri furate. După prezentarea întâmpinării făcută de acuzat, din care reiese că nu a fost tovarăș cu Pintea, ci, din contră, a fost dușmanul lui, judecătorii au ajuns la concluzia că probele nu sunt convingătoare și clare, iar declarațiile sunt numai din auzite. S-a hotărât că Ionas Jura să aducă cojurători, persoane nobile, iar dacă aceștia jură că este nevinovat, atunci să fie absolvit de acuzații. Acuzatul a prezentat șase persoane nobile, cinstite și credibile, care au jurat că este nevinovat⁴⁵. La fel s-a discutat și acuzarea a șase persoane, respectiv Jonas Dunka, Dsurka Petras, Moldovan Iosif, Percze Elia, Tropicza Andras, Vlasin Cozma. Toți s-au declarat nevinovați și au negat colaborarea cu Pintea, susținând că, din contră, l-au urmărit și au colaborat cu autoritățile pentru a-l prinde. Din document vedem cum în afară de Moldovan Iosif care s-a dezvinovătit de cele acuzate arătând că el este *“solgibirău”* (slujbaș împărătesc) și era normal să-l urmărească pe Pintea, instanța nu a acceptat declarațiile celorlalți și hotărăște că lipsind dovezile și toate acuzațiile fiind suspiciuni, să se apeleze la cojurători. Fiecare din cei de mai sus, trebuia să-și aducă un număr de șase cojurători nobili cu care să jure împreună că este nevinovat⁴⁶. Următorul document⁴⁷ arată cum fiecare acuzat și-a adus cojurători, cine sunt și cum au jurat pentru nevinovăția lor.

Un alt exemplu este procesul deschis de Stratulat, vornic de gloabă, împotriva lui Ion și a oamenilor săi din Antălești, ținutul Sucevei, care sunt acuzați că ar fi furat 50 de boi și un cal. În fața instanței însă, acesta a fost declarat nevinovat deoarece împreună cu 24 de jurători a jurat că este nevinovat, furtul fiind săvârșit de altă persoană, respectiv Toader Gligenco. Acesta nu a mai avut drept la un proces, fiind pedepsit ca vinovat⁴⁸.

Din toate exemplele prezentate reiese clar folosirea instituției jurătorilor adeveratori în procesele penale. Ei susțin prin jurământ că acuzatul nu numai că este nevinovat, dar și că nu poate declara fapte neadevărate, că nu poate să săvârșească o asemenea faptă de care este învinuit.

Deși în materie penală existau norme deosebite, reglementate de obiceiul pământului sau de legile scrise care prevedeau o gamă variată de procedee⁴⁹ pentru a se dovedi vinovăția sau nevinovăția, nu se putea ca pentru faptele cele mai grave care aduceau atingere proprietății private sau integrității corporale, să nu se apeleze în probațiune la instituția jurătorilor. Documentele existente demonstrează aceasta. Astfel, la 11 decembrie 1348, magistrul Ladislau, vicecomite și juzii nobililor din comitatul Satu Mare adevăresc că Biccius zis Cantor, împreună cu 11 nobili cojurători au depus jurământ că n-a luat cu iobagii săi roadele și folosințele moșiilor Medyeș și Tarkan ale lui Ștefan, nobil de Tyuis⁵⁰. Pentru tâlhărie, comitele Pavel, într-o judecată cu doi învinuiți, a hotărât ca *“... acei Nicolae și Ștefan... să fie datori ca împreună cu douăzecișitrei de nobili de o seamă cu ei, anume acel Nicolae cu unsprezece și Ștefan cu unsprezece, să facă jurământ înaintea capitlului din Oradea... asupra faptului că ei și amintiții lor slujitori ar fi cu totul nevinovați și curați față de întreaga pâră și plângere de mai sus...*

am văzut lămurit că acel jurământ a fost făcut împreună cu cojurătorii lor... i-am declarat... dezlegați și dezvinovați de toate...”⁵¹. Pentru vătămare corporală comitele Nicolae de Zeech, judele curții regelui, sorocoște ziua de 27 august lui Petru (...) ca să jure împreună cu alți 24 de nobili în fața capitlului din Oradea că nu e vinovat de faptul că ar fi bătut crunt împreună cu slujitorii săi pe un iobag al lui Ladislau și că ar fi brutalizat pe alții⁵². Un alt document⁵³ ne arată cum Petru, la data stabilită, a jurat cu 24 de nobili că este nevinovat de învinuirile aduse.

Exemplele pot continua, izvoarele scrise fiind foarte bogate în acest sens⁵⁴.

Cu toate că jurătorii adeveratori sunt preponderenți în cauzele penale, constatăm și existența jurătorilor arbitri. Într-un document emis la 25 iunie 1329 privind cotropirea cu puterea și reținerea unei livezi și fânaș, aflate sub semnele de hotar ale reclamantului. Pe parcursul procesului părțile s-au împăcat. Documentul spune că împăcarea a intervenit “... prin împăciuirea unor bărbați cinstiți și nobili care au mijlocit între părțile lor, s-au înțeles și în fața noastră se înțeleg în acest fel...”⁵⁵.

După cum probabil s-a remarcat, exemplele date sunt în majoritate din Transilvania. Acest lucru nu înseamnă că în celelalte țări românești nu au fost folosiți jurători în procese penale. Explicăm acest lucru prin următoarea teorie: în Transilvania există un volum mult mai mare de documente scrise, încă din secolul al X-lea, datorită modului de păstrare al acestora, respectiv în arhivele capitlurilor sau al conventelor, structurate și inventariate în registre, pe tipuri. Toate aceste documente se păstrau în copii și în arhive familiale, de asemenea bine catalogate. În acest mod, în prezent regăsim un volum important de material arhivistic. În Moldova și Țara Românească actele întocmite s-au regăsit la persoanele despre care se făcea referire în ele care, dacă au avut interes le-au păstrat, iar dacă nu, s-au pierdut de-a lungul timpului. Observăm astfel volumul mare de acte care dovedesc hotărnicii, moșteniri, donații, întărirea dreptului de proprietate asupra unor moșii, terenuri, construcții, etc., dovedind ce am afirmat mai sus. În condiția în care era vorba despre pământ sau o formă de proprietate, actul era păstrat cu sfințenie, acesta fiind de fapt eventual folosit în procesele civile. Partea penală neavând o asemenea putere probatorie, actele care o reglementau se regăsesc mai greu.

Cu toate acestea, există și documente privind procese penale care au folosit în probațiune instituția jurătorilor⁵⁶.

3. Jurătorii în procesele de drept canonic

Având în vedere importanța covârșitoare pe care o avea biserica pe plan social, drepturile care îi erau acordate de domnitorii țărilor românești, averile extraordinare adunate, toate acestea dădeau naștere la tot felul de pricini, care, după cum era normal, trebuiau să fie soluționate.

Instituția jurătorilor fiind prezentă în procesele civile și cele penale, este firesc s-o întâlnim și în procesele de drept canonic.

Considerăm procese de drept canonic cele în care era implicată biserica.

Vedem astfel procese între boieri și biserică: în 6 august 1526, Radu de la Afumați întărește lui Vlaicu clucer un copil de țigan, în urma unei judecăți cu Mănăstirea Argeșului⁵⁷.

În 10 noiembrie 1528, voievodul Radu întărește mănăstirii Argeș ocină în Domnești și în Corbi, în urma unei judecăți avute cu jupan Manea⁵⁸. În acest document apar 12 boieri jurători hotarnici care “... *au căutat acei 12 boieri mai sus scriși... au aflat că sunt vechi hotare, drepte moșii ale sfintei mănăstiri numite Argeș...*”.

La 12 februarie 1533 Vlad Vintilă voievod întărește mănăstirii Bistrița dreptul de proprietate asupra unui vad cu mori pentru care era în proces cu Vlaicu clucer⁵⁹. Acest vad cu mori aflat pe râul Doamnei a fost obiectul mai multor procese. Fiind dăruit de voievodul Radu cel Tânăr mănăstirii Bistrița, a fost cotropit de megieșii din Micești. Vadul a fost redobândit în urma jurământului a 12 jurători. Mai târziu, jupan Oancea din Batiu s-a judecat pentru mori, însă din nou au jurat 12 boieri în favoarea mănăstirii. Ultimul proces, cel cu Vlaicul clucerul, ajuns în fața domnitorului “... *am dat domnia mea 12 boieri să cerceteze rândul după dreptate, însă acolo la fața locului... Aceștia au aflat că a fost închinat acest de mai sus zis vad cu mori... sfintei mănăstiri, astfel că și ei l-au dat sfintei mănăstiri...*”. Din conținutul documentului putem observa existența și funcționarea jurătorilor tocmelnici care au fost dați de domnitor pentru a merge la fața locului și a cerceta cazul.

Documentul din 5 iunie 1535, ne arată folosirea jurătorilor hotarnici când domnitorul Vlad Vintilă întărește mănăstirii Cutlumuz de la Athos, moșia Uibărești, în urma judecății cu vornicul Neagoe⁶⁰ în baza jurământului a 12 boieri “... *ca să hotărnicască pe unde au fost vechile hotare... astfel au umblat... de au hotărnicit și au pus stâlpi pe unde au fost vechile hotare...*”.

Jurătorii tocmelnici mai apar în documentul⁶¹ din 27 iulie 1529, unde voievodul Moise “... *și a mai dat domnia mea 12 boieri ca să cerceteze lucrul și rândul încă și mai bine...*” în procesul dintre mănăstirea Govora și Mihail grămaticul pentru o moșie în Plopul. Jurătorii “... *mai sus zișii boieri au dat pe sufletul lor că acea ocină să fie a sfintei mănăstiri, iar Mihail diac a rămas de lege...*”.

Procese în care ambele părți erau reprezentate de biserică, ne sunt reliefate de următoarele documente:

La 24 octombrie 1531 mănăstirea Glavaciogul prin egumenul chir Sava a fost în judecată cu călugării de la mănăstirea Nucet pentru niște vii din Topoloveni⁶². Judecata domnitorului a dat câștig de cauză mănăstirii Glavaciogul, călugării de la Nucet rămânând de lege.

În 8 aprilie 1635 mănăstirea Agapia s-a judecat cu mănăstirea Golia din Iași pentru un vad de moară și un loc de prisacă în hotarul satului Chiperești⁶³. Jurătorii hotarnici apar în documentul din 12 iunie 1635, prin care Costantin Hângul dă hotarnică pentru alegerea hotarelor moșiei Mihăilești a mănăstirii Homor⁶⁴.

În 16 octombrie 1604 s-au judecat⁶⁵ călugării de la mănăstirea Agapia cu mănăstirea Xeropotam, pretinzându-se că mănăstirea acestora este făcută și așezată pe locul mănăstirii Agapia. Voievodul Eremia Movilă a judecat cauza și a hotărnicit granițele între cele două mănăstiri restabilind buna înțelegere. În acest caz se poate constata existența arbitrilor, cele două părți fiind împăcate de comun acord.

Din studiul documentele prezentate și al multor altele referitoare la procese în care era implicată biserica, observăm că toate sunt judecate în fața domnitorului. Chiar dacă în proces erau folosiți jurători sau se judeca direct de domnitor, într-o majoritate covârșitoare procesele în care una din părți era biserica, erau câștigate de aceasta. Din punctul de vedere al laturii sociale, acest lucru era foarte clar, explicația fiind însăși poziția socială a bisericii în societate. Cu toate acestea au fost și cazuri când domnitorul a dat câștig de cauză celeilalte părți⁶⁶.

Mai observăm că procesele bisericesti judecate în fața domnitorului erau aproape⁶⁷ toate de natură civilă. Celelalte cazuri care aveau ca obiect neînțelegeri strict legate de viața bisericească/călugărească, erau judecate în sânul bisericii de mai marii acesteia. Un document din 17 noiembrie 1502 emis de Ștefan cel Mare, ne confirmă această opinie. Voievodul hotărăște ca toți popii din satele mănăstirii Putna, să fie judecați de către egumenul Spiridon fără amestecul dregătorilor episcopești: “... și am dat mănăstirii mai sus spuse pe toți popii care sunt în toate bisericile, prin toate satele acelei mănăstiri, peste tot, prin toată țara noastră, ori câte are această sfântă mănăstire și câte i se vor mai adăuga și de acum înainte, toți să asculte de mai sus zisa mănăstire și cu tot venitul și să-i judece egumenul de la Putna. Iar dregătorii vlădicești să nu aibă nici o treabă la acești popi în veci...”⁶⁸.

În Transilvania puterea de judecată a bisericii se extinde, aceasta în afara judecăților din cadrul bisericii putând judeca iobagii și oamenii care-i aparțin. Astfel, la 19 ianuarie 1327 Carol regele Ungariei, într-un decret spune: “... deoarece libertatea dată și hărăzită din vechime de strămoșii noștrii bisericii sau mănăstirii prea sfântului rege Ladislau din Oradea și întărită apoi aceleași biserici de către noi, pretinde și cere ca nimeni dintre judecătorii țării noastre să nu poată judeca pe iobagii acelei biserici din Oradea (...) poruncim ca pe iobagii și oamenii pomenitei biserici să nu cutezați nicidecum a-i judeca...”⁶⁹. Chiar dacă documentul este individualizat pentru biserica din Oradea, nu credem că este singular, acest drept avându-l aproape toate bisericile transilvane catolice.

4. Legea peste lege

Procesele rejudicate cu un număr dublu de jurători se numeau lege peste lege. De obicei contrapoba cu 24 de jurători folosiți la rejudicarea proceselor cu 12 jurători caracteriza această judecată. Denumirea de lege peste lege sau a doua lege a fost dată deoarece proba cu jurători era numită lege.

În Țara Românească rejudicarea proceselor a fost o practică frecventă, neexistând prevederi legale pentru redeschiderea proceselor atât în timpul domniei unui domnitor, cât și în timpul altor domnitori. Numărul de jurători folosiți într-un proces era determinat de aprecierea domnitorului, la fel și rejudicarea acestuia. Pentru rejudicare, domnitorul putea să aprobe un număr dublu de jurători față de numărul folosit inițial, sau chiar mai mic dacă avea în vedere rangul jurătorilor folosiți. Aprobarea rejudicării procesului putea fi determinat de interesul domnitorului în procesul respectiv.

Având în vedere numărul mare de jurători necesari a fi prezentați într-un proces rejudicat, adică dublul numărului inițial, acest gen de judecată nu era la îndemâna oamenilor săraci. Rejudicarea proceselor prin folosirea contraprobei cu jurători era o practică folosită de clasa dominantă, de feudali. Solidaritatea de clasă bazată pe stăpânirea moșiilor și asigurată de domnia feudală, s-a dovedit puternică în rândurile boierilor și mănăstirilor, numai aceștia având posibilitățile și mijloacele necesare pentru a aduce la judecată un număr dublu de jurători⁷⁰.

În aceste condiții, este ușor de înțeles de ce domnitorul putea sau nu să aibe interes în aceste procese. Prin părtinirea uneia dintre părți își asigura de fapt susținătorii și finanțatorii tronului.

Legea peste lege a fost considerată ca o cale de atac împotriva primei hotărâri date de instanța domnească. Grigore G. Tocilescu a spus că hotărârea putea fi atacată de trei ori *"... pentru pricinile mici seu la începutulu procedurii numerulu de șese era indispensabile; pentru cele intermediare, de teritoriu seu de apelu la a doua instanțe, douspre-dece; pentru procesele mari seu de apelu la a treia instanță două-deci și patru; și în fine ca ultimulu gradu e apelu, patru-deci și optu..."*⁷¹.

În perioada în care a funcționat instituția jurătorilor în cele două țări românești, nu a existat noțiunea de apel. Aceasta ar fi presupus, în sens strict, rejudicarea procesului de o instanță superioară. După cum am arătat anterior la procedura de judecată în cele două țări, judecata se făcea de către domnitorul țării care era și judecătorul suprem, sau în unele cazuri de către dregătorii domniei, cu delegație dată de către domnitor și confirmarea hotărârii de către acesta. În aceste condiții nu putea exista o instanță mai presus de cea a domnitorului.

Conform teoriei lui G. Tocilescu, numărul jurătorilor a jucat un rol important în stabilirea gradului de apel, acesta crescând proporțional cu gradul de apel. Există însă documente care infirmă teoria lui G. Tocilescu. Au fost rejudecate procese folosindu-se același număr de jurători⁷², sau chiar un număr mai mic, în condițiile în care jurătorii folosiți erau de rang înalt pe scară ierarhică. De asemenea, dreptul la această cale de atac ca drept de apel, era acordat tuturor părților. În acea perioadă însă admiterea contraprobei cu jurători rămânea la aprecierea domnitorului, care putea sau nu să aprobe rejudecarea procesului⁷³. Caracterul influențabil al justiției domnitorului se reflectă în faptul că acesta judecă și rejudecă de mai multe ori aceleași procese, dând hotărâri contradictorii. Contraproba cu jurători sau legea peste lege a fost folosită tocmai pentru a justifica aceste hotărâri nedrepte, cauzate de părtinirea clasei conducătoare în funcție de interesele domniei.

* Lector, Universitatea de Vest „Vasile Goldiș” din Arad, Facultatea de științe juridice; gerulaflorin@yahoo.com.

¹ Apud, George Alexianu, *Instituția jurătorilor în vechiul nostru drept*, București, Tipografiile Române Unite, Societate Anonimă, 1924, p. 8.

² Nicolae Bălcescu, August Treboniu Laurian, *Magazinu Istoricu pentru Dacia*, vol. I, 1845, p. 210; Damian P. Bogdan, *Despre jurători și două răvașe din sec. XVI*, în *Revista Arhivelor*, vol. III, 2, nr. 8, 1939, p. 216.

³ B. P. Hașdeu, *Juriul la români și la sârbi*, în *Arhiva Istorică a României*, 1867, tom III, p. 145-157.

⁴ Nicolae Lascu, *Cum trăiau romanii*, București, Ed. Științifică, 1965, p. 125-135.

⁵ Dem D. Stoenescu, *Instituția jurătorilor. Studiu istorico-juridic*, Craiova, Institutul de Arte Grafice Samitca S. A., 1921. p. 39, articolul citat de B. P. Hașdeu în original: *Si vindiciam falsam tulit, praetor rei sive stilitis arbitros tres dato; eorum arbitri fructi dublione decideto* (la caz de uzurpație pretorul rânduiește pentru cercetare trei judecători și în urma deciziei lor, uzurpatorul plătește îndoit rodul uzurpației).

⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁷ Gr. G. Tocilescu, *Juriul la români*, în *Foiaia Societății Românișmului*, 1870, p. 467

⁸ Idem, *Documente inedite privitoare la istoria Românilor*, în *Revista pentru Istorie, Arheologie și Filologie*, I, 1882, p. 192.

⁹ Dem D. Stoenescu, *op. cit.*, p. 42-43.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Bogdan Ghe. Agapie, *Problema jurătorilor români: studiu critic de drept vechi românesc*, Tipografia “Alexandru A. Terek”, Iași, 1939, p. 57.

¹² *Ibidem*, p. 58.

¹³ A. D. Xenopol, *Istoria românilor din Dacia Traiană*, vol. VII, Ed. Cartea Românească, București, 1929, p. 127-128.

¹⁴ Ioan D. Condurachi, *Recherches sur l'ancienne organisation judiciaire des Roumains*, Arthur Rousseau, Paris, 1913, p. 89-100.

¹⁵ Grig. I. Alexandrescu, *Studiu asupra obiceielor juridice ale poporului român și teoria viitorului cod civil*, Tipografia “Buciumului Român”, Galați, 1896, p. 112-113, 126-128.

¹⁶ Mihail V. Demetrescu, *Instituția jurătorilor*, în *Convorbiri Literare*, XXXIII, 1899, nr. 4, p. 301.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Ștefan Berechet, *Particularitățile cojurătorilor la români, după documente slave*, Tipografia și Legătoria Eparhială, Chișinău, 1925, p. 24.

- ¹⁹ Nicolae Iorga, *Studii și documente cu privire la istoria românilor*, vol. X, București, Stabilimentul Grafic, 1901-1916, p. 119.
- ²⁰ I. Nădejde, *Originea dreptului consuetudinar român*, în *Noua Revistă Română*, 1900, nr. 3, p. 111-130.
- ²¹ Nicolae Iorga, *Istoria poporului românesc*, vol. I, București, 1922, p. 381.
- ²² George Fotino, *Contribution à l'étude des origines de l'ancien droit coutumier Roumain. Un chapitre de l'histoire de la propriété au moyene âge*, Paris Duchemin, Chauny et Quinsac, 1925, p. 233-234.
- ²³ Andrei Rădulescu, *Pagini din istoria dreptului românesc*, Editura Academiei R.S.R., București, 1970, p. 47-48.
- ²⁴ Exemplul lui Deceneu, care primise de la regele Burebista o putere aproape regească, iar după moartea acestuia devine chiar el rege. Marele preot Comosicos era vicerege și așa cum am arătat, și judecător.
- ²⁵ Herodot, IV, p. 68-69. Apud *Istoria dreptului românesc*, București, vol. I, Ed. Academiei R.S.R., 1980, p. 61.
- ²⁶ *Istoria dreptului românesc*, vol. I, București, Ed. Academiei, 1980, p. 142.
- ²⁷ V. Georgescu, O. Sachelarie, *Judecata domnească în Țara Românească, 1611-1831. Partea I. Organizarea judecătorească*, vol. I (1611-1740), Ed. Academiei, București, 1979; Dimitrie Cantemir, *Descrierea Moldovei*, București, Ed. Cartea Românească, 1923, partea II, cap. XII, p. 126.
- ²⁸ Ștefan Pascu, *Petru Cercel și Țara Românească la sfârșitul sec. XVI*, Tipografia "Cartea Românească din Cluj", Sibiu, 1944, p. 129; V. Georgescu, O. Sachelarie, *op. cit.*, p. 179.
- ²⁹ Probele într-un proces erau: înscrisurile, mărturisirea, jurământul, proba cu jurători, martorii, blestemul și cartea de blestem, cercetarea la fața locului, expertiza, prezumțiile, cunoștința personală a judecătorului, probele penale.
- ³⁰ *D.R.H.*, B. Țara Românească, vol. III, București, Ed. Academiei, 1975, doc. nr. 131; vol. IV, Ed. Academiei, 1981, doc. nr. 268, p. 269; vol. V, Ed. Academiei, 1983, doc. nr. 26, p. 221.
- ³¹ *Ibidem*, vol. V, București, Ed. Academiei R.S.R., 1983, doc. 239, p. 260-262.
- ³² Gheorghe Cronț, Alexandru Constantinescu, Anicuța Popescu, *Acte judiciare din Țara Românească: 1775-1781*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1973, nr. 42, 54, 74, 82, 85, 96, 105, 112, 123, 142, 157, 197, 206, 285, 306, 332, 336, 389, 428, 449, 459, 470, 485, 495, 523, 531, 536, 571, 575, 582, 626, 664, 786, 916.
- ³³ Gheorghe Beleiu, *Drept civil român*, București, Ed. "Șansa", 1992, p. 25.
- ³⁴ Mircea Mureșan, *Drept civil: personale*, Cluj-Napoca, Ed. Cordial Lex, 1996, p. 8.
- ³⁵ Bogdan Gh. Agapie, *op. cit.*, p. 11-12; *D.I.R.*, C. Transilvania, vol. III, București, Ed. Academiei, 1954, doc. nr. 448, p. 516 - hotărnicia moșiei Rona din comitatul Solnocul Dinlăuntru, în anul 1339; *D.I.R.*, A. Moldova, vol. V, București, Ed. Academiei, 1952, doc. nr. 44, p. 30 - hotărnicie pe un vad de moară din Bodești, anul 1602; *D.I.R.*, B. Țara Românească, vol. II, București, Ed. Academiei, 1951, doc. 18, p. 21-22, hotărnicie cu 12 boieri a unor moșii în Valea Orașului, din 1526; Gheorghe Cronț, Alexandru Constantinescu, Anicuța Popescu, *op. cit.*, nr. 118, 124, 125, 139, 145, 212, 219, 351, 501, 812, 896.
- ³⁶ *D.R.H.*, B. Țara Românească, vol. V (1551-1565), întocmit de Damaschin Mioc și Marieta Adam Chiper, Ed. Academiei R.S.R., București, 1983, doc. 230, p. 249-251.
- ³⁷ În acest sens prezentăm un raport din 20 august 1717, întocmit de numiții Petru Macskasi și Matei Blasi, jurați-notari la Cancelaria Regală a Transilvaniei, adresat împăratului Carol al VI-lea, cuprinzând investigarea declarațiilor unor martori în conformitate cu porunca din 18 august a aceluiași suveran, în legătură cu moșiile Avrig și Porumbacul de Jos - D.A.N.I.C., col. *Documente istorice*, MDXCVIII/18.

- ³⁸ Nicolae Iorga, *Studii și documente cu privire la istoria românilor*, vol. V, București, Stabilimentul Grafic, 1901-1916, p. 171: document din 12 dec. 1570 “... am dat domnia mea jupâneasii Cali 6 boiari și lui Tudor și surori-si Bădeasi, alți 6 boiari ...”; Grigore Tocilescu, *Juriul la români*, în “Foaia Societății Românismlui”, I, 1870-1871, p. 33: document din 1593 “... Mihnea Voievod a dat lui Hamza și satului Brezovenii 3 megieși și lui Ivan și lui Stoica alți 3 megieși, ca să întocmească Halănga cum vor găsi cu sufletele lor. Iar aceștia căutară și adevieră că n-au Hamza banul și satul nimic cu această moșie ...”; vol. XXII, p. 235: document din 29 iulie 1669 “... să mergi la Călinești să socotești iarăși cu oameni buni și să aducă Paholceștii acei giurători, si să aleagă Paladie Postelnicul 12 oameni și Paholceștii iarăși 12 oameni (...) ce numai vor ști bine, cu sufletele lor (...) Așa să giure acei 24 oameni buni ...”; *D.I.R.*, B. Țara Românească, vol. II, București, Ed. Academiei, 1951, doc. 33, p. 35-36: document din 19 iulie 1527 care arată 12 jurători tocmelnici pentru a cerceta o cauză privind stăpânirea unei moșii “... am dat domnia mea 12 boieri să le cercetaze treaba acolo pe loc...”.
- ³⁹ *D.I.R.*, C. Transilvania, vol. III, București, Ed. Academiei, 1954, doc. nr. 20, p. 11-12; *D.I.R.*, A. Moldova, vol. V, București, Ed. Academiei, 1952, doc. nr. 156, p. 109-110: 12 jurători pentru a adevieri un împrumut (anul 1603). Reclamantul nu a putut aduce jurătorii la soroc și a rămas de lege; *D.I.R.*, B. Țara Românească, vol. II, București, Ed. Academiei, 1951, doc. nr. 23, p. 25-27: 12 jurători adevieritori pentru un contract de împrumut din anul 1526.
- ⁴⁰ *D.I.R.*, C. Transilvania, vol. II, București, Ed. Academiei, 1953, doc. nr. 596, p. 321-322.
- ⁴¹ Soțiile - participant în comiterea furtului, substantiv întrebuințat în zonă pentru a desemna un complice sau coautor.
- ⁴² Aurel V. Sava, *Documente privitoare la târgul și ținutul Lăpușnei*, București, Fundația Regele Carol I, 1937, doc. nr. 121, p. 145-146.
- ⁴³ Direcția Județeană Maramureș a Arhivele Naționale - Baia Mare, fond *Prefectura județului Maramureș, Protocoale*, IX, p. 253-255.
- ⁴⁴ *Ibidem*, p. 262, 263, 265.
- ⁴⁵ *Ibidem*, p. 266, 270, 271.
- ⁴⁶ *Ibidem*, p. 272, 273, 275.
- ⁴⁷ *Ibidem*, p. 276.
- ⁴⁸ *D.I.R.*, A. Moldova, veac XVI, vol. III, București, Ed. Academiei R.P.R., 1953, p. 267.
- ⁴⁹ Unul dintre acestea este duelul judiciar. Un document din 14 sept. 1321 ne arată cum la o judecată pentru furtul unor lucruri, învinuitul nu a fost de acord cu proba jurătorilor, hotărându-se că între părți să se țină o luptă pe jos - *D.I.R.*, C. Transilvania, vol. II, București, Ed. Academiei R.P.R., 1953, doc. nr. 47, p. 17-18.
- ⁵⁰ *Ibidem*, vol. IV, București, Ed. Academiei R.P.R., 1955, doc. nr. 670, p. 464.
- ⁵¹ *Ibidem*, doc. nr. 548, p. 373-374.
- ⁵² *D.R.H.*, C. Transilvania, vol. X, București, Ed. Academiei R.S.R., 1977, doc. 325, p. 340.
- ⁵³ *Ibidem*, doc. 338, p. 357.
- ⁵⁴ *D.I.R.*, C. Transilvania, vol. II, București, Ed. Academiei R.P.R., 1953, doc. 197, p. 86-88, document care descrie judecata unei tâlhării în care probațiunea se face folosind instituția jurătorilor; doc. 208, p. 95 - tâlhărie; doc. 272, 273, p. 126 - furt; doc. 396, p. 190 - furt; doc. 423, p. 208 - tâlhărie și vătămare corporală; *Ibidem*, vol. III, doc. 228, p. 345-346 - furt; doc. 84, p. 267 - tâlhărie; doc. 96, p. 272-273 - furt.
- ⁵⁵ *Ibidem*, vol. II, doc. nr. 548, p. 291-292.

- ⁵⁶ D.R.H., B. Țara Românească, vol. III, București, Editura Academiei, 1975, doc. 15, p. 23: acuzatului i s-a dat un număr de 12 boieri jurători adeveratori pentru a jura împreună cu aceștia că nu a cotoplit și jefuit un sat. Nu a putut să aducă jurătorii la termen și a rămas de lege; doc. 16, p. 24 : la fel, acuzatului i s-au dat 12 jurători pentru a jura împreună că nu a jefuit o moșie, însă acesta nu a putut să-i aducă la termen și a pierdut procesul; *Ibidem*, vol. IV, doc. 112, p. 142: acuzatului i s-a dat lege să jure cu 6 adeveratori că nu a furat un țigan; *Ibidem*, vol. V, doc. 22, p. 26, 27: acuzatul Radu Dediul jură cu 12 boieri adeveratori că nu a furat o iapă de la Necula și Drăghici, care astfel au rămas de lege dinaintea domnitorului.
- ⁵⁷ D.I.R., veacul XVI, B. Țara Românească, vol. II (1526-1550), Ed. Academiei R.P.R., 1951, doc. 24, p. IX, 27-28.
- ⁵⁸ *Ibidem*, doc. 54, p. XI, 58-59.
- ⁵⁹ *Ibidem*, doc.128, p. XVIII, 126-128.
- ⁶⁰ D.R.H., B. Țara Românească, vol. III, București, Ed. Academiei R.S.R., 1975, doc. 199, p. 333-334.
- ⁶¹ *Ibidem*, doc. 85, p. 137-138.
- ⁶² *Ibidem*, doc.117, p. 190-191.
- ⁶³ D.R.H., A. Moldova, vol. XXIII, București, Ed. Academiei Române, 1996, doc. 91, p. 120-121.
- ⁶⁴ *Ibidem*, doc. 171, p. 206.
- ⁶⁵ D.I.R., A. Moldova, vol. V, București, Ed. Academiei R.P.R., 1952, doc. 260, p. 182-185.
- ⁶⁶ D.R.H., B. Țara Românească, vol. III, București, Ed. Academiei R.S.R., 1975, doc. nr. 126, p. 200: Vlad Înneccatul voievod întărește lui Radul și altora ocină în Nucșoara, în urma unei judecăți cu m-rea Argeș.
- ⁶⁷ Am specificat - aproape -, deoarece există un proces penal cu privire la furtul unor lucruri dintr-o biserică. Judecata a stabilit că învinuitul se dezvinovățească prin duel judiciar - D.I.R., C. Transilvania, vol. II, București, Ed. Academiei Române, 1953, doc. nr. 47, p. 17-18.
- ⁶⁸ D.I.R., A. Moldova, vol. I, veac. XVI, București, Ed. Academiei R.P.R., 1953, doc. nr. 25, p. 27-28.
- ⁶⁹ D.I.R., C. Transilvania, vol. II, București, Ed. Academiei R.P.R., 1953, doc. nr. 430, p. 211.
- ⁷⁰ Ghe. Cronț, *op. cit.*, p. 184.
- ⁷¹ Gr. G. Tocilescu, *op. cit.*, p. 465.
- ⁷² Procesul mănăstirii Tismana pentru seliștea Bahna din 10 aprilie și 3 iunie 1493. Prima judecată a fost cu 12 jurători, a doua cu 24 jurători. A treia, în 10 ianuarie 1511, a fost judecată cu 12 jurători, nu cu 48 cum ne-am fi așteptat conform teoriei lui Tocilescu. Procesul s-a judecat pe parcursul a 67 de ani de mai mulți domnitori. Cu toate acestea numărul jurătorilor a fost de 12 sau de 24 de fiecare dată - D.I.R., veacul XIII, XIV și XV, B. Țara Românească (1247-1500), Ed. Academiei R.P.R., 1953, doc. 223. p. 214-215 și doc. 226. p. 216-217; *Ibidem*, veacul XVI, B. Țara Românească, vol I (1501-1525), 1951, doc. 64, p. 67-68; vezi și Gh. Cronț, *Instituții medievale românești. Înfrățirea de moșie. Jurătorii*, Editura Academiei R.S.R., București, 1969, p. 192-193.
- ⁷³ Unul din numeroasele exemple care ar putea fi prezentat, este procesul din 1575 judecat de domnitorul Alexandru Mircea, dintre jupânița Anca din familia Craioveștilor și grupul unor familii din Lipov în frunte cu Căpățână, pentru câteva proprietăți. Judecata cu 12 jurați a fost favorabilă familiei Lipov. Domnitorul nu a mai aprobat contrapoba cu 24 de jurători, decizând surprinzător că nu va admite această probă “ *am pus domnia mea blestem ca lege peste lege să nu fie...*” (D.I.R., veacul XVI, B. Țara Românească, vol. IV, p. 198; Gheorghe Cronț, *op. cit.*, p. 182-183).

LES PRINCIPES EUROPEENS DE LIBRE CIRCULATION – DES LOIS DE POLICE ?¹

dr. Alina OPREA*

Résumé. *L'étude aborde une des facettes de la problématique des rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit international privé - l'éventuelle qualification des principes européens de libre circulation comme lois de police. L'examen des arguments qui soutiennent ou qui s'opposent à une telle position révèle qu'un rôle décisif dans le débat est joué par la question de l'effet direct horizontal des dispositions correspondantes du Traité. La jurisprudence de la Cour européenne de justice en la matière permet alors une position nuancée : si cette qualification n'est pas en principe exclue, elle est toutefois strictement encadrée et va opérer en pratique dans des hypothèses plutôt marginales.*

Mots clés : *droit international privé, droit de l'Union européenne, libertés de circulation, primauté, lois de police, effet direct horizontal*

1. Actuelle et complexe, la problématique des rapports entre le droit international privé et le droit de l'Union européenne a fait couler beaucoup d'encre ces dernières années². Des études savantes ont reflété tant le point commun des deux disciplines - les préoccupations convergentes, dans la mesure où chacune d'entre elles tend à gérer l'emprise de la diversité des droits sur les flux transfrontières de biens et de personnes -, que les nombreuses divergences - traduites par exemple dans des objectifs³ ou outils distincts⁴. Leurs influences réciproques ont également été mises en lumière : parfois le droit européen censure l'intervention des normes nationales de droit international privé lorsque celles-ci conduisent à l'apparition d'une entrave à la libre circulation, d'autres fois, les méthodes du DIP sont employées pour la réalisation des objectifs propres à la construction européenne, ce qui est de nature à bouleverser leur identité ou leur rôle.

2. Une des questions qui a suscité des discussions est celle de savoir si les normes européennes (ou au moins certaines d'entre elles) emploient ou non la méthode des lois de police pour ce qui est de leur application dans l'espace. Elle fera aussi l'objet de la présente étude, avec quelques limitations, qui seront précisés infra.

Si la poursuite d'un but fondamental et le domaine spatial délimité en fonction de ce but sont deux des traits les plus particuliers de la méthode des lois de police⁵, le parallélisme de conception, de mission et de mise en application de nombreux textes européens faciliterait pour beaucoup une réponse affirmative à cette question⁶: fidèles à la mission capitale qu'elles poursuivent, les lois économiques adoptées au niveau européen sont empreintes d'objectifs spécifiques, liés à la construction du marché intérieur, et nombreuses d'entre elles, dotées d'une impérativité forte, sont aisément qualifiables de fondamentales pour l'ordre juridique de l'Union européenne ; aussi, le plus souvent, leur domaine d'application dans l'espace est fixé par des règles unilatérales⁷.

Toutefois, un raisonnement global n'est pas de mise en matière de lois de police, dont le mécanisme « *opère individuellement, règle par règle, solution par solution, de manière à assurer à chacune son domaine optimal d'efficacité* »⁸ ; afin d'éviter le reproche déjà adressé aux internationalistes – celui d'essayer trop souvent de « *traduire dans le langage du droit international privé les solutions qui seraient imposées par le droit communautaire* »⁹, au risque de déformer ou de donner une image erronée des raisonnements qui expliquent l'application des normes de ce dernier – toute démarche d'identification d'éventuelles lois de police européennes exige une dose importante de prudence et de nombreuses distinctions, tracées principalement en fonction du type d'acte en cause et de la force juridique correspondante.

3. Vu le cadre limité de ce travail, on laissera à coté la question de la méthode d'application dans l'espace des normes du droit européen dérivé, qui a fait déjà l'objet d'études d'importance¹⁰. Si la discussion est principalement portée sur le terrain du droit primaire, une exclusion supplémentaire sera encore opérée dans le chef du droit de la concurrence (art. 101 et 102 TFUE) - domaine où les difficultés sont assez réduites et la qualification « lois de police » presque incontestée, tant dans la jurisprudence¹¹, que dans la doctrine¹² - pour n'aborder que la question de l'éventuelle qualification de « lois de police » des textes du Traité relatifs aux libertés de circulation.

4. L'ordre juridique de l'Union européenne poursuit la réalisation d'intérêts qui lui sont propres¹³ : l'objectif de création du marché intérieur implique l'élaboration des normes destinées à régir les échanges internationaux, inspirées d'une justice particulière – facilitation de la circulation internationale ; les libertés de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux jouent un rôle fondamental dans la réalisation de cet objectif, elles en sont le « repère central »¹⁴. Vu ce rôle fondamental, divers auteurs ont affirmé que les textes qui les imposent seraient des lois de police. Ainsi, par exemple, A. Bonomi¹⁵ affirme que ces règles « permissives » qui censurent l'application des normes nationales discriminatoires ou restrictives des

libertés de circulation à l'intérieur du marché intérieur ont comme effet la validation des contrats privés qui seraient autrement interdits par les lois nationales et elles doivent être placées dans la catégorie des lois d'application immédiate. Egalement, dans un article intitulé « *Conflits de lois et régulation économique : les opérations bancaires* », M. Behar-Touchais soutient que les libertés de circulation, par leur nature, seraient des lois de police¹⁶.

5. Cette position peut toutefois être discutée et la présentation, dans la première partie de l'étude, des arguments qui soutiennent ou qui s'opposent à une telle qualification illustre la taille de la controverse (I). Un rôle décisif étant joué par la question de l'effet direct horizontal des dispositions du Traité relatives aux libertés de circulation, la deuxième partie de l'étude sera dédiée à l'examen de la jurisprudence de la Cour de justice en la matière, révélatrice (II).

I. Débat sur la qualification de « loi de police » des principes de libre circulation

6. On va s'arrêter sur les idées développées par Mme Martine Behar-Touchais, dans l'article précité. La démonstration est organisée autour de deux idées : la fonction première des libertés de circulation serait d'évincer la loi étatique désignée par une règle de conflit (en matière bancaire) ; ensuite, en raison de l'intérêt supérieur poursuivi, elles auraient vocation à s'appliquer au détriment des lois de police étatiques contraires. Sans remettre en cause ces idées, nous ne croyons toutefois pas au bien-fondé de la démonstration.

7. En vue de démontrer l'intervention des libertés de circulation selon le schéma traditionnel des lois de police, Mme Behar-Touchais part de deux exemples de clauses « marché intérieur », trouvées dans deux textes européens – la directive *commerce électronique* et la proposition de directive sur le *crédit à la consommation* - qui offriraient des arguments textuels à cet effet¹⁷. L'obligation de respect des libertés par les lois désignées par les règles habituelles de conflit y étant inscrite, il est affirmé par la suite que les libertés de circulation n'ont pas un simple effet d'éviction, mais qu'elles s'appliquent aussi à la place de lois évincées (effet positif) ; en effet, selon l'auteur, l'intervention de la loi du pays d'origine, loi qui n'est pas forcément dotée d'une impérativité particulière, serait « *comprise (subsidièrement) dans la liberté de circulation* », elle seule étant d'application nécessaire : « *Donc, si la liberté de circulation doit toujours être respectée (et elle l'est quand la loi du pays d'accueil ne constitue pas une entrave à cette liberté), la loi du pays d'origine n'a pas toujours à l'être (notamment*

quand la loi du pays d'accueil n'est pas une entrave à la libre circulation). Donc, la seule législation qui soit d'application nécessaire est celle qui consacre la liberté de circulation »¹⁸.

8. Pour ce qui est de la seconde idée, Mme Behar-Touchais soutient, à partir d'exemples pris en matière des prêts hypothécaires¹⁹ et de rémunération des comptes à vue²⁰, que la mission particulière des libertés de circulation les érige en lois de police. Le fait que les lois de police traditionnelles peuvent autolimiter leur champ d'application dans l'espace, en déterminant les situations internationales auxquelles elles entendent s'appliquer, expliquerait d'ailleurs le fait que les libertés de circulation érigées en lois de police européennes prétendent application seulement lorsque le commerce ou les entreprises européennes sont en cause. La conséquence de la qualification des libertés de circulation comme lois de police, poursuivant des intérêts supérieurs, serait, selon Mme Behar-Touchais, que les lois de police nationales restrictives doivent rester inappliquées dès lors qu'elles ne répondent pas au test de l'intérêt général, tel que défini par la Cour de justice. Les règles européennes opèrent comme des contre-limites aux lois nationales restrictives, leur mission est celle de « *protéger la loi applicable en vertu de la règle de conflit de lois* ». Dans cette prétention des normes européenne et nationale de s'appliquer, l'auteur voit un simple conflit de lois de police, qui doit être tranché par les juges en recherchant laquelle des deux lois de police en cause, celle de source européenne ou celle de source nationale, a plus de titres à se voir appliquée.

9. Le premier argument que l'on pourrait invoquer contre cette assimilation pure et simple des libertés de circulation aux lois de police réside dans le fait qu'on ne doit pas confondre la primauté d'un texte avec le mécanisme des lois de police. La primauté est une notion que relève du droit constitutionnel et elle vise le rang hiérarchiquement supérieur que l'ordre juridique étatique reconnaît à certaines normes internationales²¹. Elle intervient en dehors de tout raisonnement de droit international privé et ne devrait pas être confondue avec les lois de police²². L'on n'est pas dans un contexte de conflit de lois, dans lequel une loi de police viendrait imposer son application malgré la désignation, par la règle de conflit compétente, d'une certaine loi applicable ; tout est un problème de supériorité formelle de la norme européenne, qui trouve ainsi application.

10. Un autre contre-argument tient au fait que dans le champ d'application qu'elles se réservent, les lois de police interviennent automatiquement, dans tous les cas, quelle que soit la loi applicable. Or, aux principes imposant des libertés de circulation, ce caractère automatique manque ; ceux-ci ne jouent effectivement que

lorsque la loi contrôlée peut être considérée une entrave à la libre circulation ; elles ne font que s'opposer à certaines dispositions, considérées restrictives. Si la liberté de circulation intervient dans un certain cas déterminé, son effet n'est pas similaire à celui d'une loi de police : alors que la loi de police ne vise que sa propre application, la mission des libertés de circulation est de permettre l'application d'une loi autre que celle rendue applicable suite à l'intervention des règles de droit international privé, mais considérée restrictive²³.

11. Un autre argument qui s'oppose à la qualification automatique des libertés de circulation en lois de police concerne l'impossibilité de transposer automatiquement aux libertés de circulation le raisonnement rencontré dans le domaine du droit européen de la concurrence (101 et 102 TFUE). Entre les deux catégories de normes il y a une différence importante : dès le début de la construction européenne, les articles 101 et 102 TFUE (ex. 81 et 82 CE) - ont eu comme but de régler des relations entre entreprises (des particuliers). Ils ont ce qu'on appelle un effet direct horizontal²⁴. Tel n'est pas le cas pour les articles du Traité relatifs aux libertés de circulation ; ceux-ci ont été destinés aux Etats membres, leur but a été celui de régler des comportements des Etats à l'occasion de l'exercice de leur pouvoir législatif. Comme les lois de police visent traditionnellement les comportements des particuliers, apparaît une incompatibilité absolue, qui pencherait décisivement la balance en faveur des arguments qui condamnent la qualification de loi de police pour les principes européens de libre circulation.

§2. Condition particulière de la qualification : l'effet direct horizontal

12. Distinction. S'arrêter en ce point avec la discussion serait toutefois une erreur, car des distinctions supplémentaires s'imposent. En effet, l'idée exposée en dernier au point précédent connaît quelques nuances : si pendant longtemps la Cour de justice a maintenu une ligne stricte de démarcation entre les règles sur la concurrence, destinées aux entreprises et celles sur les libertés de circulation, destinées aux Etats²⁵, avec le temps, il est devenu clair que cette séparation stricte générerait des lacunes dans l'application du droit européen et la jurisprudence de la Cour a enregistré une évolution. Dans certaines circonstances, on a vu les articles 101 et 102 TFUE appliqués aux comportements des Etats²⁶ et les règles sur la libre circulation interprétées comme imposant des obligations aux particuliers²⁷.

Ce dernier aspect nous intéresse particulièrement dans le contexte de notre analyse des libertés de circulation comme des éventuelles lois de police. Dans la mesure où ces libertés interviendraient pour régir les comportements des particuliers, pour affecter des rapports de droit privé (sans censurer l'application d'une telle ou telle

loi nationale), le principal obstacle face à leur qualification comme lois de police serait dépassé. Un survol de la jurisprudence européenne en la matière permet de constater que la Cour de justice n'est pas allée partout avec la même vitesse. L'effet direct horizontal étant une condition *sine qua non* de la qualification des textes correspondants comme « lois de police », nous allons insister sur cette jurisprudence - clé de réponse à la question qui nous préoccupe.

A. Effet direct horizontal des articles 45, 49 et 56 TFUE sur la liberté de circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation de services

13. A l'occasion de nombreuses affaires dans lesquelles s'est posé le problème de l'effet direct horizontal des libertés de circulation, la Cour a dû se prononcer ensemble sur les articles [45, 49 et 56 TFUE], ce qui nous permet d'affirmer une similarité de régime. On va présenter en quelques lignes la position de la Cour dans les affaires *Walrave*, *Bosman*, *Angonese*, révélatrices.

14. Affaire *Walrave et Kock*. La première décision sur la question de l'effet horizontal des libertés de circulation, *Walrave et Kock*, a été rendue en 1974 dans un litige qui opposait deux entraîneurs de cyclisme à l'Union cycliste internationale (association privée), à propos d'une norme établie par cette dernière et alléguée discriminatoire²⁸. Dans son argumentation, la Cour rejette très vite l'affirmation selon laquelle les articles [18, 45, 56 TFUE] feraient référence seulement aux entraves qui ont leur origine dans des actes des autorités publiques (§15). Elle invoque le besoin d'assurer un effet utile aux dispositions du Traité²⁹ et leur application uniforme³⁰ et, prenant appui sur la formulation générale des textes, décide de façon non-équivoque que les dispositions du Traité sur la libre circulation des travailleurs et la libre prestation des services ne visent pas seulement l'action des autorités publiques, mais s'étendent aussi à de normes de toute autre nature ou source, du moment où elles régissent *de façon collective* le travail salarié et les prestations de services (§17). Cette position a été confirmée depuis³¹.

Affaire *Bosman*. Dans l'arrêt *Bosman*, rendu en 1995, la Cour se montre encore plus ouverte : dans un litige opposant M. Bosman, joueur professionnel de football, à son club, à la fédération belge de football et à la fédération européenne de football (UEFA), à propos des réglementations édictées par les dernières sur le transfert interclubs de joueurs, c'est la première fois que la Cour de justice affirme que les dispositions du Traité relatives à la libre circulation des travailleurs sont applicables dans un litige

entre deux parties privées concernant *une mesure non discriminatoire*, mais qui entravait la libre circulation³². L'affirmation a été réitérée, sans que la Cour conclue toutefois à une violation du droit européen³³.

Affaire Angonese. Même après la décision *Bosman*, des doutes subsistaient encore sur le point de savoir si l'interdiction de l'article [45 TFUE] visait seulement les réglementations collectives ou pouvait intervenir en cas de tout type de mesure privée (restrictive)³⁴. La décision qui les soulève est *Angonese*³⁵. Le litige en cause opposait un ressortissant italien ayant l'allemand comme langue maternelle à une banque privée italienne, à propos de l'exigence imposée par celle-ci aux candidats à un concours, de présenter un certificat spécifique de bilinguisme délivré (exclusivement) par les autorités publiques de Bolzano. Bien que M. Angonese n'ait pas été en possession du certificat, il était parfaitement bilingue et titulaire d'autres diplômes qui témoignaient de son bilinguisme. L'accès au concours lui a été refusé et, de ce fait, il a entamé le litige finalement présenté devant la Cour de justice. S'inspirant d'un paragraphe de la décision *Defrenne*³⁶ et faisant une parallèle avec l'article [157 TFUE] sur l'égalité de traitement salarial des hommes et des femmes, celle-ci décide que l'article [45 TFUE] doit être vu comme s'appliquant aussi aux rapports entre personnes privées, aux comportements des parties restreignant la libre circulation³⁷. La décision a été confirmée depuis : « *la prohibition de la discrimination s'impose également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers* »³⁸.

15. Extension de cette position pour la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Même si les solutions ci-dessus présentées concernent principalement la libre circulation des travailleurs, elles peuvent être transposées dans le contexte de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement. Par exemple, dans l'affaire *Walrave*, la Cour de justice affirmait que les activités visées par l'article [56 TFUE] ne se distinguent pas de celles visées à l'article [45 TFUE] par leur nature, mais seulement par la circonstance qu'elles sont exercées en dehors des liens d'un contrat de travail et que cette seule différence ne saurait justifier une interprétation plus restrictive du champ d'application du premier texte³⁹. Aussi, la raison décisive ayant conduit dans l'affaire *Angonese* à l'effet direct horizontal de la disposition sur la libre circulation des travailleurs – l'analogie entre l'article [45 TFUE] et l'article [157 TFUE] – peut être transposée sans difficultés dans le domaine des services ou de la liberté d'établissement, à propos des articles [56 TFUE et 49 TFUE] qui, tout comme l'article [45 TFUE], ont une nature impérative, établissent des libertés fondamentales et constituent des applications spécifiques du principe général d'interdiction des discriminations prévu à l'article [18 TFUE]⁴⁰.

16. On trouve des applications de cette solution dans deux affaires de 2007, très connues, *Viking*⁴¹ et *Laval*⁴², dans lesquelles, étant appelée à se prononcer sur la légalité, au regard de l'article [49 TFUE] (liberté d'établissement) ou [56 TFUE] (libre prestation de services) des actions collectives menées par des syndicats finlandais et suédois (contre des employeurs finlandais et estoniens), la Cour de justice a admis que les syndicats, personnes privées, sont directement et effectivement tenus au respect des libertés de circulation. On ne se propose pas ici de s'arrêter sur le bien-fondé des justifications utilisées par la Cour de justice pour soutenir cette ligne jurisprudentielle⁴³. Ce qui nous intéresse plutôt est que par sa position, la Cour a étendu la compétence européenne dans la sphère du droit privé, traditionnellement attribuée aux Etats membres. L'application des règles sur la libre circulation des personnes aux comportements des personnes privées se traduit pour celles-ci dans des obligations particulières, supplémentaires, dans un plus d'impérativité qui doit être respectée. La qualification « loi de police » peut alors être retenue.

17. Champ d'application. La question qui vient naturellement à l'esprit est celle du champ d'application spatiale de ces dispositions. De plus en plus fréquemment, la doctrine parle de « *la double internationalité interne et externe du droit communautaire* »⁴⁴ pour évoquer deux types de situations internationales : d'un côté, celles rattachées seulement aux Etats membres (internationalité interne) et, d'un autre, celles présentant des liens également avec des pays non membres (internationalité externe). Si les premières représentent le domaine naturel des libertés de circulation, il n'est pas pour autant exclu que celles-ci interviennent aussi dans les relations d'internationalité externe⁴⁵.

Affaire Walrave. Dans l'affaire *Walrave* citée plus haut, la Cour de justice devait répondre à la question de savoir si le principe de non discrimination (qui est à la base des articles [45 et 56 TFUE]) pouvait s'appliquer « à des rapports juridiques établis dans le cadre des activités d'une fédération sportive d'envergure mondiale » (§26), donc à des rapports rattachés aussi à des Etats non européens. La Cour affirme le caractère impératif de la règle de non-discrimination et précise ensuite que celle-ci s'impose à tous les rapports juridiques qui peuvent être localisés sur le territoire de la Communauté, « en raison soit du lieu où ils sont établis, soit du lieu où ils produisent leurs effets »⁴⁶. La décision *Walrave* n'est pas la seule rendue sur ce point⁴⁷.

Cette solution sur le champ d'application spatiale des libertés de circulation est ainsi similaire à celle pratiquée en droit européen de la concurrence⁴⁸.

B. Négation de l'effet direct horizontal des articles 34 et 35 TFUE sur la libre circulation des marchandises

18. A la différence de ce qui s'est passé en matière de libre circulation des travailleurs, de liberté d'établissement ou libre prestation de services, les juges européens se sont orientés vers la négation de l'effet direct horizontal des articles 34 et 35 TFUE (ex. 28 et 29 CE) établissant la libre circulation des marchandises. Les prises de position des Avocats généraux expliquent ce choix.

19. Evolution de la jurisprudence. L'évolution de la jurisprudence de la Cour à propos de la libre circulation des marchandises a été l'inverse de celle précédemment constatée en matière de libre circulation des personnes. Dans une affaire de 1981, *Dansk Supermarked*⁴⁹ concernant un litige entre deux sociétés au sujet de la méconnaissance d'une interdiction de vente transfrontière imposée conventionnellement, la Cour avait commencé par affirmer un tel effet direct horizontal. On pouvait lire dans le §17 de la décision : « *il importe de faire remarquer, au surplus, qu'en aucun cas, des conventions entre particuliers ne sauraient déroger aux dispositions impératives du Traité relatives à la libre circulation des marchandises. Il en résulte qu'une convention portant interdiction d'importer, dans un Etat membre, une marchandise licitement commercialisée dans un autre Etat membre ne saurait être invoquée ou prise en considération pour qualifier l'écoulement de cette marchandise comme une pratique commerciale irrégulière ou déloyale* ».

20. Cette décision, considérée comme affirmant l'effet direct horizontal de l'article [34 TFUE]⁵⁰, n'a pas été toutefois depuis citée par la Cour dans d'autres affaires. Bien au contraire, les juges européens se sont orientés vers la position opposée - refus d'effet direct horizontal de ce texte. Dans une affaire *Vlaamse Reisbureau's* de 1987, concernant la compatibilité avec l'article [34 TFUE] d'une loi belge sur les pratiques commerciales des agents de tourisme et sur les accords entre les tour-opérateurs et les agents de tourisme, elle a statué explicitement : « *étant donné que les articles 30 et 34 du Traité ne visent que des mesures publiques et non des comportements d'entreprises, seule la compatibilité avec ces articles de dispositions nationales du type de celles en cause dans l'affaire au principal doit être examinée* »⁵¹. Cette position a été confirmée depuis dans sa jurisprudence⁵².

21. Position des Avocats généraux. Avec l'argument que l'applicabilité des articles [34 et 35 TFUE] aux relations entre des parties privées perturberait inévitablement la relation entre les règles sur la libre circulation des marchandises et

celles sur la concurrence, les Avocats généraux également refusent l'effet direct horizontal à ces textes. Par exemple, dans ses conclusions sur l'affaire *Van Tiggele*⁵³, l'Avocat général Capotorti affirmait: *"there is an important distinction between articles 28 and 29 on the one hand and Articles 81 and 82 on the other, not only with regard to those subject to the prohibition, but also with regard to the nature of the behaviour which is prohibited"*. Alors que les mesures des autorités entravant le commerce entre les Etats membres sont, par leur nature, incompatibles avec la libre circulation des marchandises en raison de la restriction qu'elles réalisent, les accords entre les parties privées sont considérés comme portant atteinte aux règles sur la concurrence seulement s'ils affectent sensiblement le commerce entre les Etats membres et ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché européen..

De même, les deux jeux d'articles ont des champs d'application différents : les articles 101 et 102 TFUE s'appliquent seulement aux entreprises privées (et non à toute personne privée), ils visent seulement certains types de comportements (accords, ententes, pratiques concertées et l'abus de position dominante), et interviennent en cas d'atteinte sensible à la concurrence ; en revanche on ne retrouve pas les deux dernières limitations pour ce qui est des articles 34 et 35 TFUE. Si la Cour décidait d'appliquer ces derniers textes également dans les relations entre parties privées, on arriverait à une extension énorme de leur portée, rendant pratiquement inutiles les articles 101 et 102 TFUE. D'ailleurs, cette extension ne serait pas nécessaire ; certaines des explications de l'avocat général Poiras Maduro dans ses conclusions sous l'affaire *Viking*⁵⁴ sont clarificatrices: *«...En revanche, dans de nombreuses circonstances, les acteurs privés ne réussissent simplement pas à exercer une influence suffisante pour empêcher d'autres acteurs de jouir de leurs droits à la libre circulation. Le cas d'un commerçant qui refuse d'acquérir des marchandises provenant d'autres Etats membres ne serait pas susceptible d'entraver le fonctionnement du marché commun. En effet, les fournisseurs provenant d'autres Etats membres auraient encore la possibilité de commercialiser leurs marchandises par d'autres canaux. En outre, le commerçant pâtirait, selon toute vraisemblance, de la concurrence de détaillants qui auraient moins de scrupules à acheter des marchandises étrangères et qui, de ce fait, pourraient offrir aux consommateurs des prix moins élevés et un choix plus vaste. Cette perspective seule suffirait probablement à dissuader des comportements de ce genre. Donc, le marché « s'en chargera ». Dans ces conditions, rien ne justifie l'intervention du droit communautaire »*⁵⁵.

22. La négation dans la jurisprudence européenne de l'effet direct horizontal des dispositions du Traité sur la libre circulation des marchandises, ajoutée aux arguments présentés plus haut, permet d'affirmer que la qualification loi de police ne

peut pas être retenue pour les articles 34 et 35 TFUE. Si ces textes interviennent parfois dans des litiges privés, leur effet n'est pas celui de réglementer directement les comportements des particuliers, mais de censurer en vertu du principe de primauté, d'éventuelles lois nationales restrictives du commerce intra-européen.

C. Silence de la jurisprudence sur la question de l'effet direct horizontal de l'article 63 TFUE en matière de libre circulation des capitaux

23. Pour ce qui est de la libre circulation des capitaux, la Cour de justice n'a pas eu, à notre connaissance, l'occasion de se prononcer, du moins directement, sur la question de l'effet direct horizontal de l'article 63 TFUE. Toutefois, l'arrêt *Commission c. Allemagne*⁵⁶, concernant la loi allemande relative aux limitations du droit de vote dans la société Volkswagen, est parfois invoqué en doctrine comme argument en faveur du refus de consécration d'un tel effet direct horizontal⁵⁷. Rapportée à la question qui nous préoccupe, cette position implique, tout comme en matière de libre circulation des marchandises, l'impossibilité de qualifier l'article 63 TFUE de loi de police.

24. Conclusion. Vu les distinctions établies par la Cour de justice dans sa jurisprudence à propos de l'effet direct horizontal des dispositions du Traité relatives aux libertés de circulation, la question de savoir si le mécanisme qui dicte leur application dans l'espace est celui des lois de police impose une réponse nuancée. Les articles 34 et 35 TFUE, de même que l'article 63 TFUE (si la position présentée ci-dessus sera confirmée par la Cour) n'interviennent jamais pour régir les comportements des particuliers, ils ne pourront pas être qualifiés de lois de police. Pour ce qui est des articles 45, 49 et 56 TFUE, la solution passe par l'analyse des circonstances concrètes de chaque litige. Même invoqués par des particuliers, ces textes censurent dans la plupart de cas les lois restrictives des Etats membres ou d'autres collectivités publiques ayant un pouvoir normatif; en ces hypothèses, tout comme pour les articles 34, 35 et 63 TFUE, leur application ne s'explique aucunement par la mise en œuvre d'un mécanisme de droit international privé (celui des lois de police), mais a comme fondement les principes de la hiérarchie des normes - la primauté du droit européen sur le droit national. Ce n'est que plus exceptionnellement, lorsque le litige se déroule entre parties privées et une invoque à l'encontre de l'autre une liberté de circulation, que l'application de cette dernière pourrait s'analyser comme l'intervention d'une loi de police : le texte correspondant du Traité régit alors directement des relations entre des personnes privées et la prise en compte des objectifs particuliers poursuivis, doublée de la démarche unilatérale du législateur européen, légitimerait l'analyse en termes de police.

- ¹ Prezentul studiu este finanțat dintr-un grant de cercetare CNCSIS, Competiția 2008, IDEI, cod proiect 2442, coordonator conf. univ. dr. Dan Andrei Popescu.
- * Asist.univ., FSEGA din cadrul UBB Cluj-Napoca; alinaxoprea@yahoo.fr.
- ² V. L. Idot, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *LPA*, 12 décembre 2002, n° 248, p. 27 ; A. Fuchs, H. Muir-Watt, E. Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004 ; M. Audit, H. Muir-Watt, E. Pataut (dir.), *Conflits de lois et régulation économique. L'expérience du marché intérieur*, LGDJ, 2008 ; M.P. Puljak, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, PUAM, 2003; J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, 2010.
- ³ Alors que le droit européen est orienté vers la réalisation du marché intérieur, « espace sans frontières intérieurs dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services, des capitaux est assurée » (article 14§3 CE) et tend à éliminer les entraves à libre circulation, en revanche, le droit international privé, tout en ayant pour fonction de résoudre les conflits des législations potentiellement applicables, n'est pas destiné exclusivement à neutraliser les inconvénients qui résultent pour les parties de la diversité des ces lois – v. M. Fallon, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in (dir.) A. Fuchs, H. Muir-Watt, E. Pataut, *Les conflits de lois...*, *op. cit.*, p. 34, n° 4.
- ⁴ Alors que le droit international privé vise des catégories telles le statut personnel, le statut réel, les contrats, les délits..., le droit européen est concerné par les marchandises, les personnes, les services, les capitaux – v. L. Idot, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *op. cit.*, p. 27, sp. n° 11.
- ⁵ Sur la problématique générale des lois de police, v. Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP*, 1966, p. 1-18 ; « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, p. 691-698 ; N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2003 ; B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008. V. aussi note étude: «Legile de poliție în Regulamentul european Roma I privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale », *RRDP*, 3/2010, p. 96 et s.
- ⁶ V. par exemple en ce sens H.U. Jessurun d'Oliveira, "Towards A 'European' Private International Law?" in B. De Witte, C. Forder (eds.), *The common law of Europe and the future of legal education*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, p. 265, sp. p. 275: "In the framework of general principles of private international law, Community law, or at least a part of it, can be seen as an example of règles d'application nécessaire, Sonderanknupfung, directly applicable rules, either of the basis of legislative scope rules or not. Thus, they may find their application in many instances through Article 7 s. 2 of the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations".
- ⁷ V. L. Idot, « Le domaine spatial du droit communautaire des affaires », Communication au TCFDIP, 25 novembre 1992, *TCFDIP*, Pédone, 1994, p. 145 et s., sp. p. 148, n° 10.
- ⁸ B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., 2006, Dalloz, Paris, n° 53 (CE, 29 juin 1973, *Syndicat général du personnel de la Compagnie des wagons-lits*), p. 487, sp. p. 493.
- ⁹ J.S. Bergé, « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois », *op. cit.*, p. 206, sp. p. 210.
- ¹⁰ Pour une analyse du point de vue des méthodes de droit international privé des rattachements trouvés dans le droit dérivé, v. principalement S. Franço, *L'applicabilité spatiale du droit communautaire dérivé au regard de la théorie générale du droit international privé*, Bruylant, LGDJ, 2005, et notre *Compte rendu sur cet ouvrage*, à Revista română de drept internațional privat și drept privat comparat, 1/2006, p. 761.

- ¹¹ V. en France, C. Ap. Paris, 1^{re} ch. Suppl., 19 mai 1993, *Sté Labinal c. Sté Mors et Westland Aerospace, RA*, 1993, p. 645, note C. Jarosson ; *JDI*, 1993, p. 957, note L. Idot ; *RTD com.* 1993, p. 494, obs. E. Loquin, arrêt affirmant expressément le caractère de loi de police de l'article [101 TFUE] ; en droit européen, v. CJCE, 25 novembre 1971, *Béguelin Import / G.L. Import Export*, note R.K., *JDI*, 1973, p. 530-534, typique d'une démarche en termes de lois de police.
- ¹² V. Segre, "Il diritto comunitario delle concorrenze come legge di applicazione necessaria", in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1979, p. 75 et s. ; L. Idot, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI*, 1995, p. 321 ; H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international privé*, t. 1, 8^{ème} éd., 1993, n° 251, p. 296 ; B. Goldman, *Le champ d'application territorial des lois sur la concurrence*, RCADI, t. 128, 1969, III, p. 719 et s. ; F. Deby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, 1973, p. 84 ; A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, thèse, 1972, p. 151 et 157 et s.
- ¹³ Sur ceux-ci, v. M. Fallon, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré...*, *op. cit.*, p. 31-33, n° 4.
- ¹⁴ S. Poillot Peruzetto, M. Luby, *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1998, p. 98, n° 208 ; V., par exemple, CJCE, 21 septembre 1999, C-307/97, *St. Gobain*, affirmant le statut de « *disposition fondamentale de l'ordre juridique communautaire* » de l'article 43 CE (actuel article 49 TFUE).
- ¹⁵ A. Bonomi, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle legge italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Zürich, 1998, p. 122.
- ¹⁶ M. Behar-Touchais, « Conflits de lois et régulation économique : les opérations bancaires », in *Conflits de lois et régulation économique. L'expérience du marché intérieur*, *op. cit.*, p. 75 et s.
- ¹⁷ « *Les dispositions du droit applicable désigné par les règles du droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation de services de la société de l'information telle que prévue par la présente directive* » - seconde phrase du considérant 23 de la directive *commerce électronique* ; « *...sans préjudice des mesures nécessaires et proportionnées qu'ils peuvent adopter pour des raisons de politique des pouvoirs publics, les Etats membres ne réduisent pas les activités des prêteurs établis dans un autre Etat membre qui opèrent sur leur territoire conformément à la présente directive, au titre soit de la liberté d'établissement, soit de la libre prestation de services* » - article 21§2 de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux contrats de crédit aux consommateurs modifiant la directive 93/13/CE du Conseil, COM [2005] 483 final ; dans le texte final de la directive, cette clause ne figure plus.
- ¹⁸ M. Behar-Touchais, « Conflits de lois ... », *op. cit.*, p. 75, sp. p. 83-84 (n° 213).
- ¹⁹ Affaire *Parodi*, CJCE, 9 juillet 1997, C-222/95, sur laquelle v. P. Lutz, « La législation française sur le crédit à l'épreuve du droit communautaire », *Banque et Droit*, n° 56, novembre-décembre 1997, p. 18.
- ²⁰ Affaire *Caixa Bank*, CJCE, 5 octobre 2004, C-442/02, *Europe*, 2004, comm. 402, obs. L. Idot.
- ²¹ En droit européen, le principe de primauté a été formulé par la Cour de justice avec la décision *Costa c. ENEL* (CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/1964) : « *Cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du Traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable ; ... la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un Etat à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité ; ... il résulte de l'ensemble de ces éléments, qu'issu d'une source autonome, le droit né du Traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la*

Communauté elle-même; que le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du Traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de communauté ».

²² V. pour une observation similaire à propos des rapports entre le principe de primauté du droit européen et l'exception d'ordre public international, D. Boden, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance – recherches sur le pluralisme juridique*, thèse, Paris 1, 2002, n° 274, p. 347-348. Egalement, dans un autre contexte, L. Gannagé, *L'hierarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Etude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, p. 271 et s., n° 370 et s.

²³ Vu ce caractère, certains auteurs ont vu dans les libertés de circulation plutôt des règles de conflit cachées, dictant l'application de la loi du pays d'origine (v. J. Basedow, « Der Kollisionsrechtliche Gehalt des Produkt freiheiten im europäischen Binnenmarkt: *favor offerentis* », *RabelsZ*, 59, 1995, p. 1, *compte rendu* par P. Lagarde, *RCDIP*, 1996, p. 853; S. Grundmann, « Binnenmarktkollisionsrecht – vom Klassischen IPR zum Integrationsordnung », *RabelsZ*, 2000, p. 469; M. Wolff, « Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt », *Wertpapier Mitteilungen*, 1990, p. 1941 – auteurs cités par M. Fallon et J. Meeusen, « Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition », *Yearbook of PIL*, 2002, p. 37-66, sp. p. 51, note 49; v. aussi, pour une position similaire, L. Radicati di Brozolo, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation », *RCDIP*, 1993, sp. p. 408-409), position qui s'expose toutefois à la critique : les libertés de circulation ne servent pas seulement les intérêts des fournisseurs des biens et des services, mais également ceux des clients, elles peuvent censurer non seulement les lois des pays de destination, mais également ceux des pays d'origine; aussi, l'intervention des libertés de circulation ne remet pas en cause les règles de conflit des Etats membres (sauf éventuellement dans les hypothèses où celles-ci se révèlent discriminatoires), mais contrôlent *a posteriori* les lois substantielles désignées par celles-ci - v. en ce sens, L. Idot, in « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *op. cit.*, p. 31, n° 23 : « le contrôle ne s'exerce (...) qu'en aval sur la loi désignée par la règle de conflit. Le droit communautaire tient pour acquis le jeu de la règle de conflit pertinente, mais en adapte éventuellement le résultat »; M. Fallon, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », *op. cit.*, p. 62, n° 30. Sur l'impossibilité de déduire le principe du pays d'origine des libertés de circulation instituées par le Traité, v. aussi, M. Audit, « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *JDI*, 2006, p. 1333 et s.

²⁴ Selon la doctrine de l'*effet direct*, les normes européennes créent des droits et obligations pour les individus et peuvent être invoquées directement devant le juge national par ceux-ci (CJCE, aff. 26/62, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*); l'*effet direct* est *vertical* si la norme européenne peut être invoquée dans un litige entre un individu et un Etat membre et *horizontal* si elle peut l'être dans un litige entre deux particuliers. L'effet direct ne doit pas être confondu avec l'applicabilité directe ou l'immédiateté, qui désigne le fait que le droit européen s'intègre de plein droit et en tant que tel dans l'ordre juridique interne des Etats membres, sans que sa pénétration dans les ordres juridiques nécessite des actes de réception intermédiaires (CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Costa c. ENEL*).

²⁵ CJCE, 5 avril 1984, aff. 177-178/82, *Criminal proceedings against Van de Haar and Kaveka de Meern*.

²⁶ CJCE, 16 novembre 1977, aff. 13/77, *GB-INNO-BM v. ATAB*, §29-33 : « ...le but énoncé à l'article 3f) est précisé dans plusieurs dispositions du Traité relatives aux règles de concurrence, dont l'article 86, qui déclare incompatible avec le marché commun, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante; l'article 5, alinéa 2 du Traité prévoit que les Etats membres s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du Traité ...; des lors, s'il est vrai que

l'article 86 s'adresse aux entreprises, il n'en est pas moins vrai aussi que le Traité impose aux Etats membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition; pareillement, les Etats membres ne sauraient édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par les articles 85 à 94 du Traité ».

²⁷ V. D. Waelbroeck, « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », in (dir.) F. Capotorti, *Liber amicorum Pierre Pescatore : Du droit international au droit de l'intégration*, (Baden-Baden, Nomos, 1987), p. 781, qui dénommait cette évolution la « privatisation » des règles sur la libre circulation.

²⁸ CJCE, 12 décembre 1974, C-36/74, *Walrave et Koch v. Union cycliste internationale*, RTDE, 1976, p. 719.

²⁹ §18 : « en effet l'abolition entre les Etats membres des obstacles à la libre circulation des personnes et à la libre prestation des services, objectifs fondamentaux de la Communauté, énoncés à l'article 3, lettre c), du traité, serait compromise si l'abolition des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes ne relevant pas du droit public ».

³⁰ §19 : « en outre, les conditions de travail étant dans les différents Etats membres régies tantôt par la voie de dispositions d'ordre législatif ou réglementaire, tantôt par des conventions et autres actes conclus ou adoptés par des personnes privées, une limitation des interdictions en cause aux actes de l'autorité publique risquerait de créer des inégalités quant à leur application ».

³¹ V., par exemple, CJCE, 14 juillet 1976, C-13/76, *Donà c. Montero*.

³² CJCE, 15 décembre 1995, C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASLB c. J.M. Bosman* ; v. § 82-84 de l'arrêt : «... il importe de rappeler que, comme la Cour l'a dit pour droit dans l'arrêt *Walrave*, précité, point 17, cet article ne régit pas seulement l'action des autorités publiques, mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié. 83. La Cour a en effet considéré que l'abolition entre les Etats membres des obstacles à la libre circulation des personnes serait compromise si la suppression des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations et organismes ne relevant pas du droit public (v. arrêt *Walrave*, précité, point 18). 84. En outre, elle a observé que les conditions de travail sont régies, dans les différents Etats membres, tantôt par la voie de dispositions d'ordre législatif ou réglementaire, tantôt par des conventions et autres actes conclus ou adoptés par des personnes privées. Dès lors, si l'objet de l'article 48 du traité était limité aux actes de l'autorité publique, des inégalités pourraient en découler quant à son application (v. arrêt *Walrave*, précité, point 19). Ce risque est d'autant plus évident dans un cas tel que celui de l'espèce au principal que, comme il a été souligné au point 24 du présent arrêt, les règles relatives aux transferts ont été édictées par des entités ou selon des techniques différentes selon les Etats membres... ».

³³ CJCE, 13 avril 2000, C-176/96, *Jyri Lehtonen and Castors Canada Dry Namur-Braine v. Fédération Royale belge des Sociétés de Basketball*, §49 (travailleurs); CJCE, 11 avril 2000, C-51/96 et C-191/97, *Christelle Delière v. Ligue Francophone de Judo et Disciplines ASBL and Others*, §64 (services).

³⁴ V., toutefois, CJCE, 13 décembre 1984, C-251/83, *Haug-Adrion v. Frankfurter Versicherungs-AG*, où la Cour ne mentionne pas l'exigence du caractère collectif des dispositions contestées.

³⁵ CJCE, 6 juin 2000, C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano*, CMLR, 2000, p. 1237, note Lane et Nic Shuibhne.

³⁶ CJCE, 8 avril 1976, C-43/75, *Gabrielle Defrenne v. Sabena* - le litige soumis à la Cour de justice opposait Mme. Defrenne, hôtesse d'air, à son employeur, la compagnie Sabena, à propos des différences de salaire pour travail égal que la dernière pratiquait entre ses employés hommes et femmes, malgré l'existence de l'ex-article 119 du Traité CEE (article 141 CE/ 157 TFUE) ; selon la Cour, «... le fait que certaines dispositions du Traité sont formellement adressées aux Etats membres n'exclut pas que

des droits puissent être conférés en même temps à tout particulier intéressé à l'observation des obligations ainsi définies » - §31; « L'article 119 ayant un caractère impératif, la prohibition de discriminations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers » - §39.

³⁷ « Une telle considération doit, a fortiori, être applicable à l'article 48 du traité qui énonce une liberté fondamentale et qui constitue une application spécifique de l'interdiction générale de discrimination contenue dans l'article 6 du traité CE (devenu, après modification, article 12 CE). À cet égard, il vise à garantir, tout comme l'article 119 du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE), un traitement non discriminatoire sur le marché du travail. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que l'interdiction de la discrimination sur le fondement de la nationalité, énoncée à l'article 48 du traité, s'applique également aux personnes privées » - §35-36 de la décision Angonese.

³⁸ V. aussi le §45 de la décision CJCE, 17 juillet 2008, C-94/07, *Andrea Raccanelli contre Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV* : « La Cour a ainsi conclu, en ce qui concerne l'article 39 CE qui énonce une liberté fondamentale et constitue une application spécifique de l'interdiction générale de discrimination contenue à l'article 12 CE, que la prohibition de la discrimination s'impose également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers ».

³⁹ §23 et 24 de la décision.

⁴⁰ Pour plus de détails, v. S. Van Den Bogaert, « *Horizontality: The Court Attacks?* », in (eds.) C. Barnard, J. Scott, *The Law of the Single European Market, Unpacking Premises*, Hart Publishing, 2002, p. 146-149.

⁴¹ CJCE, 11 décembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti* (S. Robin Olivier, E. Pataut, « Europe sociale ou Europe économique, (à propos des affaires Viking et Laval) », *Revue du Droit du Travail*, février 2008, p. 80 ; N. Reich, « Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union - the Laval and Viking Cases before the ECJ », *German Law Journal*, Vol. 09 n° 02, 2008, p. 125-161; Ch. Vigneau, « Encadrement par la Cour de l'action collective au regard du Traité de Rome », *JCP G*, n° 13, 26 mars 2008, II 10060), §33: « il est de jurisprudence constante que les articles 39 CE, 43 CE et 49 CE ne régissent pas seulement l'action des autorités publiques, mais s'étendent également aux réglementations d'une autre nature qui visent à régler, de façon collective, le travail salarié, le travail indépendant et les prestations de services ».

⁴² CJCE, 18 décembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, §98: « Il convient de rappeler, également, que le respect de l'article 49 CE s'impose aussi aux réglementations de nature non publique qui visent à régler, de façon collective, les prestations de services. En effet, l'abolition entre les États membres des obstacles à la libre prestation des services serait compromise si l'abolition des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou des organismes ne relevant pas du droit public ».

⁴³ V. pour une appréciation positive S. Van Den Bogaert, « *Horizontality: The Court Attacks ?* », *op. cit.*, p. 134-138; à cet effet il est montré en particulier que l'effet direct horizontal de l'article 39 CE accroît l'effectivité du principe de libre circulation des travailleurs, offrant à ceux-ci une protection efficace dans la sphère privée, et favorise le processus d'intégration européenne en facilitant l'élimination des entraves en ce domaine qui avaient échappées au scrutin de la Cour ; V. en revanche, pour la critique de la solution adoptée sur ce point par la Cour de justice dans les affaires *Viking* et *Laval* - S. Robin Olivier, E. Pataut, « Europe sociale ou Europe économique... », *op. cit.*, p. 80, spéc. p. 84 et s.

⁴⁴ J.S. Bergé, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *TCFDIP*, 2004-2005, Pédone, Paris, 2008, p. 28.

⁴⁵ P. Rodière, « Domaine spatial du droit social européen », *TCFDIP*, 1992-1993, Pédone, Paris, 1994, p. 48, n° 9.

⁴⁶ §28-29 de l'arrêt : « *Attendu que la règle de non-discrimination, du fait qu'elle est impérative, s'impose pour l'appréciation de tous rapports juridiques, dans toute la mesure ou ces rapports, en raison soit du lieu ou ils sont établis, soit du lieu ou ils produisent leurs effets, peuvent être localisés sur le territoire de la communauté. Qu'il appartient au juge national d'apprécier cette localisation en considération des circonstances de chaque cas particulier et de tirer, en ce qui concerne l'effet juridique de ces rapports, les conséquences d'une éventuelle violation de la règle de non-discrimination* ».

⁴⁷ Dans d'autres affaires, dans lesquelles le principe de non discrimination était utilisé non comme loi de police, mais pour censurer, au nom de sa primauté, diverses lois nationales, la Cour de justice a trouvé que celui-ci s'applique dans des situations internationales (externes) si la loi applicable aux rapports juridiques en cause était celle d'un Etat membre. Tel était par exemple le cas dans l'affaire *Prodest v. CPAM* (CJCE, 12 juillet 1984, aff. 237/83) concernant le détachement temporaire au Nigeria d'un ressortissant français employé par une entreprise belge. Préoccupée du champ d'application spatiale du principe de non-discrimination, la Cour retienne la même motivation que dans l'affaire *Walrave* et complète : « *il s'ensuit que l'exercice temporaire des activités en dehors du territoire de la Communauté ne suffit pas pour écarter l'application de ce principe, des lors que le rapport de travail garde néanmoins un rattachement suffisamment étroit avec ce territoire* », avec la précision que tel est le cas lorsque « *le travailleur communautaire* » a été engagé par une « *entreprise d'un autre Etat membre* » et « *qu'il exerce toujours ses activités pour le compte de l'entreprise communautaire même pendant son détachement dans le pays tiers* ». Illustratrice apparaît également l'affaire *Boukhalfa* (CJCE, 30 avril 1996, C-214/94, *CMLR*, 1998, p. 247-267; M. Gardeñes Santiago, "La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad", *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, p. 863-877). Celle-ci concernait un litige entre la République fédérale Allemagne et une personne de nationalité belge, résidente de manière permanente à Alger, employée comme agent local par l'Ambassade de l'Allemagne en Algérie, au sujet de la discrimination quant aux conditions de travail, réalisée par la règle de conflit contenue dans la loi allemande relative au personnel employé par le ministère des affaires étrangères. Celle-ci soumettait les employés allemands à la loi allemande et les employés d'une autre nationalité à la loi du pays d'accueil. La réponse de la Cour est libellée comme suit : « *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité, contenue dans l'article 48, paragraphe 2, du traité et dans l'article 7, paragraphes 1 et 4, du règlement n° 1612/68, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, s'applique à un ressortissant d'un Etat membre qui vit dans un pays tiers de manière permanente, qui est employé par un autre Etat membre dans son ambassade dans ce pays tiers et dont le contrat de travail a été conclu sur place et y est exécuté de manière permanente, et ce pour tous les aspects de la relation de travail qui sont régis par la législation de cet Etat membre employeur* ».

⁴⁸ CJCE, 27 septembre 1988, aff. 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 et 125/85 à 129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission* (« *Pâte de bois* »), *RTDE*, 1989, p. 341, note L. Idot ; TPI, T-102/96, 25 mars 1999, *Gencor Ltd. c/ Commission*, L. IDOT, « Le Tribunal et le contrôle des concentrations : à propos des arrêts *Gencor* et *Generali* de mars 1999 », *Europe*, mai 1999, chron. 6 ; V. L. Idot, « Le domaine spatial du droit communautaire des affaires », Communication au TCFDIP, 25 novembre 1992, *TCFDIP*, Pédone, 1994, p. 153 ; P. Roth, V. Rose (eds.), *BELLAMY & CHILD. European Community Law of Competition*, 6th ed., Oxford University Press, 2009, p. 61-70.

⁴⁹ CJCE, 22 janvier 1981, aff. 58/80, *Dansk Supermarked v. Imerco*, sur laquelle v. P. Pescatore, « Aspects judiciaires de l'acquis communautaire », *RTDE*, 1981, p. 617 et s.

⁵⁰ D. Waelbroek, « Les rapports entre les règles... », *op. cit.*, p. 785.

⁵¹ CJCE, 1^{er} octobre 1987, aff. 311/85, *Vereniging van Vlaamse Reishureau's*.

⁵² CJCE, 27 septembre 1988, aff. 65/86, *Bayer AG und Maschinenfabrik Hennecke GmbH v. Sullhofer*, §11.

⁵³ CJCE, 24 janvier 1978, aff. 82/77, *Openbaar Ministerie v. Van Tiggele*.

⁵⁴ Conclusions présentées le 23 mai 2007, aff. C-438/05, *Viking Line*.

⁵⁵ §42 des conclusions.

⁵⁶ CJCE, 23 octobre 2007, C-112/05, *Commission c. Allemagne*. Dans l'affaire, la Commission avait considéré que cette loi représentait une entrave à la libre circulation des capitaux. Pour se défendre, l'Allemagne a soutenu que la loi en cause n'est pas une « mesure étatique » (seule susceptible d'être censurée en vertu des dispositions du Traité), mais se bornait à reproduire un accord privé conclu en 1959 entre les personnes et les groupes qui faisaient valoir des droits sur la société (§ 22-23 de l'arrêt), étant ainsi l'expression de la volonté des actionnaires. Pour constater la violation du Traité, la Cour aurait pu affirmer l'effet direct horizontal des dispositions européennes sur la libre circulation des capitaux ; elle a refusé toutefois de le faire, adoptant une autre ligne de raisonnement : « 26. À supposer que, comme le fait valoir la République fédérale d'Allemagne, la loi VW se borne à reproduire un accord qui devrait être qualifié de contrat de droit privé, force est de constater que le fait que cet accord a fait l'objet d'une loi suffit à le considérer, au regard de la libre circulation des capitaux, comme une mesure nationale. 27. En effet, l'exercice de la compétence législative par les autorités nationales dûment habilitées à cet effet constitue la manifestation par excellence du pouvoir étatique. 28. Il importe au surplus de constater que les dispositions de la loi en cause ne peuvent plus être modifiées par la seule volonté des parties à l'accord initial, mais que tout amendement nécessite le vote d'une nouvelle loi, conformément aux procédures de droit constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne. 29. Dans ces conditions, l'argument de cette dernière, selon lequel la loi VW ne constituerait pas une mesure nationale au regard de la libre circulation des capitaux, doit être rejeté » (§26-29 de l'arrêt).

⁵⁷ V. ainsi C. Barnard, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, 3rd ed., Oxford, 2010, p. 566-567.

DREPTUL DE RETRACTARE A UNEI OPERE

Paul POPOVICI*

Abstract: *The Withdrawal Right of Intellectual Works.* *The withdrawal right was clearly stipulated for the first time in the Romanian legislation by Law no. 8 / 1996 on Copyright and Neighboring Rights. Still, its existence had also been established by the previous law (see Decree no. 321 / 1956). Unlike the French legislation, the Romanian withdrawal right is poorly settled; although it is an absolute right, the author has the obligation to indemnify any owners of the exploitation rights who might be prejudiced by the exercise of the said withdrawal right. There are also some issues that need to be highlighted in connection to the law stipulations and the Romanian context. For example, due to its discretionary character, this right cannot be exercised in an abusive manner (since it would create a contradiction in terms), while the withdrawal act, performed as a consequence of the pressures exercised by a dictatorial political regime, is null, and the object of the withdrawal could be an intellectual work let unknown to the public.*

Cuvinte cheie: *autor, drept de autor, drepturi morale, drept de retractare, creație intelectuală*

Keywords: *author, copyright, moral right, withdrawal right, work of intellectual creation*

Noțiune

Dreptul de retractare este un „drept moral al autorului unei opere de a retracta opera, despăgubind, dacă este cazul, pe titularii drepturilor de exploatare prejudiciați prin exercitarea retractării”¹. Cu alte cuvinte, un autor poate decide nestingherit dacă își va retrage opera (în totalitate sau parțial) și nu va mai permite aducerea ei la cunoștința publicului; dacă opera trebuie sau nu să fi fost adusă la cunoștința publicului vom analiza *infra*.

Reglementarea legală incidentă

Acest drept a fost recunoscut chiar înainte de consacrarea sa legală, literatura de specialitate fiind unanimă în acest sens². Controversa care s-a purtat nu a fost cu privire la existența, ci a vizat numai întinderea sa, respectiv dacă autorul are sau nu dreptul de a-și retracta opera după încheierea contractului de editare (în opinia noastră, chiar sub imperiul Decretului nr. 321 / 1956, dreptul de retractare trebuia recunoscut chiar în lipsa unui temei legal, urmând ca eventualele consecințe patrimoniale generate de retragerea operei să fie cuantificate în funcție de principiul echității)³.

De altfel, acest drept nici în Franța nu a fost recunoscut decât relativ târziu, în anul 1957⁴.

Locul retractării în ierarhia drepturilor morale

Lectura articolului 10 din Legea nr. 8 / 1996 pare să așeze dreptul de retractare pe ultimul loc într-o ierarhie a drepturilor morale ale autorului. Aceasta este o concluzie care este valabilă pentru cadrul general al proprietății intelectuale: dreptul de retractare este „probabil, dreptul moral cel mai puțin semnificativ în contextul exploataării tradiționale a drepturilor de autor asupra operelor”⁵.

De unde însă acest „clasament”? Pe de o parte el este cumva evident din ordinea enumerării celor cinci drepturi nepatrimoniale⁶:

„a) dreptul de a decide dacă, în ce mod și când va fi adusă opera la cunoștință publică;

b) dreptul de a pretinde recunoașterea calității de autor al operei;

c) dreptul de a decide sub ce nume va fi adusă opera la cunoștință publică;

d) dreptul de a pretinde respectarea integrității operei și de a se opune oricărei modificări, precum și oricărei atingeri aduse operei, dacă prejudiciază onoarea sau reputația sa;

e) dreptul de a retracta opera, despăgubind, dacă este cazul, pe titularii drepturilor de utilizare, prejudiciați prin exercitarea retractării”⁷.

În mod logico-juridic este clar că nu se poate vorbi de pretinderea calității de autor până ce opera nu a fost adusă la cunoștința publicului, de nume sau pseudonim până nu s-a pretins calitatea de autor al operei respective (chestiune valabilă și pentru respectarea integrității operei) și – numai într-un sfârșit – toate acestea ar putea fi retractate.

Pe de altă parte, frecvența cu care este întâlnit în practică dreptul de retractare nu îl îndreptățește la o altă poziționare decât cea din legea în vigoare în raport cu celelalte drepturi nepatrimoniale.

Din câte cunoaștem, numai în cazul site-urilor de tip wikipedia dreptul de retractare este cel mai important drept moral deoarece „autorul poate avea o nevoie stringentă și continuă de a schimba textul său scris sau retrage complet de la gazda sa wiki”⁸.

Subiectul dreptului de retractare

Cu privire la subiectul dreptului de retractare, în mod evident, doctrina a apreciat că acesta poate fi doar autorul operei⁹. La decesul acestuia, dreptul de retractare se stinge pur și simplu. Dacă dreptul de retractare a fost exercitat în timpul vieții autorului, moștenitorii acestuia nu pot interveni pentru a-i publica opera de care *de cujus* s-a dezis¹⁰.

Dacă o retractare este lovită de nulitate, moștenitorii pot să editeze opera, dar nu în virtutea unui drept propriu de retractare a retractării, ci a constatării unei nulități absolute de care a fost lovită retractarea antecesorului lor.

Obiectul dreptului de retractare

Obiectul dreptului de retractare l-ar constitui, într-o opinie, numai operele aduse la cunoștința publicului deoarece, „în caz contrar, practic, ar lipsi obiectul retractării”¹¹. Cu toate acestea, considerăm că și operele inedite pot face obiectul acestui drept. Câtă vreme opera poate fi publicată (în cazul operelor literare sau științifice) sau expusă postum (cazul operelor de artă), nu vedem de ce i s-ar refuza autorului dreptul de a selecta ceea ce poate fi sau nu adus la cunoștința publicului. De altfel, în alt context și anume acela al întinderii dreptului de retractare sub imperiul Decretului nr. 321 / 1956, o asemenea perspectivă a fost enunțată în doctrină, recunoscându-se autorului un drept de retractare până la încheierea contractului de editare, dată după care acesta va fi afectat de principiul forței obligatorii a contractelor¹².

Dreptul de retractare asupra operelor efemere, după cum s-a observat în literatura de specialitate, poate fi exercitat atâta timp cât acestea există¹³. Însă și aceste opere pot să facă obiectul unei nuanțe a retractării și anume *dezicerea* (de exemplu, situația în care autorul unei sculpturi în gheață își exprimă regretul pentru că a imortalizat fie și efemer o persoană condamnată pentru crime de război).

Consimțământul celui care retractează

În tăcerea legii, constatarea consimțământului se raportează la normele dreptului civil conform cărora „consimțământul părților trebuie să fie serios, liber și exprimat în cunoștință de cauză”¹⁴.

Discuțiile care pot apărea în problema consimțământului celui care retractează credem că pot viza exprimarea liberă și conștientă a acestuia.

Uneori, în anumite contexte politice¹⁵ sau religioase¹⁶, retractarea unei opere are un caracter forțat, silnic, și se realizează în scopul menținerii integrității fizice sau a păstrării unor privilegii ori a unor minime drepturi de a publica (și) altceva decât opera retractată. În asemenea condiții, ca rod al unor constrângeri, ce valoare juridică mai poate avea o retractare?

Este evident, că retractarea este un act care are un caracter excepțional (prin posibilitatea acordată unilateral și discreționar de a o realiza și prin efectele pe care le produce), dar care trebuie să respecte condițiile de validitate ale oricărui act juridic cu privire la părți, consimțământ, obiect și cauză¹⁷.

Prin urmare, o retractare forțată este lovită de nulitate absolută, fiind afectat nu doar consimțământul (datorită exercitării unei violențe psihice sau chiar fizice¹⁸), ci

și cauza¹⁹. Așa cum am arătat mai sus, moștenitorii autorilor care au fost forțați să își retracteze opera (sau o parte din ea), pot să o editeze, dar nu în virtutea unei îndreptățiri personale de retragere a retractării, ci a existenței unei nulități absolute de care a afectat retractarea.

Întrebarea care se pune vizează dacă o astfel de retractare trebuie constatată de către instanța de judecată sau nu. Considerăm că numai în caz de necesitate poate fi solicitată intervenția instanței de judecată (bunăoară, în situația în care o persoană interesată va introduce o acțiune împotriva moștenitorilor și a editorului pentru a retrage o operă retractată la un moment dat de pe piață).

Cu privire la exprimarea consimțământului în cunoștință de cauză, se poate observa încă un motiv de disociere a dreptul de a aduce la cunoștința publicului o operă de dreptul de a retracta²⁰. Astfel, dacă opera (mai cu seamă artistică sau literară) poate fi creată la un moment dat cu un discernământ diminuat (în cazul să zicem accidental al ingerării unei cantități de alcool), retractarea pentru a fi validă poate fi realizată numai dacă la momentul exprimării ei discernământul nu a fost viciat.

În fine, dacă opera poate fi creată „în glumă”, pornind de la o joacă (a cuvintelor, a culorilor), retractarea nu poate fi făcută decât în mod serios, în conformitate cu regulile generale ale dreptului civil²¹.

Forma retractării

În privința formei retractării, legea nu solicită o formă anume (scrisă, autenticată, *ad solemnitate*, *ad validitate* sau *ad probationem*). Poate fi avut în vedere principiul simetriei după care o operă ar putea fi retractată în aceeași formă în care ea este expusă?

Fiind vorba de un drept special care consacră o excepție de la regula *mutuus consensus*, *mutuus disensus*, în tăcerea legiuitorului este destul de greu de dat o soluție la întrebarea de mai sus. Dacă voința exprimată în scris ar naște greu controverse, voința exprimată verbal poate fi supusă unor vehemente contestări. De altfel, este greu de crezut că o retractare a unei opere poate fi considerată ca fiind serioasă dacă se consumă numai la nivel oral.

De altfel, în tăcerea legii, dacă nu se impune o formă specială, scrisă, consensualismul ar trebui să fie pe deplin operant. Însă în cazul de față cu greu se poate imagina un consensualism între dreptul de a retracta și „ocazia pierdută” a editorului bunăoară).

De lege ferenda, considerăm că forma în care poate fi exprimată retractarea trebuie să fie scrisă sau înregistrată cu mijloace audio-video, *ad probationem*, pură și simplă, neafectată de modalități.

Caracterul discreționar al retractării

În literatura de specialitate s-a observat că acest drept, așa cum rezultă din economia legii, este unul discreționar și a cărui activare este generată de percepția autorului asupra propriei sale creații: *exempli gratia*, „am scris aceste divagații în 1935–36, la 24 de ani, cu pasiune și orgoliu. Din tot ce-am publicat în românește și franțuzește, acest text este poate cel mai pasionat și în același timp îmi este cel mai străin. Nu mă regăsesc în el, deși îmi pare evident prezența isteriei mele de atunci. Am crezut de datorita mea să suprim câteva pagini pretențioase și stupide. Această ediție este definitivă. Nimeni nu are dreptul s-o modifice”²².

În fond este vorba de o veritabilă deziluzie în raport cu propriile idei și așteptări²³. Pornind de la această neregăsire sau nemulțumire a autorului în / față de opera creată, dreptul de retractare are atribute excepționale fiind „capabil să paralizeze total drepturile terților, forța obligatorie a contractelor ori chiar interesul publicului de a avea acces la operă”²⁴.

Abuzul de drept și retractarea

În literatura de specialitate s-a afirmat că retractarea poate fi considerată în anumite circumstanțe un abuz de drept. Dar dacă „motivele care stau la baza deciziei de retragere aparțin exclusiv autorului și nu pot fi supuse cenzurii instanței de judecată”²⁵, credem că, cel puțin *de lege lata*, nu are cum să se poată pretinde o justificare temeinică a hotărârii de retragere a operei²⁶ și nici faptul că exercitarea s-a realizat în mod abuziv sau cu rea-credință²⁷. În mod evident, buna-credință este prezumată de lege, iar reaua-credință trebuie dovedită. Însă starea psihologică a subiectului de drept²⁸ nu are cum să fie dedusă dacă atitudinea intelectuală nu trebuie explicată, iar conduita exteriorizată nu este condiționată de expunerea vreunui motiv al retractării: „legiuitorul român [...] recunoaște autorului dreptul de retractare (art. 10 lit. e) fără a-l condiționa în privința motivelor care îl determină”²⁹.

Retragerea unei opere de la un editor și acordarea dreptului de publicare altuia făcută cu scopul de a obține o sumă mai mare de bani sau pentru a apărea sub sigla unuia mai prestigios nu echivalează cu o retractare chiar dacă actul respectiv a fost denumit cu acest termen. Într-o asemenea situație, dacă a fost încheiat un contract de editare, este vorba de o modificare unilaterală și abuzivă și nu de o retractare propriu-zisă, care presupune o hotărâre radicală de a retrage din circuitul public o operă sau unele fragmente din aceasta prin eliminare sau rescriere. Cu alte cuvinte, retractarea se produce datorită dezicerii autorului de operă sau de ideile conținute de aceasta, or, în cazul de mai sus nu se poate constata așa ceva, ba dimpotrivă: autorul își publică aceeași operă, însă la un alt editor.

Având în vedere cele de mai sus, considerăm că simplul refuz al autorului de remitere a manuscrisului către editor nu poate fi calificat *eo ipso* ca fiind o retractare³⁰.

Legislația franceză prevede, spre deosebire de cea românească, că în cazul în care „autorul decide să își publice din nou opera, este obligat să ofere cu prioritate drepturile sale de exploatare cesionarului pe care l-a ales prima dată și în condițiile atunci determinate”³¹. *De lege ferenda*, o asemenea dispoziție considerăm că trebuie să completeze art. 10 lit. e din Legea nr. 8 / 1996.

Last but not least, de lege lata, abuzul de drept nu poate fi constatat în cazul retractării deoarece am vorbi de o contradicție în termeni între *dreptul discreționar* pe care îl are autorul de a-și retracta o operă (sau chiar opera întregă) și ilegalitatea pe care o presupune un abuz de drept prin *exercitarea discreționară* a unei prerogative juridice.

Retractarea în cazul operelor colective sau comune

După cum s-a putut observa, legea dreptului de autor și a drepturilor conexe se mărginește la a menționa dreptul de retractare fără nicio nuanță. Aici a intervenit însă doctrina care a argumentat în mod convingător că o retragere a contribuției unui coautor dintr-o operă colectivă sau una comună trebuie temeinic justificată; inexistența unui motiv suficient de serios conduce în această situație și numai în această situație la calificarea drept exercitare abuzivă a dreptului de retractare³².

De lege ferenda, o prevedere în acest sens ar trebui să își găsească locul într-o viitoare modificare a legii.

Despăgubirea titularilor drepturilor de utilizare

Singura condiție pusă de legiuitorul român celui care retractează o operă este aceea a despăgubirii titularilor drepturilor de utilizare. Poate neplata despăgubirii să împiedice sau să întârzie retragerea unei opere din circuitul civil? Legiuitorul nu precizează acest fapt, dar, din economia legii considerăm că nu poate fi primită o astfel de soluție: textul prezintă retractarea urmată de despăgubire. Dacă legiuitorul ar fi vrut să atragă atenția asupra unei alte succesiuni cronologice a desfășurării operațiunilor, credem că ar fi optat măcar pentru o altă ordine a enumerării dacă nu chiar o precizare *in terminis* privind condiționarea punerii în aplicare a retractării de achitarea despăgubirii³³. Mai mult decât atât, prejudiciul poate fi cuantificat în mod arbitrar de către oricare dintre părți și mai ales, poate fi contestat pe calea unui proces. Or, ar fi greu de acceptat în acest caz că retractarea este paralizată până la achitarea respectivei despăgubiri.

În afară de considerațiile de mai sus, trebuie observat că în fond e vorba de opunerea unui drept patrimonial (despăgubirea) în raport cu un drept moral (retractarea). Însăși arhitectura textului de lege indică preeminența drepturilor morale, pe fundamentul cărora sunt dezvoltate drepturile patrimoniale³⁴.

Dar neclaritățile nu se opresc aici. Textul vorbește numai de o despăgubire a celor prejudiciați prin actul retractării. Care să fie modalitatea de apreciere și mai ales cât poate de mare fi despăgubirea? Ce poate fi inclus în respectiva despăgubire? *Damnum emergens*, dar și *lucrum cessans*? Poate fi inclus așadar un prejudiciu viitor³⁵ în această „ecuație”?

În ceea ce ne privește, considerăm că autorului nu i se pot imputa decât cheltuielile legate strict de publicarea operei retractate și nicidecum nu poate fi vorba de adăugarea prezumtivului beneficiu nerealizat datorită necomercializării operei întrucât ipoteza nu privește o răspundere delictuală.

Exprimarea legiuitorului este însă ușor derutantă chiar și în condițiile Codului civil abrogat. Deși nu se vorbește de prejudiciu, ci de prejudiciați, nuanțarea pare lipsită de importanță câtă vreme prejudiciul este cel care crează starea de prejudiciat. Prejudiciul fiind „consecința păgubitoare, patrimonială, rezultată în urma săvârșirii unei *fapte ilicite* (sublin. aut., M. M.), prin care au fost încălcate drepturile sau interesele legitime ale unei alte persoane”³⁶.

Este adevărat că fapta ilicită reprezintă o „acțiune sau inacțiune prin care se încalcă, intenționat sau din neglijență, drepturile subiective sau interesele legitime ale unei persoane, producându-i acesteia un prejudiciu”, dar, după cum s-a subliniat, „fapta ilicită intră în contradicție și cu legea”³⁷. Or, în cauză, care este fapta ilicită de vreme ce legiuitorul permite autorului să își retracteze în mod liber și neîngrădit opera?

De lege ferenda, considerăm că actualul text ar trebui reformulat mai neutru, astfel încât să nu fie asociat un act licit (retractare) cu unul ilicit: „dreptul de a retracta opera, despăgubind, dacă este cazul, cu valoarea cheltuielilor efectuate în scopul comercializării, pe titularii drepturilor de utilizare”.

Retractarea plagiatului

În conformitate cu dispozițiile Legii educației naționale, „plagiarea rezultatelor sau publicațiilor altor autori” constituie o abatere gravă de la „buna conduită în cercetarea științifică și activitatea universitară”³⁸, fapt care este sancționat cu excluderea din învățământul superior sau din cercetare³⁹.

Opera plagiată poate fi retractată și care sunt consecințele acestei retractări? Apreciem că retractarea în acest caz poate privi numai opera publicată, nu și cea nepublicată sau în curs de publicare deoarece numai opera edită produce efecte în ceea ce privește parcursul universitar sau științific al autorului ei. Un argument în acest sens îl reprezintă una dintre sancțiunile pe care Consiliul Național de Etică a Cercetării Științifice, Dezvoltării Tehnologice și Inovării trebuie să le ia în cazul unui plagiat este aceea a retragerii și / sau corectării „tuturor lucrărilor publicate prin încălcarea regulilor de bună conduită”⁴⁰.

În privința retractării unui plagiat înainte de a fi depistat, o interpretare literală a normelor în vigoare poate conduce la ideea că retractarea nu poate evita sancționarea cu excluderea din învățământ sau cercetare, deși lipsa respectivului plagiat din orice fișă de evaluare / listă a lucrărilor înaintate conducerii instituției din care face parte autorul „operei” atestă în mod evident faptul că respectivul nu a beneficiat în niciun fel de pe urma unei astfel de publicații.

Este de observat că prevederile Legii educației naționale nu pot fi aplicate situațiilor născute înainte de intrarea sa în vigoare deoarece altfel s-ar înfrânge principiul constituțional al neretroactivității legii⁴¹. Cu toate acestea, încă din anul 2004 există o bază legală pentru sancționarea cazurilor de plagiat⁴².

Concluzii

Dreptul de retractare așa cum este el astăzi reglementat în legislația românească necesită o serie de completări care să îi asigure atât o exprimare certă, dar și nuanțată în funcție de anumite ipoteze neavute în vedere de legiuitor la momentul redactării Legii dreptului de autor și a drepturilor conexe.

Astfel, în opinia noastră ar fi de dorit ca legiuitorul să reglementeze: forma în care poate avea loc retractarea, prezentarea unei justificări rezonabile a coautorului care dorește să retracteze o parte dintr-o operă comună sau colectivă, impunerea unui drept de preemțiune în favoarea editorului inițial atunci când decide să publice o operă retractată.

Toate aceste modificări ar contribui, ne place să credem, la creionarea unui cadru legislativ nu numai coerent, dar și echilibrat al unui drept a cărui exercitare afectează nu numai pe cel care uzitează de el, ci și pe alte persoane.

* Lect. univ. dr., Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”, Facultatea de Drept din Cluj-Napoca. Email: paul.popovici@pedagogia.ro.

¹ Art. 10, lit. (e) din Legea nr. 8 / 1996, privind dreptul de autor și drepturile conexe, modificată, publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 60 din 26 martie 1996. A se vedea și R. Pârvu, C.-R. Romițan, *Dreptul de autor și drepturile conexe [dicționar]*, Edit. All Beck, București, 2005, p. 37.

² A. Ionașcu, N. Comșa, M. Mureșan, *Dreptul de autor în RSR*, Edit. Academiei RSR, București, 1969, p. 43-44; Fr. Deak, St. D. Cârpenaru, *Drept civil. Contractele speciale. Dreptul de autor. Dreptul de moștenire*, Universitatea București, București, 1983, p. 339 și urm.

³ Pentru amănunte, a se vedea C.-R. Romițan, *Drepturile morale de autor*, Edit. Universul Juridic, București, 2007, p. 114-115.

⁴ E. Fortunet, *The author's moral right to withdraw a work (droit de repentir). A French perspective*, în „Journal of Intellectual Property Law & Practice”, vol. 6, nr. 8 / 2011, p. 535.

⁵ J. Phillips, *Authorship, ownership, wikiship: copyright in the twenty-first century*, în „Journal of Intellectual Property Law & Practice”, vol. 3, nr. 12 / 2008, p. 796.

⁶ După alți autori ar fi vorba numai de patru drepturi morale. Pentru amănunte, a se vedea E. A. Crowne

- Mohammed, *Moral rights and mortal rights in Canada*, în „Journal of Intellectual Property Law & Practice”, vol. 4, nr. 4 / 2009, p. 262.
- ⁷ Art. 10 lit. a-e din Legea nr. 8 / 1996.
- ⁸ J. Phillips, *op. cit.*, p. 796.
- ⁹ T. Bodoaşcă, *Dreptul proprietății intelectuale*, Edit. Universul Juridic, București, 2010, p. 51.
- ¹⁰ A se vedea, între alții, C. Anecitoaie, *Introducere în dreptul proprietății intelectuale*, Edit. Bren, București, 2011, p. 182-183.
- ¹¹ T. Bodoaşcă, *op. cit.*, p. 51.
- ¹² A. Ionașcu, N. Comșa, M. Mureșan, *op. cit.*, p. 43-44.
- ¹³ E. G. Olteanu, *Dreptul de autor asupra operelor de artă efemere*, în „Revista română de dreptul proprietății intelectuale”, nr. 1 / 2011, p. 10.
- ¹⁴ Art. 1204 Cod civil (2009).
- ¹⁵ S. Courtois ș. a., *Cartea neagră a comunismului. Crime, teroare, represiune*, trad. I. Busuioc ș.a., Edit. Humanitas, București, 1998.
- ¹⁶ Condamnările lui Giordano Bruno și Galileo Galilei, deși petrecute la începutul secolului al XVII-lea, sunt emblematice și, poate paradoxal, deloc inactuale. Pentru amănunte, a se vedea P. Machamer (ed.), *The Cambridge Companion to Galileo*, Cambridge University Press, 1998.
- ¹⁷ Art. 1179 Cod civil (2009).
- ¹⁸ Art. 1216, 1217 Cod civil (2009).
- ¹⁹ Art. 1235, 1236 Cod civil (2009).
- ²⁰ „Primul” motiv de disociere îl reprezintă situația operelor postume, care relevă faptul că dreptul de retractare nu este indisolubil legat de cel de aducere la cunoștința publicului a unei opere – Y. Eminescu, *Dreptul de autor*, Edit. Lumina Lex, București, 1997, p. 149.
- ²¹ Art. 1204 Cod civil (2009).
- ²² E. M. Cioran, Paris, 22 februarie 1990, în E. Cioran, *Schimbarea la față a României*, Edit. Humanitas, București, 1990, p. 2. Însă, după cum s-a observat, „pentru opera cioraniană, care disjunge între scris și realitate (cunoscând uneori chiar disjunția radicală), *operă profund maculată de exces* (sublin. ns. P. P.), o încercare de punere în practică a cuvintelor, de a parcurge astfel drumul invers celui *poietic*, este pe deplin improprie, fiindcă rezultatul ei ar fi, desigur, dezastrul: sinuciderea, moartea, apocalipsa” – N. Turcan, *Cioran sau excesul ca filosofie*, Edit. Limes, Cluj-Napoca, 2008, p. 49.
- ²³ V. Roș, O. Spineanu-Matei, D. Bogdan, *Dreptul de autor și drepturile conexe. Tratat*, Edit. All Beck, Bucurșeti, 2005, p. 227.
- ²⁴ A. R. Bertrand, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, ed. a II-a, Dalloz, Paris, 1999, p. 278, *apud* V. Roș, O. Spineanu-Matei, D. Bogdan, *op. cit.*, p. 227.
- ²⁵ V. Roș, O. Spineanu-Matei, D. Bogdan, *op. cit.*, p. 227.
- ²⁶ N.-R. Dominte, *Dicționar de dreptul proprietății intelectuale*, Edit. CH Beck, București, 2009, p. 74.
- ²⁷ T. Bodoaşcă, *op. cit.*, p. 51.
- ²⁸ T. Ciornea (coord.), *Dicționar de medicină legală*, Edit. Junimea, București, 1986, p. 80.
- ²⁹ C.-R. Romișan, *op. cit.*, p. 115.
- ³⁰ Pentru opinia contrară, a se vedea B. Florea, *Valorificarea drepturilor patrimoniale de autor prin intermediul contractului de editare*, în „Revista română de dreptul proprietății intelectuale”, nr. 3 / 2011, p. 111.
- ³¹ Art. 121-4 din Codul de proprietate intelectuală francez.
- ³² A se vedea, între alții, B. Florea, *Dreptul proprietății intelectuale*, Edit. Universul Juridic, București, 2011,

p. 70.

³³ *Exempli gratia*, a se vedea dispozițiile în materia exproprierii: „Transferul dreptului de proprietate asupra imobilelor din proprietatea privată a persoanelor fizice sau juridice în proprietatea publică a statului sau a unităților administrativ teritoriale și în administrarea expropriatorului operează de drept la data emiterii actului administrativ de expropriere de către expropriator, *ulterior consemnării sumelor aferente despăgubirii*” (sublin. ns. P. P.) – art. 9 alin. 4 din Legea nr. 255 / 2010, privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, necesară realizării unor obiective de interes național, județean și local, modificată, publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 85 din 20 decembrie 2010.

³⁴ Și în alte ramuri de drept raporturile nepatrimoniale (morale) precumpănesc asupra celor nepatrimoniale. *Exempli gratia*, „căsătoria se fundează pe relațiile de prietenie și afecțiune, care trebuie să existe între soți”; „matrimonium (căsătorie) [...] și originea latină a cuvântului ar sugera ideea că, în principal, căsătoria are o valență extrapatrimonială – P. Vasilescu, *Regimuri matrimoniale. Parte generală*, Edit. Rosetti, București, 2003, p. 14, 16. Conținutul relațiilor de căsătorie îl constituie în principal raporturile nepatrimoniale, personale, ale soților. De aceea, având în vedere și esența căsătoriei, raporturile patrimoniale ale soților trebuie să fie oarecum subordonate celor nepatrimoniale M. Mureșan, *Raporturile dintre soți*, în A. Ionașcu (coord.), „Familia și rolul ei în societatea socialistă în lumina legislației RSR”, Edit. Dacia, București, 1975, p. 114.

³⁵ Art. 1385 alin 3 Cod civil (2009).

³⁶ M. Mureșan, *Dicționar de drept civil*, ed. îngrij. de P. Vasilescu, Kocsis J., M. David, S. Fildan, Edit. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009, p. 517.

³⁷ M. Mureșan, *op. cit.*, p. 320.

³⁸ Art. 310 din Legea nr. 1 / 2011 a educației naționale, modificată, publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 18 din 10 ianuarie 2011.

³⁹ Art. 325 din Legea educației naționale.

⁴⁰ Art. 324 lit. b din Legea educației naționale.

⁴¹ „Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile” – art. 15 alin. 2 din Constituția României, revizuită.

⁴² Legea nr. 206 / 2004 privind buna conduită în cercetarea științifică, dezvoltarea tehnologică și inovare, modificată, publicată în „Monitorul oficial al României”, partea I, nr. 505 din 4 iunie 2004.

RISCUL CONTRACTUAL ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL

Gabriel TIȚA-NICOLESCU*

Abstract: The Contractual Risks Under the New Romanian Civil Code. *This article is aimed at a very detailed approach of the question of contractual risk as provided by the New Civil Code, which brings important new elements in this matter. The research is based on the theoretical considerations of the article writer, who also quotes other writers, on the conclusions derived from the national and European case law on contractual risk, as well as on the relevant elements of comparative law. For this purpose, several civil codes have been taken into consideration, namely the Civil Code of Quebec (which was also the model when passing the Romanian New Civil Code), the Italian Civil Code, the German Civil Code, the Civil Codes of Spain, Switzerland and others, including those passed in the United States of America and Brazil. Finally, the so-called "European Civil Codes", namely the most important codifications of European contract law (PECL, DCFR, Unidroit), have been used as correction source and comparison model for the regulations of the Romanian New Civil Code on the matter of contractual risk.*

The document defines and analyzes the cases of liability exemption under their current regulation, analyzes the frequency of cases of unforeseen impossibility of performance and its consequences, illustrates the rules applying to contractual risk (with the article writer's own and original opinions) and, in the end, shows the conclusions arising from the research carried out, mainly highlighting the solution that is completely opposite to that provided by the New Civil Code as compared to the Old Civil Code in terms of risk assignment in real property assignment contracts, namely res perit debitori.

In our opinion, the article was necessary, as the contractual risk was and still is a matter that has led to many debates and comments in the legal literature, which will continue despite the adoption of the Romanian New Civil Code, which gives a clearer approach of such issues. The goal of this article is to contribute, based on opinions supported by arguments, to an improved overview of the matter of contractual risk and, eventually, to bring forth some principles which should be taken into consideration for this purpose.

Rezumat: *Articolul de fata urmareste o abordare foarte amanuntita a problematicii riscului contractual in viziunea Noului Cod Civil, reglementare care aduce elemente de noutate importante in aceasta materie. Studiul este bazat pe consideratiile teoretice ale autorului articolului, fiind citate si opiniile altor autori, pe concluziile desprinse din jurisprudenta nationala si europeana in problema riscului contractual, precum si pe elementele de drept comparat relevante. In acest sens au fost avute in vedere, in principal, Codul Civil din Quebec (cel care a si servit model pentru adoptarea Noului Cod Civil Român), Codul Civil Italian, Codul Civil German, Codul Civil din Spania, Elvetia si alte coduri, inclusiv adoptate peste ocean, in Statele Unite ale Americii si in Brazilia. In fine, asa-numitele "coduri civile europene", adica cele mai importante culegeri de codificare a dreptului european al contractelor (PECL, DCFR, Unidroit) au fost utilizate ca sursa de corectare si model de comparatie a reglementarilor Noului Cod Civil Roman in problematica riscului contractual.*

Materialul definește și analizează cauzele exoneratoare de răspundere în reglementarea lor actuală, analizează incidența situațiilor de imposibilitate fortuită de executare și consecințele acestora, prezintă regulile aplicabile în materie de risc contractual (cu opinii proprii și originale ale autorului articolului) și expune, în final, concluziile desprinse după cercetarea efectuată, fiind reliefată, în mod esențial, soluția diametral opusă oferită de Noul Cod Civil față de Vechiul Cod Civil în materie de transfer al riscurilor în contractele translativ de drepturi reale, și anume res perit debitori.

Articolul era necesar, în opinia noastră, întrucât riscul contractual a fost și este, în continuare, o chestiune care a dat naștere la multe discuții și comentarii în literatura juridică, dezbateri care vor continua, chiar și în condițiile adoptării Noului Cod Civil Român, care oferă o abordare mai clară a acestor aspecte. Scopul articolului este de a contribui, cu opinii argumentate, la îmbunătățirea viziunii asupra problemei riscului contractual și, finalmente, de a conchide câteva linii de principiu ce trebuie avute în vedere sub acest aspect.

Cuvinte cheie: risc, risc contractual, imposibilitate fortuită de executare.

Keywords: risk, contractual risk, unforeseen impossibility of performance.

1. Noțiuni introductive

Un contract se încheie, în mod firesc, plecând de la buna-credință a părților, în scopul ducerii la bun sfârșit al acestuia, adică părțile au în vedere și fac tot ce pot pentru executarea întocmai a obligațiilor asumate prin contract. Este însă posibil (și, din păcate, se întâmplă frecvent în practică) ca un contract să nu mai fie respectat, adică prestațiile sau obligațiile asumate să nu mai fie executate de către una din părți. Neexecutarea obligațiilor poate fi cauzată de două motive: fie de culpa (vina¹) sub orice formă a părții care nu își mai îndeplinește obligațiile, fie de o situație imprevizibilă care exclude orice culpă a vreunei părți semnatare a contractului.

În primul caz, nerespectarea contractului se numește *neexecutare culpabilă* și atrage, întodeauna, dreptul părții care și-a executat propria obligație sau este dispusă să își îndeplinească propria obligație, la a cere desființarea contractului (reziliere sau, după caz, rezoluțiune), cu daune-interese (despăgubiri) ce urmează a fi plătite de către partea în culpă, adică partea care nu și-a îndeplinit obligațiile.

În cel de-al doilea caz, nerespectarea contractului poartă denumirea de *risc contractual*, și nu acordă dreptul părții care și-a executat propria obligație sau este dispusă să o execute, la a cere despăgubiri pentru neexecutare. Și aceasta pentru că nerespectarea este cauzată de anumite cauze pe care legea, jurisprudența și doctrina le numesc *cauze exoneratoare de răspundere*, adică forța majoră, cazul fortuit și, după cum vom vedea, alte evenimente asimilate acestora, situații care se caracterizează, în

mod esențial, așa cum s-a arătat de-a lungul anilor, în practica judiciară, prin imposibilitatea obiectivă de a putea fi prevăzute. Sub aspect terminologic, trebuie reținut că, în dreptul european, situațiile despre care vorbim aici dau dreptul părții de a se prevala, de așa-numita *neexecutare scuzabilă*².

Trebuie precizat încă de la început că, spre deosebire de alte opinii enunțate în literatura juridică³, noi considerăm că riscul contractual (sau riscul neexecutării contractului) este o problemă care poate fi întâlnită atât în cazul contractelor sinalagmatice (sau bilaterale), în care ambele părți se obligă cât și în cazul contractelor unilaterale, în care numai una dintre părți se obligă, așa, cum este, de pildă, cazul contractului de comodat (unde, chiar dacă avem de-a face cu o altă regulă de suportare a riscului, vorbim totuși, despre o neexecutare a contractului ca urmare a imposibilității fortuite de executare)⁴. Esențial, în opinia noastră, este, reiterăm, aspectul legat de neexecutarea obligației⁵, neexecutare care poate fi întâlnită la orice categorie de contract, atât unilateral, cât și bilateral; evident, când vorbim despre risc contractual, această neexecutare trebuie să fie *scuzabilă*, după definițiile date de dreptul european, citate mai sus.

Așadar, după precizările pe care le-am făcut mai sus, definim riscul contractual ca fiind *acea situație în care o parte contractantă nu își poate executa obligațiile asumate din anumite motive considerate de lege cauze exoneratoare de răspundere, situație care deschide problema identificării părții care urmează să suporte consecințele prevăzute de lege ale acestei neexecutări*.

2. Reglementare legală

Noul Cod Civil asigură o reglementare expresă a problematicii în discuție, fiind enumerate, în primul rând, cauzele exoneratoare de răspundere și, din fericire, aceste cauze sunt, de această dată, definite de lege (definiții care nu existau în Vechiul Cod Civil). Totodată, regulile de suportare a riscului contractual sunt stipulate în noua reglementare, atât ca regulă de principiu, cât și sub forma unor reguli specifice aplicabile anumitor tipuri de contracte.

Așadar, legea definește cauzele exoneratoare de răspundere la capitolul privind răspunderea civilă (art. 1.351 – 1.356 Noul Cod Civil), aceste cauze având o abordare comună, atât pentru răspunderea civilă delictuală cât și pentru răspunderea civilă contractuală cu aplecare deosebită asupra cazului fortuit și forței majore (definite de art. 1.351 Noul Cod Civil) și reiterează incidența acestora ori de câte ori se impune, pentru a se reține cu exactitate că, fie cazul fortuit, fie forța majoră, fie ambele, constituie cauze exoneratoare de răspundere. Astfel, în contractul de transport, transportatorul răspunde pentru prejudiciile cauzate prin întârzierea ajungerii la destinație, cu excepția cazului fortuit și a forței majore (art. 1.959 Noul Cod Civil) ori

faptei unui terț pentru care transportatorul nu este ținut să răspundă (art. 1.991 în materia transportului de bunuri, art. 2.004, în materie de transport de persoane). În contractul de mandat, cazul fortuit și forța majoră exclud răspunderea mandantului pentru revocarea chiar nejustificată a contractului de mandat declarat de părți ca irevocabil (art. 2.032 Noul Cod Civil). În cazul contractului de expediție reglementat expres prin noile dispoziții legale, expeditorul răspunde de întârzierea transportului, pierirea, pierderea, sustragerea sau stricăciunea bunurilor, cauzată de cazul fortuit, dacă el nu dovedește că aceasta s-ar fi produs chiar dacă s-ar fi conformat instrucțiunilor primite (art. 2.068 Noul Cod Civil). Contractul de agenție poate fi denunțat fără preaviz de oricare dintre părți, cu repararea prejudiciilor astfel cauzate celeilalte părți, atunci când circumstanțe excepționale, altele decât forța majoră ori cazul fortuit, fac imposibilă continuarea colaborării dintre comitent și agent (art. 2.090 Noul Cod Civil). Contractul de depozit reglementează, de asemenea, mai multe situații în care se poate invoca, de către depozitar, cazul fortuit ca fiind cauză exoneratoare de răspundere, respectiv atunci când acesta a schimbat locul sau felul păstrării ori s-a folosit de bunul depozitat sau l-a încredințat unei terțe persoane fără acordul deponentului, dar numai dacă dovedește că bunul ar fi pierit chiar și dacă nu și-ar fi depășit drepturile (art. 2.114 Noul Cod Civil) precum și atunci când nu mai poate restitui bunul către depozitar dacă acesta a pierit prin caz fortuit (art. 2.120 Noul Cod Civil). În fine, în contractul de gaj, creditorul nu răspunde pentru pierirea bunului luat în gaj, atunci când aceasta se datorează forței majore, vechimii ori folosirii normale și autorizate a bunului (art. 2.490 Noul Cod Civil).

Riscul contractual este reglementat *de lege lata* sub forma regulii generale aplicabile, în principiu, tuturor contractelor (art. 1.634 Noul Cod Civil) inclusiv contractelor translativ de proprietate (art. 1.274 Noul Cod Civil); această regulă ne spune că *riscul este suportat de către debitorul obligației imposibil de executat*. În schimb, nu avem nicio altă reglementare expresă cu privire la alte reguli speciale de suportare a riscului, reguli derogatorii pe care le deducem însă din interpretarea textelor Noului Cod Civil și pe care le vom aborda mai jos.

3. Cauzele exoneratoare de răspundere

3.1. Precizări prealabile. Așadar, după ce am abordat cadrul legal aplicabil, ne întrebăm care sunt cauzele exoneratoare de răspundere? Ce situații sau împrejurări dau dreptul unei părți contractante de a invoca neexecutarea și incidența riscului contractual?

După cum spuneam, acestea sunt enumerate expres de lege: cazul fortuit, forța majoră, fapta victimei înseși sau a unui terț, exercițiul dreptului⁶. Trebuie însă să precizăm, înainte de orice abordare a acestor împrejurări, faptul că ultimele două

cauze exoneratoare de răspundere sunt incidente mai mult în cazul răspunderii civile delictuale, astfel că nu vom insista foarte mult asupra lor aici, nefăcând obiectul demersului nostru referitor la riscul contractual. Dar să vedem ce presupun fiecare dintre aceste cauze exoneratoare de răspundere.

Cele mai importante sunt, așa cum spuneam, cazul fortuit și forța majoră. Observăm că legea folosește ambii termeni, atât cazul fortuit cât și forța majoră, ceea ce înseamnă că cele două noțiuni nu sunt sinonime (noțiunile nu mai sunt sinonime, după părerea noastră, nici în materie de răspundere contractuală și nici în materie de răspundere civilă delictuală). Între cele două noțiuni există asemănări și deosebiri importante, pe care le dezbatem aici; vom defini cele două noțiuni apoi le vom aborda prin comparație, orice altă modalitate de dezbatere nefiind, în opinia noastră, lămuritoare, dată fiind confuzia care se face frecvent între cele două cauze exoneratoare de răspundere.

3.2. Cazul fortuit. Cazul fortuit este o împrejurare de fapt imprevizibilă și de neînlăturat care împiedică, în mod obiectiv și fără nicio culpă din partea debitorului, executarea obligației sale contractuale, cu consecința exonerării sale de răspundere pentru această neexecutare⁷. Literatura juridică și practica judiciară exemplifică cu împrejurări intrinseci ale contractului (ca defecte de fabricație ale bunului vândut, reacția nefirească a unui animal)⁸, sau cu împrejurări extrinseci cum ar fi fenomene naturale sau meteorologice extreme (alunecări de teren, ploi torențiale) dar care nu întrunesc caracteristicile forței majore.

În schimb, s-a statuat constant în jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție că neprimirea, de către o instituție publică, a fondurilor bugetare necesare plății sumelor de bani datorate, nu constituie caz fortuit și, ca urmare, nu o exonerează pe debitoare de executarea obligației⁹. Soluția nu a fost însă unitară, aceeași instanță supremă reținând într-o altă speță că, dimpotrivă, *„deoarece debitorul este o unitate bugetară, întârzierea în decontare s-a datorat unei cauze străine neimputabile (constând în lipsa fondurilor necesare, ca urmare a aprobării cu întârziere a bugetului și a întârzierii defalcării pe ordonatorii de credite), de natură să-l exonereze de răspundere conform art. 1.082 C. Civil”*¹⁰. Pe aceeași linie se află o altă soluție a Înaltei curți care a hotărât, într-o speță, că o astfel de situație nu poate fi considerată ca o forță majoră, dar poate fi încadrată în categoria cazului fortuit: *„Împrejurarea că, datorită inflației, instituțiile publice s-au aflat în imposibilitate de a asigura debitorului subvenția necesară achitării prețului energiei termice, nu constituie un caz de forță majoră, aceasta din urmă fiind o împrejurare de fapt, imprevizibilă și de neînlăturat, care împiedică în mod obiectiv executarea obligației debitorului”*¹¹. În ceea ce ne privește, considerăm că, în niciun caz, nealocarea sumelor de bani unei instituții bugetare nu poate constitui o cauză exoneratoare de răspundere, pentru că

În acest fel s-ar încuraja situațiile în care instituțiile publice pot atribui contracte prejudiciabile pentru cocontractanți. În plus, noi considerăm că în acest fel este sancționat creditorul, care nu are nicio vină în apariția acestei situații și care și-a îndeplinit obligațiile asumate. Credem că, prin excluderea nealocării fondurilor din categoria cazului fortuit, se realizează o mai bună planificare a costurilor de către instituțiile publice și o mai mare responsabilizare a conducătorilor acestora, care contratează lucrări pe care știu (sau nu exclud posibilitatea) că nu le pot plăti.

De asemenea, s-a reținut că lipsa sumelor de bani necesare unei societăți comerciale pentru plata dividendelor către asociați nu constituie o cauză exoneratoare de răspundere sub forma cazului fortuit¹².

Mai precizăm aici faptul că, de multe ori, în practica judiciară, s-a impus delimitarea noțiunilor de risc contractual și impreviziune¹³, arătându-se că, în principiu, variația circumstanțelor și noile sarcini ce afectează executarea fac parte din riscul contractual ce îl suportă debitorul obligației imposibil de executat și nu pot constitui temei al invocării teoriei impreviziunii¹⁴.

3.3. Forța majoră. Forța majoră este un fapt cu totul extern, invincibil, inevitabil și insurmontabil care face imposibilă executarea obligației și care, ca și cazul fortuit, exonerează de răspundere debitorul. Cauzele de forță majoră sunt mai puține și, în general, asupra acestora nu există discuții, spre deosebire de cazul fortuit. Sunt cazuri de forță majoră, potrivit doctrinei și jurisprudenței (ne referim aici și la jurisprudența străină, mai cu seamă la cea franceză): cutremurul, inundațiile, incendiul, grindina, vântul puternic (practica judiciară străină incluzând aici uraganul), căderile masive de zăpadă, seceta (nu întotdeauna acceptată ca forță majoră în practica judiciară franceză¹⁵), epidemiile (nu și starea de boală doar a debitorului, care, în mod frecvent, nu este acceptată ca forță majoră, nefiind un fapt extern debitorului), catastrofe naturale și orice împrejurări cu consecințe grave cauzate de fenomene meteorologice extreme; în fine, mai pot fi reținute în categoria forței majore, greva (reținută foarte frecvent în practica judiciară franceză, mai ales în cazul grevelor generale¹⁶), intrarea debitorului în șomaj¹⁷ (reținută constant de jurisprudența franceză¹⁸), revoltele populare, războiul dar și embargoul¹⁹.

Spre deosebire de cazul fortuit, unde se recomandă, pentru a se evita orice divergențe, enumerarea împrejurărilor care se constituie în caz fortuit, forța majoră nu trebuie definită, nu trebuie exemplificată și nici măcar nu trebuie prevăzută ca atare în contract drept cauză exoneratoare de răspundere. Aceasta operează, așa cum s-a arătat în practica judiciară, „în puterea legii, fără a fi necesar să fie prevăzută în contract sau într-un act normativ”²⁰.

3.4. Comparație caz fortuit / forță majoră. Între cele două noțiuni există, după cum se poate observa, mai multe asemănări, care fac dificilă uneori, așa cum spunem, delimitarea lor.

Prima asemănare: atât forța majoră cât și cazul fortuit sunt cauze *exoneratoare* de răspundere (cauze care înlătură răspunderea), fiind prevăzute ca atare în art. 1.351 Noul Cod Civil. A doua asemănare: ambele situații trebuie să se constituie în evenimente *imprevizibile* (de neprevăzut), și *insurmontabile* (ale căror efecte nu pot fi înlăturate), chiar dacă, în fapt, caracterul insurmontabil se analizează cu mai mare rigoare în cazul forței majore (caracterul *absolut* invincibil prevăzut de lege²¹).

Deosebirile sunt de nuanță, dar importante. Prima deosebire: forța majoră poate fi numai un eveniment *extern*²², pe când cazul fortuit, chiar dacă nu este cauzat de partea contractantă, poate deriva din contract, adică își poate avea izvorul în contract. A doua deosebire: forța majoră trebuie să fie un eveniment *inevitabil* și *invincibil* (imposibil de înfrânt), ceea ce nu se cere la cazul fortuit. În fine, deosebirea esențială, care derivă, de altfel, din toate explicațiile și delimitările făcute până acum: dacă, potrivit legii, debitorul este exonerat de răspundere contractuală pentru un caz fortuit, el este, de asemenea, exonerat și în caz de forță majoră. Cu alte cuvinte, noțiunea de forță majoră este o noțiune mai largă care include și noțiunea de caz fortuit, dar cazul fortuit nu include forța majoră. Prin urmare, există așadar situații în care cazul fortuit nu exonerează de răspundere contractuală, ci numai forța majoră, situații despre care am vorbit mai sus, la prezentarea cadrului legal.

Tot aici, mai trebuie menționat că aplicabilitatea forței majore și a cazului fortuit drept cauze de exonerare a răspunderii nu este absolută; ele, sau mai exact, efectele acestor două evenimente, pot fi înlăturate în două situații: atunci când legea le înlătură și atunci când părțile le înlătură.

3.5. Fapta victimei. Fapta victimei înseși și fapta terțului constituie o altă cauză exoneratoare de răspundere; este vorba despre acele împrejurări în care paguba este produsă prin chiar fapta victimei²³ sau a unui terț pentru care autorul prejudiciului nu este ținut să răspundă²⁴. Acestea înlătură răspunderea chiar dacă nu au caracteristicile forței majore, ci doar pe cele ale cazului fortuit, însă numai în cazurile în care, potrivit legii sau convenției părților, cazul fortuit este exonerator de răspundere. Aceste cauze exoneratoare de răspundere sunt însă aplicabile mai cu seamă în materia răspunderii civile delictuale nu și la răspunderea contractuală.

3.6. Exercițiul drepturilor. În ceea ce privește exercițiul drepturilor, acesta este reglementat de art. 1.353 Noul Cod Civil. Textul stipulează că cel care cauzează un prejudiciu prin chiar exercițiul drepturilor sale nu este obligat să îl repare, cu excepția cazului în care dreptul este exercitat abuziv²⁵.

4. Imposibilitatea fortuită de executare și consecințele acesteia

Atât cazul fortuit cât și forța majoră converg către aceleași consecințe: imposibilitatea fortuită de executare a obligațiilor contractuale.

Imposibilitatea fortuită de executare este reglementată de Noul Cod Civil ca o noțiune largă (incluzând atât cazul fortuit cât și forța majoră), la capitolul privind modurile de stingere a obligațiilor, alături de plată, compensație, confuziune și remitere de datorie. Acest mod de abordare legală ne lămurește pe deplin cu privire la primul efect important al imposibilității fortuite de executare, și anume *stingerea* obligației²⁶. Ce-a doua consecință este că stingerea obligației nu atrage după sine răspunderea părții care nu și-a îndeplinit obligația, adică o va *exonera* de răspundere, astfel că una dintre părți va suporta riscul contractual.

Imposibilitatea fortuită de executare este stipulată expres de Noul Cod Civil, în art. 1.634, text de lege care pleacă de la premisa fundamentală potrivit căreia debitorul unei obligații este liberat de răspundere atunci când obligația sa nu mai poate fi executată din cauza unei forțe majore, a unui caz fortuit ori a unor alte evenimente asimilate acestora²⁷.

Regula primordială este însă că imposibilitatea fortuită de executare operează drept cauză exoneratoare de răspundere doar dacă debitorul *nu a fost pus în întârziere* cu privire la îndeplinirea obligației sale²⁸. În schimb, dacă debitorul a fost pus în întârziere, regula este diametral opusă, în sensul că imposibilitatea de executare, oricât ar fi de fortuită, nu exonerează debitorul de răspundere. Dimpotrivă, debitorul răspunde, de la data la care se află în întârziere, pentru orice pierdere cauzată de un caz fortuit sau de forță majoră, cu două *excepții* (când debitorul va fi totuși, exonerat de răspundere):

- atunci când cazul fortuit îl liberează pe debitor de însăși executarea obligației;

- atunci când creditorul nu ar fi putut, oricum, să beneficieze de executarea obligației din cauza evenimentelor fortuite (încadrate de lege în categoria forței majore, cazului fortuit ori a unor alte evenimente asimilate acestora); totuși, debitorul va răspunde și în această situație, în cazul în care și-a luat asupra sa riscul producerii acestor evenimente²⁹.

Atunci când imposibilitatea de executare este doar *temporară*, executarea obligației se suspendă pentru un termen *rezonabil*³⁰, apreciat în funcție de durata și urmările evenimentului care a provocat imposibilitatea de executare.

Dacă obligația are ca obiect bunuri de gen, debitorul nu poate invoca imposibilitatea fortuită de executare, cu alte cuvinte, el nu se poate exonera de răspundere. În acest caz, debitorul va trebui să furnizeze creditorului alte bunuri *de același gen* cu cele care au pierit fortuit, întrucât *genera non pereunt* (lucrurile de gen

nu pier niciodată). Regula este reluată expres în materia vânzării, Noul Cod Civil precizând expres că în cazul bunurilor de gen, vânzătorul nu este liberat de obligația de predare chiar dacă lotul din care făceau parte bunurile respective a pierit în totalitate, afară numai dacă lotul era anume prevăzut în convenție.

În toate cazurile, pentru a se putea prevala de aceste cauze exoneratoare de răspundere, debitorul trebuie să *notifice* creditorului existența evenimentului care provoacă imposibilitatea de executare a obligațiilor. Notificarea trebuie făcută într-un termen *rezonabil*, calculat din momentul în care debitorul a cunoscut sau trebuia să cunoască imposibilitatea de executare. Dacă notificarea nu ajunge la creditor în acest termen rezonabil, debitorul răspunde pentru prejudiciul cauzat, prin aceasta, creditorului. Obligația notificării incidenței cazului fortuit și a consecințelor sale este preluată aproape *ad litteram* de Noul Cod Civil Român din Principiile Dreptului European al Contractelor, unde se stipulează că *"partea care nu și-a executat obligația trebuie să se asigure că notificarea impedimentului și a efectelor sale asupra posibilității sale de a-și executa obligațiile este primită de cealaltă parte într-un termen rezonabil după ce cunoscuse sau ar fi trebuit să cunoască aceste circumstanțe; cealaltă parte are dreptul la despăgubiri pentru orice pierdere cauzată de necomunicarea unei astfel de notificări"*³¹, principii care, la rândul lor, au fost inspirate din Principiile aplicabile Contractelor Comerciale Internaționale³². Părțile pot stipula în contract un termen în care debitorul obligației imposibil de executat să notifice creditorului intervenția unui caz fortuit sau de forță majoră care face imposibilă executarea obligației sale; în practică, o astfel de prevedere este des întâlnită în contracte. De asemenea, se poate stipula în contract ca, odată cu notificarea (sau într-un anumit termen determinat), debitorul să comunice creditorului și o dovadă scrisă a caracterului fortuit al împrejurării care a dus la neexecutarea obligației, de cele mai multe ori aceasta fiind o adeverință emisă de către camera de comerț și industrie din județul în care își are sediul debitorul³³. Este însă important de precizat faptul că această dovadă emisă de camera de comerț sau de o altă instituție publică cu privire la un anumit eveniment, nu conferă, în mod obligatoriu, în raporturile dintre părți, caracterul de forță majoră, urmând ca, în funcție de circumstanțele concrete să stabilească această chestiune³⁴.

În fine, sub aspectul sarcinii probei, legea stabilește un alt principiu, de această dată, *obligatoriu*, nefiind admise excepții de la acesta. Astfel, potrivit legii, dovada imposibilității de executare revine *debitorului*³⁵.

5. Reguli aplicabile în materie de risc contractual

5.1. Considerații generale. Regulile de aplicare a riscului contractual sunt reglementate de lege (așa cum am arătat, fie expres, fie implicit), acestea urmând a fi respectate ca atare, părțile neputând deroga de la regula de aplicare a riscului, așa

cum este ea reglementată de lege pentru cazul dat. Chestiunile de principiu legate de risc contractual sunt cuprinse, în mod firesc, așa cum am observat deja, în Codul Civil, lege care reglementează implicit și regulile particulare de suportare a riscului contractual. Dar reguli particulare de asumare a riscului contractual pot fi prevăzute și în alte acte normative, cu aplicare specifică și limitată la un anumit tip de contract, cum ar fi O.G. nr. 51 / 1997 referitoare la operațiunile de leasing și societățile de leasing, despre care vom vorbi mai jos.

Încă de la început, pentru că vorbim aici, în principal, de aspecte inedite, trebuie să spunem că, de noutate și de o mare importanță este soluția diametral opusă oferită de Noul Cod Civil față de Vechiul Cod Civil, în sensul că se aplică regula generală *res perit debitori* chiar și în actele translativă ale dreptului de proprietate³⁶. Și tot de noutate este disocierea celor două momente: momentul în care se transmite dreptul de proprietate de momentul în care se transmit riscurile pierii fortuite a bunului care face obiectul contractului. Despre acest lucru vom vorbi mai târziu.

5.2. Transferul dreptului / transferul riscului. Prima diferență notabilă în Noul Cod Civil față de Vechiul Cod Civil în materie de risc contractual este că momentul transferului dreptului real nu mai coincide de drept cu momentul transferului riscului pierii fortuite a bunului. În prezent, art. 1.273 disociază momentul transferului dreptului real de transferul riscurilor pierii fortuite a bunului transferat, principiul fiind aplicabil, în general, în toate actele translativă de drepturi reale: *„Drepturile reale se constituie și se transmit prin acordul de voință al părților, chiar dacă bunurile nu au fost predate, dacă acest acord poartă asupra unor bunuri determinate, ori prin individualizarea bunurilor, dacă acordul poartă asupra unor bunuri de gen”*. Regula este reluată sub aceeași formă în art. 1.674 Noul Cod Civil cu referire strictă la contractul de vânzare-cumpărare: *„Cu excepția cazurilor prevăzute de lege ori dacă din voința părților nu rezultă contrariul, proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă bunul nu a fost predat ori prețul nu a fost plătit încă”*.

Reglementarea legală anterioară era cuprinsă în art. 971 Vechiul Cod Civil și respectiv, în materie de vânzare (act tipic și exemplificativ translativ de drepturi reale), în art. 1.295 Vechiul Cod Civil, cu precizarea esențială că sub imperiul legii vechi se preciza expres că, *odată* cu dreptul transmis prin actul translativ se transmite și riscul pierii fortuite a bunului. Pentru a mai bună înțelegere a diferențelor de reglementare, redăm mai jos textele de lege anterioare, aplicabile în materie de risc contractual în cazul actelor translativă de drepturi reale.

“Vinderea este perfectă între părți și proprietatea este de drept strămutată la cumpărător, în privința vânzătorului, îndată ce părțile s-au învoit asupra lucrului și asupra prețului, deși lucrul încă nu se va fi predat și prețul încă nu se va fi numărat” (art. 1.295 alin. 1 Vechiul Cod Civil).

„În contractele ce au de obiect translația proprietății, sau unui alt drept real, **proprietatea sau dreptul se transmite prin efectul consimțământului părților, și lucrul rămâne în rizico-pericolul dobânditorului**, chiar când nu i s-a făcut tradițiunea lucrului” (art. 971 Vechiul Cod Civil). sublinierile ne aparțin.

Așadar, iată diferența esențială ! Spre deosebire de codul civil anterior, codul civil în vigoare nu ne mai spune nimic despre transferul riscurilor, ci ne menționează expres că, de la momentul realizării consimțământului ceea ce se transmite prin efectul legii este doar dreptul real nu și riscul pierderii/deteriorării fortuite. Singura excepție o avem în vânzarea cu plata prețului în rate, unde obligația de plată este garantată cu rezerva dreptului de proprietate, iar cumpărătorul dobândește dreptul de proprietate la data achitării ultimei rate din preț, nu la momentul realizării consimțământului; și aici vorbim însă de o disociere, în sensul că riscul bunului este transferat cumpărătorului de la momentul predării acestuia.

Așadar, sub acest aspect, reținem că, de fapt, riscul se transferă odată cu bunul și nu cu dreptul.

5.3. Riscul in contractul translativ de proprietate. *De lege lata*, se prezumă că atât timp cât bunul nu este predat, riscul contractului rămâne în sarcina debitorului obligației de predare, adică, dacă luăm exemplul contractului de vânzare-cumpărare, riscul rămâne pe seama vânzătorului sau transmiteătorului. Riscul subzistă în sarcina transmiteătorului chiar dacă proprietatea a fost deja transferată, potrivit actului juridic de transfer (prin ipoteză, a contractului de vânzare-cumpărare) către dobânditor. Așadar, iată aplicarea practică a disocierii clare dintre momentul transferului dreptului de proprietate și transferul riscului pieririi fortuite a bunului.

Soluția în caz de pierire fortuită a bunului este cât se poate de simplă și de clară: debitorul obligației de predare pierde dreptul la contraprestație, iar dacă a primit-o, este obligat să o restituie (dacă avem în vedere un contract de vânzare-cumpărare, vânzătorul nu va mai avea dreptul să ceară plata prețului bunului vândut iar dacă a încasat prețul, este obligat să îl restituie întrucât el nu mai poate pune la dispoziție bunul vândut).

Există însă o excepție de la această regulă a suportării riscului de către transmiteător: dacă dobânditorul a fost pus în întârziere (i s-a solicitat în scris să își ridice bunul dobândit), el va prelua riscul pieririi fortuite a bunului (în contractul de vânzare-cumpărare, cumpărătorul va prelua riscul pieririi fortuite a bunului dacă, deși pus în întârziere cu privire la obligația de preluare a bunului cumpărat, nu ridică bunul). Dobânditorul nu se poate însă libera chiar dacă ar dovedi că bunul ar fi pierit și dacă obligația de predare ar fi fost executată la timp. După cum se poate observa, și sub acest aspect avem o diferență importantă față de vechiul cod civil, unde vânzătorul, chiar pus în întârziere, era exonerat de răspundere dacă ar fi dovedit că bunul ar fi pierit și la cumpărător dacă acesta ar fi fost predat la timp (art. 1.156 Vechiul Cod Civil)³⁷.

De precizat însă ca această regulă se aplică, potrivit legii de aplicare a Noului Cod Civil, numai contractelor încheiate după intrarea în vigoare a codului civil.

5.4. Regulele de suportare a riscului contractual. După precizările făcute deja, să vedem care sunt regulile posibile aplicabile riscului contractual. Trei sunt situațiile ce pot fi avute în vedere în materie de risc contractual: *res perit debitori* (riscul îl suportă debitorul obligației imposibil de executat), *res perit creditor* (riscul îl suportă creditorul obligației imposibil de executat), și, în fine, *res perit domino* (riscul îl suportă proprietarul) aceasta ultimă regulă fiind, sub imperiul Vechiului Cod Civil, principiul aplicabil riscului contractual în contractele translativ de drepturi reale.

Res perit debitori este regula generală, potrivit căreia riscul îl suportă debitorul obligației imposibil de executat, regulă aplicabilă, așa cum am clarificat deja, în toate contractele, inclusiv în contractele translativ de drepturi reale, mai puțin în acele situații în care se aplică una din celelalte două reguli, despre care vorbim mai jos.

Res perit creditor este prima excepție de la regula generală; potrivit acestei reguli, riscul îl suportă *creditorul* obligației imposibil de executat, și nu debitorul obligației imposibil de executat, ca în cazul principiului general aplicabil. Creditorul obligației imposibil de executat este cel care, practic, ar trebui să se folosească de bun, însă nu poate, întrucât cealaltă parte contractantă nu i-l poate pune la dispoziție.

Regula *res perit creditor* se întâlnește în contractul de comodat și în contractul de leasing³⁸.

Comodatul (sau împrumutul de folosință) este contractul cu titlu gratuit prin care o parte, numită comodant, remite un bun mobil sau imobil celeilalte părți, numite comodatari, pentru a se folosi de acest bun, cu obligația de a-l restitui după un anumit timp. În contractul de comodat, debitorul obligației de punere la dispoziție a bunului este comodantul, iar creditorul acestei obligații este comodatarii. Riscul contractual în contractul de comodat este reglementat de art. 2.149 și art. 2.150 din Noul Cod Civil. Astfel, comodatarii (care este, așa cum am arătat, creditorul obligației imposibil de executat) suportă riscul pieririi fortuite a bunului care face obiectul contractului de comodat, în trei situații:

- atunci când acesta folosește bunul cu altă destinație decât aceea pentru care i-a fost împrumutat ;
- atunci când prelungește folosința după scadența restituirii;
- atunci când comodatarii ar fi putut feri bunul de efectele forței majore întrebunțând un bun propriu sau când, neputând salva decât unul dintre cele două bunuri, l-a preferat pe al său.

În primele două situații, comodatarii răspunde de pierirea sau deteriorarea bunului cauzată de forța majoră, afară de cazul în care dovedește că bunul ar fi pierit ori s-ar fi deteriorat oricum din cauza acelei forțe majore.

În orice alte situații, se aplică regula generală potrivit căreia riscul îl suportă debitorul obligației imposibil de executat, în cazul de față, riscul fiind suportat de către comodant, ca debitor al obligației de a asigura comodatarului folosința bunului.

Leasingul reprezintă acele raporturi contractuale în baza cărora o parte, denumită finanțator, transmite pentru o perioadă determinată de timp dreptul de folosință asupra unui bun unei alte părți, denumită utilizator, contra unei plăți periodice, denumită rată de leasing, cu dreptul utilizatorului de a opta pentru cumpărarea bunului, restituirea sa ori continuarea folosirii acestuia. Leasingul este reglementat, în prezent, de O.G. nr. 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing și de Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebankare. O.G. nr. 51/1997 instituie o prezumție relativă (*iuris tantum*) de suportare a riscului contractului de leasing de către utilizator. Astfel, utilizatorul va suporta riscul pierderii, distrugerii sau avarierii bunului utilizat din cauze fortuite, continuând efectuarea plăților cu titlu de rată de leasing, până la achitarea integrală a valorii contractului³⁹, în lipsa unei stipulații contrare. Din textul legii reiese faptul că utilizatorul poate fi exonerat de pierderea fortuită a bunului, numai în situația în care acest lucru s-a stipulat în mod expres în contractul de leasing. Dacă asemenea clauză a fost inserată în contract, riscul va fi suportat de finanțator, ca debitor al obligației imposibil de executat, putând fi răsturnată astfel, prezumția legală relativă instituită prin prevederile O.G. nr. 51/1997. În lipsa unei astfel de clauze, riscul va fi suportat de utilizator, în virtutea legii, întocmai ca și comodatarul, deși el este creditorul obligației imposibil de executat.

Res perit domino este a doua excepție de la regula generală de aplicare a riscului. Potrivit acesteia, riscul îl suportă proprietarul bunului, fiind indiferent, în aplicarea acestei reguli, cine este debitorul sau creditorul obligației imposibil de executat (de menționat însă că, în dreptul roman regula aplicabilă contractelor translativ de drepturi era *res perit creditori*). *Res perit domino* s-a aplicat, așa cum am arătat deja, până la adoptarea Noului Cod Civil, în contractele translativ de drepturi reale (cum este, de pildă, contractul de vânzare-cumpărare). În prezent, această regulă de suportare a riscului se mai aplică numai în contractul de împrumut de consumație.

Împrumutul de consumație (*mutuum*) este contractul prin care împrumutătorul remite împrumutatului o sumă de bani sau alte asemenea bunuri fungibile și consumptibile prin natura lor, iar împrumutatul se obligă să restituie după o anumită perioadă de timp aceeași sumă de bani sau cantitate de bunuri de aceeași natură și calitate. Potrivit art. 2.160 din Noul Cod Civil, prin încheierea valabilă a contractului, împrumutatul devine proprietarul bunului și suportă riscul pieririi acestuia. Așadar, riscul îl suportă proprietarul, aceasta fiind excepția de la regula generală potrivit căreia riscul îl suportă debitorul obligației imposibil de executat (sau poate privită și ca o aplicație a acestei reguli). Prin urmare, dacă bunul împrumutat este distrus în totalitate din caz fortuit, împrumutatul va trebui să restituie un bun de același gen.

5.5. Efectele intervenirii unui caz fortuit sau de forță majoră

Primul efect și cel mai important este *încetarea* contractului, acesta fiind și motivul pentru care problema riscului contractual dă naștere de multe ori la discuții și controverse. Art. 1.321 Noul Cod Civil arată expres că, pe lângă celelalte cauze de încetare a contractului (executarea însăși, acordul de voință al părților, denunțarea unilaterală, expirarea termenului, îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea condiției), contractul încetează și prin imposibilitate fortuită de executare. Așa cum am menționat deja, efectul încetării este reluat expres și în materia obligațiilor, în general, unde sunt prevăzute modurile de stingere a obligațiilor: obligațiile se sting prin plată, compensație, confuziune, remitere de datorie, imposibilitate fortuită de executare, precum și prin alte moduri expres prevăzute de lege (art. 1.615 NCC).

Încetarea contractului pune problema și a restituirii prestațiilor, în măsura în care acestea au fost deja efectuate, soluția reținută de legislația noastră fiind inspirată de Codul Civil Canadian⁴⁰ dar și de Codul Civil din Louisiana⁴¹.

Relevant sub acest aspect, în opinia noastră, este să vedem cum se produce efectiv această încetare a contractului. Două situații sunt posibile aici ⁴² :

A) Atunci când imposibilitatea de executare este totală și definitivă și privește o obligație contractuală *importantă*, contractul este desființat de plin drept și fără vreo notificare, chiar din momentul producerii evenimentului fortuit. De pildă, în cazul contractului de vânzare-cumpărare, dacă bunul care face obiectul contractului piere fortuit, contractul se desființează, întrucât nu mai există obiectul acestuia. Tot astfel, în cazul contractului de locațiune, dacă bunul este distrus în întregime sau nu mai poate fi folosit potrivit destinației stabilite, locațiunea încetează de drept; dacă însă imposibilitatea folosirii bunului este numai parțială, locatarul poate, după împrejurări, să ceară fie rezilierea locațiunii, fie reducerea proporțională a chiriei. În toate cazurile în care imposibilitatea totală sau parțială de folosire a bunului este fortuită, locatarul nu are drept la daune-interese. Fiind desființat, contractul nu mai produce niciun fel de efecte, obligațiile fiind stinse. Prin urmare, debitorul obligației imposibil de executat, adică a obligației care nu mai poate fi executată din cauza intervenției cazului fortuit sau a forței majore, nu va mai putea pretinde de la cealaltă parte executarea obligației, dar nici nu va fi obligat să își execute prestația asumată prin contract (cu alte cuvinte, nici cealaltă parte nu va putea pretinde despăgubiri pentru neexecutare de la debitorul obligației imposibil de executat). Dacă însă creditorul a fost pus în întârziere preia riscul pieririi fortuite a bunului. El nu se poate libera chiar dacă ar dovedi că bunul al fi pierit și dacă obligația de predare ar fi fost executată la timp.

B) Atunci când imposibilitatea de executare a obligației este temporară, creditorul poate suspenda executarea propriilor obligații *sau* poate obține desființarea contractului. Suspendarea obligațiilor va fi o măsură temporară, ea urmând să dăinuie

până la momentul la care cazul fortuit sau forța majoră nu își va mai produce efectele. Și sub acest aspect, Codul Civil Român are ca sursă de inspirație prevederile din Principiile Dreptului European al Contractelor (PECL), unde se menționează:” Când impedimentul este doar temporar, exonerarea de răspundere prevăzută de acest articol are efect pentru perioada în care impedimentul există. În orice caz, dacă întârzierea în executarea obligației afectează executarea unei obligații fundamentale, creditorul poate decide că nu mai dorește executarea obligației” (art. 8:108 PECL reluat aproape sub aceeași formă în art. III. – 3:104 alin 3 DCFR:” *Where the excusing impediment is only temporary the excuse has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such*”); soluțiile pronunțate în practica judiciară franceză de-a lungul anilor sunt, de asemenea, invariabile, sub acest aspect⁴³.

Al doilea efect, la fel de important, este *exonerarea* de răspundere propriuzisă, ceea ce face importantă determinarea părți care suportă consecințele riscului contractual, adică așa-numita neexecutare scuzabilă din codificările dreptului contractual european, despre care am vorbit mai sus. Acest aspect se stabilește prin interpretarea regulii de suportare a riscului, fiecare dintre regulile abordate lamurind cine suportă riscul contractual, respectiv, debitorul obligației imposibil de executat, creditorul obligației imposibil de executat sau proprietarul bunului.

Concluzii

Constatăm că cele două materiale de bază în materie de cercetare juridică și unificare a dreptului comparat european (atât PECL cât și DCFR) au stat la baza reglementării actuale, lucru firesc de altfel, având în vedere însăși scopul reglementărilor europene și anume codificarea dreptului privat în materie de contracte, în vederea conceperii unui drept privat european. Totodată, legiuitorul român a avut în vedere reglementări din state europene în care există un cod civil de sorginte latină (Italia, Germania, Spania, Elveția), foarte apropiat, conceptual, de dreptul nostru privat, dar și din state noneuropene, respectiv Brazilia, S.U.A. și Canada.

Observăm, din cele prezentate, că noua regulă care se prefigurează în Noul Cod Civil cu privire la transferul riscurilor este aceea că riscul pieririi fortuite trece de la vânzător la cumpărător odată cu bunul material, adică odată cu remiterea materială a bunului; aceasta, evident, înseamnă cu totul altceva decât transmiterea *dreptului* asupra bunului, așa cum era în Vechiul Cod Civil. Riscul urmează bunul (predarea acestuia constituind o obligație *de a face*) și nu dreptul (transferul acestuia constituind o obligație *de a da*). În mod evident, soluția a fost preluată din legislația altor state, unele dintre acestea, apropiate mai mult, în mod surprinzător, de sistemul common-law, respectiv din Codul Civil al Canadei⁴⁴, Codul Civil German⁴⁵; dar, așa cum am

arătat, sursa de inspirație a fost și dreptul european al contractelor⁴⁶, inspirit, la rândul său, din Regulile INCOTERMS (convenția UNIDROIT privind regulile aplicabile contractelor comerciale internaționale, unde esența nu este transmiterea proprietății ci transferul material al bunurilor. În fine, la această soluție a contribuit și literatura juridică de la noi din țară, unde s-au exprimat frecvent opinii, de-a lungul timpului, în sensul transmiterii riscurilor odată cu îndeplinirea obligației de predare a bunului⁴⁷.

Conchidem că reglementarea expresă a transferului riscului odată cu predarea bunului și instituirea unei reguli de principiu general aplicabile, dar rezonabile, în materie de risc contractual (potrivit căreia *res perit debitori*) reprezintă, în opinia noastră, un pas important atât spre consfințirea unor reguli corecte și actuale în materie de răspundere contractuală în dreptul român, dar și un pas (este adevărat, mic, dar definitoriu în această materie) spre unificarea și alinierea dreptului privat român la dreptul privat european, față de care, de fapt, având în vedere împrejurările istorice și socio-culturale, nu ar trebui să ne despartă atât de multe chestiuni juridice.

* Lect. Univ. Dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Transilvania” Brașov; titanicolescu@yahoo.com.

¹ Sub imperiul prevederilor Noului Cod Civil, găsim corectă – atunci când vorbim despre vinovăție – folosirea noțiunii generice de *vină*, și nu de *culpă*, așa cum eram obișnuiți în Vechiul Cod Civil. Este o precizare importantă, în opinia noastră, având în vedere că, pentru prima dată, codul civil cuprinde expres în noțiunea de vină, două forme distincte ale acesteia, și anume *intenție* și *culpă* (fiecare cu câte două forme), aproape identice cu intenția și culpa pe care le cunoaștem de multă vreme în dreptul penal (în acest sens, art. 16 NCC).

² „Neexecutarea obligațiilor de către una din părți este scuzabilă dacă aceasta dovedește că este urmarea unui impediment dincolo de controlul său și că nu ar fi putut, în mod rezonabil, la momentul încheierii contractului, să prevadă că acest impediment se va produce sau că ar fi putut fi evitat ori înfrânt impedimentul sau consecințele sale”. Definiția este oferită de art. 8:108 par. 1 din Principiile Dreptului European al Contractelor codificate de *Commision on European Contract Law* (numite în continuare PECL) și de art. III. – 3:104 intitulat sugestiv „Excuse due to an impediment” din *Principii, definiții și reguli model al Dreptului Privat European – Proiectul Cadru Comun de Referință* (Draft Common Frame of Reference) codificate de Grupul de Studiu al Codului Civil European și Grupul de Cercetare al Dreptului Privat (numite în continuare DCFR).

³ A se vedea C. Stătescu, C. Bârsan – *Drept Civil. Teoria Generală a obligațiilor*. Ed. Hamangiu 2008, pag. 93. Potrivit autorilor, „Asemenea excepției de neexecutare și rezoluțiunii ori rezilierii contractului, problema riscului contractului se pune tot în cazul contractelor *sinalagmatice*”. A se vedea, de asemenea, I.L. Georgescu, care arată că „interdependența obligațiilor celor două părți contractante, caracteristică contractelor *sinalagmatice*, comandă soluția stingerii obligației corelative a unei părți, atunci când un caz fortuit sau o forță majoră face imposibilă executarea obligației ce revine celeilalte părți” (*Drept Comercial Român. Teoria generală a obligațiilor comerciale. Probele. Contractul de vânzare-cumpărare*. Ed. Lumina Lex, București 1994, pag. 188). În ceea ce ne privește, considerăm că problema riscului contractual nu este legată de interdependența unor obligații (așa cum este cazul obligațiilor *sinalagmatice*), ea putând fi întâlnită și în cazul contractelor unilaterale. Ceea ce este esențial în această materie, așadar, în opinia noastră, este natura cu adevărat fortuită a evenimentului (care face imposibilă executarea obligației) și nu gradul de legătură dintre obligații.

- ⁴ Noi avem, de altfel, o altă opinie și cu privire la caracterul contractului de comodat, pe care îl considerăm un contract bilateral și nu unilateral. Este cât se poate de evident, în opinia noastră, că într-un astfel de contract, comodantul are obligația principală de a-i asigura comodatului folosința liniștită a bunului dat în comodat. Nu se poate accepta ideea că, odată predat bunul care face obiectul contractului, comodantul îl poate tulbura oricând pe comodatul în folosința sa. Argumentele derivă din chiar reglementarea legală actuală: comodatarul poate folosi bunul **un anumit timp determinant** (art. 2.146 Noul Cod Civil), ceea ce înseamnă că, cel puțin pe această perioadă comodatarul trebuie lăsat să se folosească de bun, el având obligația de restituire a bunului doar la expirarea duratei contractuale (art. 2.155 Noul Cod Civil) sau atunci când nu își îndeplinește propriile obligații ori, în mod excepțional, atunci când comodantul are trebuință urgentă de acel bun (art. 2.156 Noul Cod Civil).
- ⁵ Neexecutarea obligației este definită în dreptul european ca fiind orice lipsă de prestație a obligației asumate, fie ea din culpă sau fără nicio culpă. În acest sens, este definiția dată în anexa DCFR: "Non-performance, in relation to an obligation, means any failure to perform the obligation, whether or not excused. It includes delayed performance and defective performance".
- ⁶ În unele sisteme de drept mai există și alte cauze exoneratoare de răspundere, cum ar fi *obligația de divulgare a secretului comercial*, reglementată de art. 1.472 Codul Civil al Canadei (Codul Civil al Quebecului, care a intrat în vigoare în anul 1994 și a abrogat vechiul Cod Civil al Canadei de sud, pe care îl von numi în continuare, C.C.Q.). În mod oarecum surprinzător, dreptul nostru privat actual se apropie foarte mult de dreptul civil canadian). Această situație poate fi apreciată, în opinia noastră, atât ca o varietate particulară a forței majore, dar și ca o cauză exoneratoare de sine stătătoare, având în vedere definiția forței majore reținute de Codul Civil al Canadei ("*a superior force is an unforeseeable and irresistible event, including external causes with the same characteristics*"- art. 1.470 C.C.Q.) și elementele definitorii ale divulgării secretului, reținute de art. 1.472 C.C.Q.: "*A person may free himself from his liability for injury caused to another as a result of the disclosure of a trade secret by proving that considerations of general interest prevailed over keeping the secret and, particularly, that its disclosure was justified for reasons of public health or safety*"(sublinierile ne aparțin).
- ⁷ Dicționarul exemplificativ al Limbii Române definește cuvântul *fortuit* fiind ceva care are loc pe neașteptate, întâmplător, inopinat, accidental. Trebuie să amintim aici și o definiție din dreptul comparat, definiție care nouă ni s-a părut extrem de simplă și, în același timp, de cuprinzătoare: "*A fortuitous event is one that, at the time the contract was made, could not have been reasonably foreseen*"(art. 1. 875 Codul Civil din Louisiana). Așadar, potrivit legii americane, cerința esențială este ca împrejurarea să nu fi fost în mod rezonabil prevăzută (întrezărită) la momentul încheierii contractului.
- ⁸ În speță, era vorba despre nepredarea unei cantități de vin care, a considerat instanța, era rezultatul unui caz de forță majoră, deoarece, așa cum rezulta din dovezile administrate, din pricina fermentării vinului, ce se afla într-un butoi, trei cercuri ale acestuia au plesnit, ceea ce a provocat scurgerea vinului în pivniță. Soluția a fost menținută și în instanța de control judiciar (instanța de recurs), însă Președintele Tribunalului Suprem al R.P.R. a declarat recurs în supraveghere pe motiv că soluția pronunțată se datorează unei greșite stabiliri a situației de fapt. S-a susținut că "*forța majoră, în sensul art. 1083 C. Civ., este o situație pe care partea nu o putea prevedea și înlătura, chiar dacă ar fi luat măsurile corespunzătoare. Prin urmare, numai dacă pîrîtul nu ar fi putut prevedea și înlătura spargerea butoiului și scurgerea vinului, instanța de fond ar fi fost îndreptățită să conchidă că neexecutarea contractului dintre părți este consecința unui caz de forță majoră. Tribunalul popular însă nu a ținut seama de faptul că, în calitatea sa de viticultor, pîrîtul trebuia și putea să știe că în timpul procesului de fermentare a vinului, bioxidul de carbon ce se degajă apasă pereții vasului și cercurile acestuia pot plesni dacă nu se iau măsurile respective de siguranță. Neluînd acele măsuri, impuse de regulile elementare pentru păstrarea vinului în astfel de condiții, care să excludă pierderea*

acestua din pricina fermentării sale, reguli pe care orice viticultor le cunoaște, înseamnă, contrar interpretării tribunalului popular, că pierderea vinului nu este urmarea unui caz de forță majoră, ci a neglijenței pîrîntului. Din cele expuse rezultă deci că instanța de fond nu a stabilit în mod just situația de fapt. În consecință, admitînd recursul în supraveghere, Tribunalul Suprem casează atît Sentința Civilă nr. 1521 din 29 noiembrie 1956 a Tribunalului popular al raionului Iași, cît și Decizia Civilă nr. 521 din 2 martie 1957 a Tribunalului regional Iași și dispune trimiterea dosarului la același tribunal popular, spre a proceda la o nouă judecare”. (Colegiul civil al Tribunalului Suprem - Decizia nr. 1723 din 27/11/1957 pe web site-ul repertoriu de practică judiciară). Trecînd peste bănuiala de parțialitate a judecătorilor care au pronunțat această hotărare – dată fiind perioada în care a fost pronunțată decizia și faptul că era vorba despre o cale extraordinară de atac introdusă chiar de către instanța supremă – în opinia noastră, soluția pronunțată de tribunalul suprem este cît se poate de corectă. Nu poate fi vorba despre o forță majoră în cazul de față, ci despre o evidentă neglijență a unui viticultor (specialist în domeniul său) care a ignorat anumite consecințe pe care trebuia și putea să le prevadă.

⁹ În acest sens, Decizia CSJ, Secția Comercială nr. 527 / 2000 și Decizia nr. 2479 / 2003, ambele în C. Bădoiu, C. Haraga, Jurisprudență – Obligațiile Comerciale. Editura Hamangiu 2006, pag. 253 și pag. 255.

¹⁰ Decizia CSJ, Secția Comercială nr. 3926 / 2002, idem, pag. 259.

¹¹ Decizia C.S.J. Secția Comercială nr. 1633 / 2002, în Pandectele Române nr. 1 / 2003, pag. 77.

¹² Decizia Curții de Apel Brașov, Secția Comercială nr. 258 / A / 2000, în Revista de Drept Comercial nr. 12 / 2000, pag. 194.

¹³ Delimitarea a fost invocată constant și în jurisprudența franceză, unde s-a statuat că forța majoră are în vedere acele evenimente care fac obligația imposibilă, nu și pe cele care o fac mai oneroasă (în acest sens, *Civ. 4, aout 1915, DP 1916, 1.22, Com. 12 nov. 1969, JCP 1971, II 16791 și Civ. 5 dec 1927, DH 1928, 84, toate soluțiile citate din Code Civil, 104 edition - 2005, Editions Dalloz, pag. 1037*). Soluțiile citate pronunțate de instanțele franceze sunt cît se poate de interesante și de relevante sub acest aspect: este vorba despre obligația vânzătorului de a-și asuma creșterea mare a taxelor vamale, pe care va trebui să le achite dacă s-a obligat astfel prin contract sau despre obligația unui transportator de a suporta costurile mult mai mari pentru a asigura transportul aerian al mărfurilor, în condițiile în care transportul maritim la care se obligase, era paralizat de o grevă, ambele situații citate excluzînd posibilitatea invocării forței majore.

¹⁴ Decizia C.S.J. Secția Comercială nr. 1122 / 2003, în Revista de Drept Comercial nr. 9 / 2004, pag. 304. În motivare se atrage în mod expres atenția asupra faptului că „relația între risc și impreviziune este imprecisă”, aspecte similare legate de noțiunile risc contractual / impreviziune contractuală fiind reținute și într-o altă speță (Decizia C.S.J. Secția Comercială nr. 1633 / 2002 în Pandectele Române nr. 1 / 2003, pag. 77). Oricum, problema în discuție este extrem de delicată și comportă mai multe aspecte de abordat, cu atît mai mult cu cît, pentru prima dată în legislația noastră, este reglementată expres teoria imprevizunii (art. 1.271 Noul Cod Civil). Vom vorbi într-un amplu material viitor despre impreviziune.

¹⁵ Pentru soluții ale instanțelor franceze care au considerat seceta ca forță majoră și soluții care, dimpotrivă, nu au considerat-o, a se vedea deciziile prezentate în *Code Civil, opera citată, pag. 1.041*.

¹⁶ *Code Civile, Ed. Dalloz, opera citată, pag. 1.041*. Sunt definite aici, de către instanțele de judecată, din punct de vedere juridic, grevele generale și grevele inopinante. Este de reținut aici, că, în materie contractuală greva este un eveniment care poate fi invocat foarte des ca fiind un caz de forță majoră, dat fiind că aceasta angrenează muncitori, angajați ai unei unități de producție care și-a asumat contracte ferme de livrare a produselor fabricate. Chestiunea este interesantă, pentru că, uneori, greva este cauzată de persoane pentru care debitorul este ținut să răspundă (salariați, prepuși), ceea ce exclude astfel caracterul absolut exterior al forței majore.

- ¹⁷ Dacă starea de șomaj a debitorului poate constitui, în anumite condiții, un eveniment de forță majoră, practica judiciară franceză a statuat, în schimb, că, în niciun caz, privarea de libertate a debitorului nu are caracterul unei forțe majore.
- ¹⁸ „Șomajul debitorului poate constitui un caz de forță majoră dacă apariția și prelungirea acestei situații nu sunt imputabile debitorului și dacă această situație a fost imprevizibilă la încheierea contractului și face executarea obligației absolut imposibilă” (Orleans, 25 oct. 1973, D 1974, 66 în Code Civil, Editions Daloz, opera citată pag. 1.042). Soluția citată de noi este, în opinia noastră, extrem de importantă și de actuală în condițiile economice din zilele noastre, când foarte multe persoane trăiesc sub amenințarea șomajului.
- ¹⁹ Decizia Curții de Apel București, Secția Comercială nr. 821 / 2003 în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 1 / 2004, pag. 96. În hotărârea citată s-a arătat că „datorită forței majore și anume embargoul impus Iugoslaviei, ca urmare a sancțiunilor europene, debitorul nu și-a putut îndeplini la termen obligațiile asumate prin contract și deci nu poate fi obligat la daune-interese”.
- ²⁰ Decizia CSJ, Secția Comercială nr. 414 / 2000, în Revista de Drept Comercial nr. 12 / 2000, pag. 190.
- ²¹ Sub acest aspect, avem în vedere doctrina franceză care a delimitat corect, după părerea noastră, caracterul relativ sau absolut al imposibilității de executare: imposibilitatea este relativă atunci când executarea nu este imposibilă, ci a devenit mai costisitoare sau mai dificilă (Patrick Canin - Droit Civil. Les obligations, Ed. Hachette Superior, pag. 76. Jurisprudența franceză, prin instanța supremă, a mers chiar mai departe, arătând că „la seule irresistible de l'événement caractérise la force majeure” (Civ. 1, 6 nov. 2002, Bull. Civ. 1, no. 258, în aceeași lucrare).
- ²² Practica judiciară franceză a conchis, prin soluțiile pronunțate de-a lungul anilor, că exterioritatea, ca element esențial și definitoriu al forței majore se raportează strict la două componente: absența oricărui rol al debitorului în apariția evenimentului (Civ. 1 21 mars 2000, Bull. Civ. 1 no. 98; Civ. 3 20 nov. 1985, Bull Civ. III no. 148, în Code Civil opera citată pag. 1.039) și absența oricărui rol al vreunei persoane „legate” de debitor (Civ. 1 18 dec. 1967 JCP 1968, II.15340, și alte 6 soluții citate în aceeași lucrare, pag. 1.040). Ne raliem cu totul acestei reguli statuate de practica judiciară franceză, care pune astfel capăt discuțiilor cu privire la caracterul exterior al forței majore.
- ²³ În anumite sisteme de drept, omisiunea gravă de informare este asimilată cu fapta victimei însăși. În acest sens, sunt prevederile Codului Civil al Canadei, care arată că „un producător, distribuitor sau furnizor de bunuri mobile nu este răspunzător de prejudiciul cauzat de un defect de siguranță dacă dovedește că victima cunoștea sau ar fi putut să cunoască defectul, ori ar fi putut să prevadă prejudiciul” (art. 1.473 C.C.Q.)
- ²⁴ De pildă, Codul Civil din Louisiana prevede expres în această materie că „an obligor is likewise liable when the fortuitous event that caused his failure to perform has been preceded by his fault, without which the failure would not have occurred” (art. 1873 alin.4).
- ²⁵ În practica judiciară a instanței supreme s-a reținut, sub acest aspect, că „reținerea sub supraveghere vamală, determinată de neconcordanțele dintre datele înscrise în declarația vamală de export și mărfurile încărcate, nu constituie o faptă ilicită, deoarece a fost dispusă de organele vamale, în exercitarea atribuțiilor de control stabilite prin lege și ca atare, nu atrage răspunderea acestora pentru prejudiciile cauzate de staționarea navei” (Decizia C.S.J. Secția Comercială nr. 4718 / 2011, în Revista de Drept Comercial nr. 5 / 2003, pag. 200).
- ²⁶ În toate legislațiile, imposibilitatea fortuită de executare atrage după sine stingerea obligației (de pildă, Codul Civil Italian care prevede la art. 1.256: „L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile”).
- ²⁷ Codul civil francez cuprinde o reglementare aproape identică cu cea reținută de actualul Cod Civil Român: „Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit” (art. 1.148 Cod Civil Francez).

- ²⁸ Condiția exista și în vechiul nostru cod civil, ea fiind preluată *mutatis mutandis* din art. 1.302 Cod Civil Francez. În același mod, Codul Civil din Louisiana (singurul stat din S.U.A. care, alături de California, au coduri civile) prevede că "*An obligor is liable also when the fortuitous event occurred **after he has been put in default***" (art. 1.873).
- ²⁹ Soluția este identică cu cea din Codul Civil Canadian: "*A debtor is released where he cannot perform an obligation by reason of a superior force and before he is in default, or where, although he was in default, the creditor could not, in any case, benefit by the performance of the obligation by reason of that superior force, unless, in either case, the debtor has expressly assumed the risk of superior force. The burden of proof of superior force is on the debtor*" (art. 1693 C.C.Q.). Tot astfel, Codul Civil din Louisiana prevede că "*an obligor is, however, liable for his failure to perform when **he has assumed the risk of such a fortuitous event***" (art. 1.873 alin. 2).
- ³⁰ Cuvântul rezonabil este un termen extrem de relativ. În lipsa unei definiții exprese în legislația noastră, ne vom putea raporta la definiția oferită de codificările regulilor dreptului privat european (sursă de inspirație pentru Noul Cod Civil Român): "*What is "reasonable" is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices*" (anexa DCFR).
- ³¹ Este vorba despre art. 8:108 par. 3 PECL care enunță, în textul original: "*The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice*". Absolut similară este prevederea din codificarea referitoare la principiile model ale dreptului european al contractelor: "*The debtor has a duty to ensure that notice of the impediment and of its effect on the ability to perform reaches the creditor within a reasonable time after the debtor knew or could reasonably be expected to have known of these circumstances. The creditor is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice*" (art. III. – 3:104 alin (5) DCFR). De altfel, este important să o precizăm, Regulile DCFR preiau, analitic, principiile cuprinse în PECL, corespondența fiind reținută expres în DCFR Table of Destinations - 8:108 – III.3:104 (1), (3), (5).
- ³² Vorbim aici, desigur, despre Regulile UNIDROIT privind principiile aplicabile contractelor comerciale internaționale, la care a aderat și România (art. 7.1.7 – Forța majoră, alin. (3)).
- ³³ De pildă, Camera de Comerț și Industrie a României, la solicitarea scrisă a agenților economici adresată Direcției Drept și Legislație, Biroul Juridic, avizează existența cazului forță majoră, în baza art.28, alin.2, litera i din Legea 335/2007. Solicitarea va cuprinde prezentarea faptică și detaliată a evenimentului, a consecințelor acestora în relația cu partenerul contractual și argumente juridice că evenimentul invocat reprezintă forță majoră. Avizul de existență a cazului de forță majoră se emite în baza documentelor doveditoare depuse exclusiv de solicitant. Documentele vor cuprinde cel puțin contractul comercial afectat din evenimentul de forță majoră (cuprinzând clauza de forță majoră), atestări de la organele, autoritățile și instituțiile abilitate, de la caz la caz (altele decât Camera de Comerț și Industrie a României), privind existența și efectele evenimentului invocat, localizarea acestuia, momentul începerii și încetării evenimentului, notificări adresate partenerului contractual în legătură cu apariția evenimentului invocat și efectele sale asupra derulării operațiunilor contractuale. (sursa: www.ccir.ro).
- ³⁴ *Civ. 3, 24 mars 1993, Bull. Civ. III, no. 46, RTD Civ 1993, 594 și alte soluții pronunțate de instanțele franceze, citate în Code Civil, ed. Dalloz, opera citată, pag. 1037.*
- ³⁵ În acest sens, a se vedea și textul art. 1.302 alin. (3) Cod Civil Francez ("*Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue*") și al art 1.693 alin. (2) C.C.Q ("*The burden of proof of superior force is on the debtor*").

- ³⁶ Este interesant de precizat aici și faptul că, în Codul Civil Francez (care a stat la baza adoptării vechiului nostru cod civil) se păstrează *regula res perit domino* în actele translativ de drepturi reale, regula fiind reglementată expres de art. 1.138 Cod Civil Francez (Codul Civil Francez – numit inițial și Codul Napoleon – a fost adoptat în anul 1804 și este în vigoare și astăzi). Noua noastră reglementare se desprinde astfel de linia urmată de Codul Civil Francez, dat fiind că, așa cum vom vedea, această regulă nu mai este aplicabilă.
- ³⁷ Textul art. 1.156 din Vechiul Cod Civil era preluat din Codul Civil Francez, care stipula "Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier si elle lui eût été livrée"(art. 1.302 alin. 2). Aceeași este situația și pe continentul nord-american, unde Codul Civil din Louisiana stipulează expres în art. 1.874 (subintitulat "Fortuitous event that would have destroyed object in hands of obligee") că debitorul chiar aflat în întârziere nu este răspunzător dacă dovedește că bunul ar fi pierit și la creditor dacă i l-ar fi predat la timp și că, în schimb, în orice altă situație, debitorul este răspunzător pentru întârzierea sa ("An obligor who had been put in default when a fortuitous event made his performance impossible is not liable for his failure to perform if the fortuitous event would have likewise destroyed the object of the performance in the hands of the obligee had performance been timely rendered. That obligor is, however, liable for the damage caused by his delay").
- ³⁸ Mulți autori nu fac vorbire despre această regulă (de ex., lucrările citate ale profesorilor C. Bârsan, L. Pop), însă, așa cum vom observa, după explicațiile pe care le vom da, noi considerăm că se aplică în două situații în dreptul privat român.
- ³⁹ Aceeași este soluția și în contractul de leasing reglementat de Codul Civil Canadian: "The lessee assumes all risks of loss of the property, even by superior force, from the time he takes possession of it." *He likewise assumes all maintenance and repair expenses*"(art. 1.846 C.C.Q – sublinirile ne aparțin) . De menționat aici că legea canadiană cunoaște – ca și legislația din Statele Unite – două contracte diferite și anume *leasing* (ca și leasingul nostru) și *lease* adică locațiunea din dreptul român; vorbi aici doar despre leasing nu și despre lease, unde se aplică, ca și la noi, în cazul închirierii, regula *res perit debitori*.
- ⁴⁰ Art. 1.694 C.C.Q.: "A debtor released by impossibility of performance may not exact performance of the correlative obligation of the creditor; if the performance has already been rendered, restitution is owed. Where the debtor has performed part of his obligation, the creditor remains bound to perform his own obligation to the extent of his enrichment".
- ⁴¹ "When the entire performance owed by one party has become impossible because of a fortuitous event, the contract is dissolved. The other party may then recover any performance he has already rendered"(art. 1.876). "When a fortuitous event has made a party's performance impossible in part, the court may reduce the other party's counterperformance proportionally, or, according to the circumstances, may declare the contract dissolved"(art. 1.877). "If a contract is dissolved because of a fortuitous event that occurred after an obligor has performed in part, the obligee is bound but only to the extent that he was enriched by the obligor's partial performance". (Art. 1878). Ceea ce este interesant de reținut aici este faptul că, în situația în care cazul fortuit face imposibilă în parte executarea prestațiilor, instanța este cea care poate decide fie reducerea contraprestației celeilalte părți, fie desființarea contractului.
- ⁴² Alți autori împart soluțiile în caz de imposibilitate fortuită de executare în mod diferit, chiar dacă tot în două categorii. Astfel, potrivit Prof. L.Pop, avem de-a face cu două situații posibile, plecând de la prevederile Noului Cod Civil, și anume imposibilitatea absolută de executare și imposibilitatea relativă de executare, aceasta din urmă incluzând imposibilitatea parțială și pe cea temporară (L.Pop, I-F. Popa, S.I. Vidu – Tratat elementar de drept civil. Obligațiile. Ed. Universul Juridic, pag. 324).
- ⁴³ Req. 12 dec. 1922, DP 1924, 1.186 și Civ. 1 24 fevr. 1981, Bull Civ 1 no. 65, D 1982. 479, ambele decizii citate din Code Civil, opera citată, pag. 1038.

- ⁴⁴ În Codul Civil al Canadei, soluția cu privire la transferul riscului este asemănătoare cu cea reținută de Noul Cod Civil Român, în sensul că, așa cum arătam, riscul însoțește transferul bunului și nu al dreptului; cu alte cuvinte, debitorul obligației de predare a bunului suportă riscul contractual până la predare: *"The debtor of the obligation to deliver the property continues, however, to bear the risks attached to the property until it is delivered"* (art. 1456 alin. (2) C.C.Q.)
- ⁴⁵ Bürgerliches Gesetzbuch, frecvent prescurtat și BGB (Codul civil german) în vigoare din anul 1900, prevede la art. 446 cu titlul marginal *"transferul riscurilor și al răspunderii"* că riscul distrugerii și deteriorării accidentale trece de la vânzător la cumpărător la momentul livrării bunului vândut (*"The risk of accidental destruction and accidental deterioration passes to the buyer upon delivery of the thing sold. From the time of delivery the emoluments of the thing accrue to the buyer and he bears the charges on it. If the buyer is in default of acceptance of delivery, this is equivalent to delivery"*).
- ⁴⁶ *"(1) The risk passes when the buyer takes over the goods or the documents representing them. (2) However, if the contract relates to goods not then identified, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise"* (art. IV. A. – 5:102 DCFR intitulat pentru evitarea oricărei confuzii, *"Time when risk passes"*).
- ⁴⁷ V. Babiuc – Riscurile contractuale în vânzarea-comercială internațională, ed. Științifică și Enciclopedică București 1982, pag. 192. I.L. Georgescu – Drept Comercial Român, Ed. Lumina Lex București 1994, pag. 189.