

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 4/2010
octombrie-decembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

DIRECTOR: Prof. dr. Paul VASILESCU

REDACTOR-ŞEF: lector dr. Mircea Dan BOB

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

lector dr. Sergiu BOGDAN

profesor dr. Dan CHIRICĂ

asist. Cosmin COSTAŞ

profesor dr. Mircea MINEA

profesor dr. Liviu POP

conf. dr. Florin STRETEANU

REFERENȚI:

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

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

Vladimir HANGA - profesor dr.doc., Universitatea „Babeş-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

» ANUNT / Annonce / Announcement - IN MEMORIAM TUDOR DRAGANU	3
» In memoriam Tudor Draganu - Cristian Alunaru - ERWÄGUNGEN ZUM SCHMERZENGELDANSPRUCH IM GEGENWÄRTIGEN RUMÄNISCHEN ZIVILRECHT	5
» In memoriam Tudor Draganu - Mircea Dan Bob - PROPTER VETERIS IURIS IMITATIONEM: NOU SI VECHI ÎN MATERIE SUCCESORALA ÎN NOUL COD CIVIL (I) / Propter veteris iuris imitationem? Qu'est-ce qu'il y a de nouveau en matière successorale dans le nouveau code civil roumain.....	53
» In memoriam Tudor Draganu - Radu Catana, Adrian Popa - GUVERNANTA CORPORATIVA ÎN SECTORUL BANCAR DIN ROMANIA / Corporate Governance in the Romanian Banking System	74
» In memoriam Tudor Draganu - Gardiol J. van Niekerk - ORALITY IN THE LAW OF CONTRACT: MANIFESTATION AND PROOF OF INTENT IN ANCIENT AFRICAN AND ROMAN SOCIETIES	101
» In memoriam Tudor Draganu - Alina Oprea - L'INTEGRATION JURIDIQUE EUROPEENNE ET LES METHODES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE - QUELQUES OBSERVATIONS.....	115
» In memoriam Tudor Draganu - Ovidiu Podaru - AFECTATIUNEA - CAUZA DE INADMISIBILITATE A ACTIUNII ÎN REVENDICARE A IMOBILELOR PRELUATE ÎN MOD ABUZIV DE CATRE REGIMUL COMUNIST?.....	134
» In memoriam Tudor Draganu - Ovidiu Podaru - L'AFFÉCTATION - FIN DE NON-RECEVOIR DE LA REVENDICATION DES IMMEUBLES NATIONALISÉS DE FAÇON ABUSIVE PAR LE RÉGIME COMMUNISTE?.....	150
» In memoriam Tudor Draganu - Anca Ruen - INCONVENIENTELE ANORMALE DE VECINATATE - EVOLUTIE SI PERSPECTIVE / Abnormal neighbourhood nuisances - evolution and perspectives.....	167
» In memoriam Tudor Draganu - Adrian Tamba, Doris Serban - EXISTA, ÎN SISTEMUL NOSTRU JURIDIC, DOUA UNIUNI NATIONALE ALE BAROURILOR DIN ROMANIA? / Est-ce qu'il existe en Roumanie deux unions nationales des barreaux des avocats ?	189

In memoriam Tudor Drăganu

Numerele 4/2010 și 1/2011 sunt dedicate memoriei profesorului Tudor Drăganu.

Les numéros 4/2010 et 1/2011 sont dédiés à la mémoire du professeur Tudor Drăganu.

The issues n° 4/2010 and 1/2011 are dedicated to the memory of Professor Tudor Drăganu.

ERWÄGUNGEN ZUM SCHMERZENSSELBENSANSPRUCH IM GEGENWÄRTIGEN RUMÄNISCHEN ZIVILRECHT

Cristian ALUNARU*

Kurzfassung: Der Zweck dieses Aufsatzes ist, nach den im Laufe mehrerer Jahre, durch Teilnahme an verschiedenen internationalen Konferenzen gesammelten Erfahrungen im Bereich des Schadenersatzrechtes, einige Schlussfolgerungen über den Schmerzensgeldanspruch im gegenwärtigen rumänischen Zivilrecht zu ziehen.

Es wurde in Betracht genommen, dass sich das rumänische Schadenersatzrecht, wie auch das ganze rumänische Zivilrecht, in einer Übergangsperiode befindet. Die Grundsätze des geltenden Schadenersatzrechtes, also auch bezüglich des Ersatzes des immateriellen Schadens, sind ausschließlich ein Werk der Rechtslehre und der Rechtssprechung, die auf nur 6 Paragraphen des alten Zivilgesetzbuches beruhen. Das neue Zivilgesetzbuch von 2009 bringt eine viel ausführlichere Regelung (46 Paragraphen) mit sich, welche die wichtigsten von der Rechtslehre bestimmten Grundsätze mit einbezogen hat, ist aber noch immer nicht in Kraft getreten, also kann als Rechtsquelle noch nicht in Betracht genommen werden.

Es ist erfreulich, dass im neuen ZGB der Grundsatz des Schadenersatzes für immaterielle Schäden zum ersten Mal ausdrücklich vorgesehen ist. Leider ist die Regelung sehr summarisch, sehr kurz im Verhältnis zu den zahlreichen Aspekten die in den letzten Jahren von der Rechtssprechung und von der Rechtslehre hervorgehoben wurden. Zwar sind alle drei, von der rumänischen und französischen Literatur, nach dem Kriterium des Bereiches der menschlichen Persönlichkeit die verletzt wurde, zusammengestellte Kategorien von immateriellen Schäden vertreten: Verletzungen der körperlichen Persönlichkeit (Körperschäden); Verletzungen der affektiven Persönlichkeit (der Affektivität); Verletzungen der sozialen Persönlichkeit.

Leider wurde aber die Kategorie der immateriellen Schäden, die durch Verletzungen der körperlichen Umversehrtheit und der Gesundheit verursacht wurden und die, wegen der Wichtigkeit dieser Schäden die aus dem Wert der verletzten Rechte und ihrer Häufigkeit in der Judikatur hervorgeht, sowohl von der rumänischen, als auch von der französischen Rechtslehre unter der Benennung "préjudice corporel", "Körperschäden"- analysiert werden, wesentlich eingeschränkt und vereinfacht. Es wird nichts von den Schäden die aus körperlichen und seelischen Schmerzen bestehen ("pain and suffering" "pretium doloris"), oder von Verunstaltungsschäden ("prix de la beauté") erwähnt, obwohl der Schadenersatz für solche immaterielle Schäden schon in den siebziger Jahren, zusammen mit dem Ersatz für den durch die entgangene Lebensfreude verursachten Schadens ("préjudice d'agrément", "loss of amenity") von der rumänischen Rechtslehre, der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes Nr. VII vom 29 Dezember 1952 zuwider, anerkannt wurde.

Die Weglassung dieser Arten von immateriellen Schaden, wie auch des "Verlustes der Lebenshoffnung" ("loss of expectation of life") ist schwer zu verstehen, weil sogar die jüngste Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes wenigstens die ersten zwei Arten erwähnt und erläutert.

Weil das neue Zivilgesetzbuch keine genaue, ausführliche Kriterien zur Bewertung des immateriellen Schadens mit sich bringt, werden in der Rechtspraxis weiter die von der Rechtslehre und Jurisprudenz bestimmten Kriterien verwendet werden müssen. Diese aber können, laut der herrschenden Meinung, keine vollkommen objektive Grundlage (Basis) schaffen können. Zu einer relativ gleichen Behandlung kann man nur durch die Berücksichtigung der von der Rechtsprechung festgestellten Werte kommen, die aber jedenfalls nicht verpflichtend sondern nur orientativ (informativ) sind.

Dem Gericht muss das souveräne, unabhängige Recht anerkannt werden die Höhe und auch die Form des Schadenersatzes zu bestimmen.

Lobenswert ist auch die erste ausführliche Regelung der Entlastungsgründe im Zivilgesetzbuch. Was aber hätte vermieden werden sollen ist die Verwendung eines Begriffes mit zwei verschiedenen Bedeutungen: der zivilrechtliche Notstand erscheint sowohl unter den Willensmängel (als Anfechtbarkeitsgrund eines Vertrags, mit der zusätzlichen Bedingung, dass jemand diesen Notstand ausgenutzt hat), als auch als Entlastungsgrund.

Bedauerlich ist auch die Abwesenheit zweier wichtiger Begriffe die, zB im österreichischen Schadenersatzrecht, zur Lösung komplizierter Fälle beitragen können: die kumulative und die alternative Kausalität.

Für Schmerzensgeldansprüche aus strafbaren Handlungen gibt es keine besondere Regelungen, doch es gibt verschiedene praktische Vorteile für den Geschädigten die dafür sprechen, im Strafverfahren eine zivilrechtlichen Klage (Nebenklage) zu erheben.

Unsere Schlussfolgerung ist, dass die Regelung des Schmerzensgeldanspruches, wie auch des ganzen Schadenersatzrechtes im neuen Zivilgesetzbuch, selbstverständlich einen Fortschritt darstellt. Eine ausführliche Debatte mit den rumänischen Juristen aller Berufe, im Rahmen eines Juristentages, nach deutschem und österreichischem Vorbild, vor der Verabschiedung des Zivilgesetzbuches, hätte die von uns entdeckten Fehler, aber vielleicht noch viele andere, vermeiden können.

Rezumat: Considerații privind despăgubirile pentru daune morale în dreptul civil român contemporan. Scopul acestui studiu este formularea unor concluzii privind repararea daunelor morale în dreptul civil român contemporan, concluzii rezultate din experiența acumulată prin participarea în ultimii ani la diferite conferințe internaționale având ca temă răspunderea civilă delictuală.

S-a avut în vedere faptul că răspunderea civilă delictuală, ca și întregul drept civil român, traversează o perioadă de tranziție. Principiile răspunderii civile delictuale, deci inclusiv cele privind repararea daunelor morale, sunt exclusiv creația doctrinei și jurisprudenței, care se bazează pe cele doar 6 articole ale vechiului Cod civil. Noul Cod civil din 2009 aduce o reglementare mai cuprinzătoare (46 articole) care este urmarea includerii în cod a principiilor elaborate de doctrină și jurisprudență. Noul cod nu a intrat însă în vigoare și nu poate fi luat în considerare ca izvor de drept.

Este lăudabilă reglementarea expresă, pentru prima dată în Codul civil, a principiului reparării prejudiciului nepatrimonial. Din păcate, reglementarea este mult prea sumară față de multitudinea aspectelor semnalate în ultimii ani de practica judiciară și literatura juridică. Ce-i drept, sunt reprezentate toate cele trei categorii de prejudicii nepatrimoniale, alcătuite de literatura juridică franceză și română deopotrivă, conform criteriului personalității umane lezate: vătămări ale personalității fizice, ale personalității afective și ale personalității sociale. Regretabilă este

însă reducerea și simplificarea excesivă a categoriei de daune nepatrimoniale cauzate prin vătămarea integrității corporale și sănătății, prejudicii care datorită importanței lor, apreciată din punctul de vedere al valorilor pe care le conține dreptul nepatrimonial încălcat cât și al frecvenței cu care se întâlnesc în practica instanțelor judecătorești, au fost analizate distinct atât de literatura juridică franceză cât și de cea română sub titlul de "prejudicii corporale".

Nu se amintește nimic de "prejudicii constând în dureri fizice sau psihice" (*pretium doloris, pain and suffering*), de prejudicii estetice (*prix de la beauté*), deși repararea unor asemenea prejudicii a fost susținută de literatura juridică încă din anii 1970, împreună cu "prejudiciul de agrement" (*loss of amenity*), în poșida cunoscutei Decizii de îndrumare a Plenului Tribunalului Suprem nr. VII din 29 decembrie 1952.

Omiterea acestor categorii de prejudicii nepatrimoniale, la fel ca și „pierderea speranței de viață” (*loss of expectation of life*) este greu de înțeles, cu atât mai mult cu cât practica recentă a Înaltei Curți de Casație și Justiție, citată de noi, analizează cel puțin primele două categorii de prejudicii enunțate.

Având în vedere că noul Cod civil nu prevede criterii detaliate pentru evaluarea prejudiciilor nepatrimoniale, în practică va trebui să se apeleze în continuare la criteriile stabilite de doctrină și jurisprudență. Conform opiniei majoritare însă, acestea nu pot forma o desăvârșită bază obiectivă. La o relativă egalitate de tratament se poate ajunge doar prin luarea în considerare a precedentului judiciar, a valorilor maxime stabilite de practica instanțelor, care însă în nici un caz nu pot fi obligatorii, ci doar orientative. Instanțelor trebuie să li se recunoască dreptul suveran de a stabili atât cuantumul despăgubirii cât și modalitatea de plată.

Lăudabilă este și reglementarea expresă a cauzelor exoneratoare de răspundere în noul Cod civil. Ar fi trebuit însă evitată repetarea unor termeni folosiți pe parcursul codului cu înțelesuri diferite, ceea ce duce la confuzii. Astfel starea de necesitate este nu doar o cauză exoneratoare de răspundere, ci apare și printre vicile de consimțământ, ca o cauză de anulabilitate a contractului (cu condiția ca cealaltă parte să fi profitat de această împrejurare).

Regretabilă este și absența unor noțiuni care în dreptul civil austriac, spre exemplu, simplifică rezolvarea unor dificile cazuri de răspundere delictuală având cauzalitate complexă: cauzalitatea cumulativă și cauzalitatea alternativă.

Nu sunt prevăzute reglementări speciale pentru repararea prejudiciilor nepatrimoniale rezultate din infracțiuni, dar există anumite avantaje practice, analizate de noi, pentru victima unei infracțiuni, dacă se constituie parte civilă în procesul penal.

Concluzia noastră este că reglementarea expresă a reparării prejudiciilor nepatrimoniale în noul Cod civil reprezintă, în comparație cu reglementarea generală și sumară din vechiul cod, un incontestabil progres. Dar o dezbatere amănunțită cu toate categoriile de juriști, înainte de adoptarea codului, eventual în cadrul unui congres al juriștilor după model german și austriac, ar fi avut drept consecință evitarea inadvertențelor semnalate de noi, și poate a multor altele care s-ar putea să mai apară pe parcursul punerii în aplicare a codului.

Schlüsselworte: Körperschäden; körperliche und seelische Schmerzen; Verunstaltungsschäden; die entgangene Lebensfreude; Verlust der Lebenshoffnung; Kumulative Kausalität; Alternative Kausalität;

Cuvinte cheie: prejudiciu corporal; suferințe fizice și psihice; prejudiciu estetic; prejudiciu de agrement ; pierderea speranței de viață; cauzalitate cumulativă; cauzalitate alternativă.

1. Einleitung. Der aktuelle Stand des rumänischen Schadenersatzrechts. Die Rechtsgrundlage des Schmerzensgeldes im alten und im neuen rumänischen Zivilgesetzbuch, wie auch in Sondergesetzen.

Nach einer Erfahrung von mehrere Jahren im deutschen und österreichischen Schadenersatzrecht, durch Teilnahme an verschiedenen internationalen Konferenzen¹ oder Verfassung von wissenschaftlichen Gutachten für österreichische Gerichte, finde ich es für sinnvoll einige Besonderheiten des rumänischen Schadenersatzrechts, hauptsächlich im Bereich des Schmerzensgeldanspruchs, hervorzuheben.

Rumänien befindet sich im Bereich Schadenersatzrecht, wie im ganzen Zivilrecht, in einer Übergangsperiode. Das vor einem Jahr verabschiedete Zivilgesetzbuch (das Gesetz Nr. 287/2009, Gesetzblatt Nr. 511 vom 24 Juli 2009) ist noch immer nicht in Kraft getreten. Also, ist das alte rumänische Zivilgesetzbuch („*Codul civil român*“), das im Jahre 1864 verabschiedet wurde und am 1. Dezember 1865 in Kraft trat, noch immer anwendbar. Dieses ZGB wurde, trotz anderer Gesetze jener Zeit die als Quellen verwendet wurden (so, z.B., das belgische Hypothekengesetz vom 16. Dezember 1851, der Zivilgesetzbuchentwurf von Pissanelli und einige Vorschriften des alten rumänischen Rechts), als eine Nachahmung des französischen *Code Napoléon* betrachtet, ohne aber ein getreues Abbild seines französischen Vorbilds zu sein. **Die rumänischen Instanzen verhandeln heute noch nur auf Grund des alten ZGB.** Das neue ZGB ist einerseits vorläufig nur Gegenstand der Kommentare der Rechtslehre.

Andererseits können die Vorschriften des neuen Gesetzbuches, selbst wenn sie noch nicht in Kraft sind, nicht ignoriert werden weil die 6 Paragraphen die das Schadenersatzrecht im alten ZGB regeln viele der wichtigsten Grundsätze dieses Rechtsbereichs nicht enthalten, diese aber im neuen ZGB erscheinen. Viele der 46 Paragraphen (§§ 1349 – 1395) des neuen ZGB, die das Schadenersatzrecht regeln sind die Folge der Einbeziehung der von der Rechtslehre und der Rechtssprechung bestimmten Grundsätze ins ZGB.

Die rumänischen Gerichte müssen die verschiedensten Fälle im Bereich Schadenersatzrecht lösen. Sie können aber diese Urteile nicht ausschließlich auf Grund der 6 mangelhaften Paragraphen des alten Zivilgesetzbuchs begründen. **Diese 6 Paragraphen bestimmen nur die allgemeinen Grundsätze des Schadenersatzrechts.** (So, z.B. die Verpflichtung eines jeden der vorsätzlich, § 998, oder fahrlässig, § 999, einem anderen einen Schaden verursacht, diesen zu ersetzen).

All diese Vorschriften sind Nachahmungen der Paragraphen 1382 -1386 des *Code Napoléon*. Einen einzigen Paragraphen hat der rumänische Gesetzgeber von 1864 dem Zivilgesetzbuchentwurf des italienischen Ministers Pissanelli vom Jahre 1863 (der dann 1866 verabschiedet wurde) entnommen und dem Text französischer Herkunft hinzugefügt: § 1003 des rumänischen ZGB. Dieser schreibt die solidarische Haftung (Gesamthaftung) „jener Personen denen der durch widerrechtliche Handlung (Delikt) verursachte Schaden zurechenbar ist“, vor (Gesamtschuldnerische Haftung deren die zusammen den Schaden verursacht haben).

Man kann also feststellen, **dass im alten, noch geltenden, rumänischen Zivilgesetzbuch**, nach französischem Vorbild, **wirklich nur die wesentlichen, elementaren Grundsätze des Schadenersatzrechts vorgeschrieben sind**.

Also findet man kein Wort über die Regeln der Entschädigung, kein Wort über die Gefährdungshaftung (objektive, strikte, verschuldensunabhängige Haftung), kein Wort über die Arten der Kausalität, kein Wort über den immateriellen Schaden, über das Schmerzensgeld, kein Wort über Rechtfertigungsgründe, über die Möglichkeit der Einwilligung des Geschädigten und deren Beschränkungen, usw.

Es war die Aufgabe der Rechtslehre die überholte Verschuldenshaftung, in vielen Fällen in welchen eine solche Haftung, des Fortschritts der Technik in der gegenwärtigen Zeit wegen, der den Beweis des Verschuldens zu einer unmöglichen Aufgabe des Geschädigten gemacht hat, den Vorschriften des Zivilgesetzbuches zuwider mit einer modernen Gefährdungshaftung zu ersetzen. Die vom ZGB geregelte Verschuldenshaftung blieb nur im Falle der Haftung für eigenes Handeln, der Haftung der Eltern für ihre minderjährigen Kinder und der Haftung der Lehrkräfte für ihre Schüler und der Handwerker für ihre auszubildenden Lehrlinge anwendbar.² Hingegen wurde die Halterhaftung für durch Sachen verursachten Schaden, die Haftung des Tierhalters, die Haftung der Geschäftsherrn für ihre Besorgungsgehilfen, wie auch die Gebäudehaftung (der Haftung des Eigentümers für den durch Einsturz oder Verfall seines Gebäudes verursachten Schadens), von der Rechtslehre und dann auch von der Rechtssprechung, als Arten der neuen, verschuldensunabhängigen Haftung (Gefährdungshaftung) definiert³.

Was den **Ersatz des immateriellen Schadens** betrifft, ist dieser auch ein von der Judikatur angenommenes Werk der Rechtslehre. Leider ist das Projekt der Regierungsverordnung über den Ersatz des immateriellen Schadens (Die Regierung Rumäniens im Zeitraum 1996-2000) nie verabschiedet worden.⁴

Es gibt nur einige **Sondergesetze (Einzelregelungen)** die Vorschriften bezüglich des immateriellen Schadens enthalten.

So, **das Gesetz Nr. 29/1990 bezüglich der Verwaltungsgerichtbarkeit** (*Legea nr. 29/1990 a contenciosului administrativ*), welches im § 11 Abs. 2 vorsieht, dass im Fall der Nichtigkeitserklärung des Verwaltungsakts das Gericht auch bezüglich des Ersetzungs des verursachten materiellen und immateriellen Schadens zu entscheiden hat.

Das Gesetz Nr. 11/1991 bezüglich der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs (*Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale*) schreibt in § 9 vor dass falls die unlautere Wettbewerbshandlung einen materiellen oder immateriellen Schaden verursacht hat, hat der Geschädigte ein Klagerecht zur Ersetzung des erlittenen Schadens.

Das Gesetz Nr. 48/1992 der audiovisuellen Massenmedien (*Legea nr. 48/1992 a audiovizualului*) regelt in § 2 Abs. 5 die Haftung für immaterielle Schäden.

Die Regierungsverordnung Nr. 47 vom 29 August 1994 (*Ordonanța guvernului nr. 47 din 29 august 1994*) gibt dem Gericht das Recht über die materiellen und immateriellen Umweltschäden auf Grund eines Antrags der geschädigten

Person oder der lokalen Verwaltungsbehörde zu entscheiden, Umweltschäden die durch ein Desaster verursacht worden sind, das von einem Wirtschaftssubjekt durch die Verletzung seiner gesetzlichen Verpflichtungen ausgelöst wurde.

Das Gesetz Nr. 118/1990 bezüglich der Gewährung einiger Rechte den Personen die von der am 6 März 1945 eingesetzten kommunistischen Diktatur aus politischen Gründen verfolgt wurden, ins Ausland verschleppt (deportiert) oder zu Gefangenen gemacht wurden (*„Decret-Lege Nr. 118 /1990 privind acordarea unor drepturi persoanelor persecutate din motive politice de dictatura instaurată cu începere de la 6 martie 1945, precum și celor deportate în străinătate ori constituite în prizonieri“*), schreibt eine Entschädigung in Form von wiederkehrenden Leistungen (einer Monatsrente) für den erlittenen immateriellen Schaden durch Haft, Versetzung in anderen Ortschaften, Verschleppung, Gefangenschaft, Internierung im psychiatrischen Krankenhaus oder Zwangswohnsitz vor.

Das Gesetz Nr. 221/2009 bezüglich der Strafurteile mit politischem Charakter und den ihnen gleichgestellten Verwaltungsmaßnahmen die im Zeitraum vom 6 März 1945 bis zum 22 Dezember 1989 gefällt wurden, gewährt in § 5 Abs.1 jeder Person die im Zeitraum zwischen dem 6. März 1945 und dem 22. Dezember 1989 politisch verurteilt wurde oder Opfer von Verwaltungsmaßnahmen mit politischem Charakter war das Recht, binnen einer Frist von 3 Jahren vom Inkrafttreten des Gesetzes, durch das Gericht dem Staat Schadenersatz für den erlittenen ideellen, seelischen Schaden zu fordern. Dasselbe Recht haben, nach dem Tode der berechtigten Person, auch der Ehegatte oder die Ehegattin und die Deszendenten bis zum zweiten Grad. Ursprünglich war die Höhe dieser Entschädigung nicht durch das Gesetz begrenzt, es wurde nur vorgesehen, dass bei der Bewertung der Entschädigung auch die auf Grund des Gesetzes Nr. 118/1990 erhaltenen Ersatzleistungen berücksichtigt werden müssen.

Später wurde aber die Dringlichkeitsverordnung der Regierung Nr. 62/2010 erlassen, die § 5 des Gesetzes geändert und die Höhe des Ersatzes für den erlittenen ideellen Schaden eingeschränkt hat: Die politisch verurteilte Person oder das Opfer der politischen Verwaltungsmaßnahme hat das Recht auf höchstens 10.000 Eur; der Ehegatte oder Ehegattin und die Deszendenten ersten Grades haben das Recht auf höchstens 5.000 Eur; die Deszendenten II Grades haben das Recht auf höchstens 2.500 Eur.

Es wurden auch **Kriterien für die Berechnung (Bewertung) der Entschädigung** eingeführt. So, z. B. wird es vorgesehen, dass die Instanz die Dauer der Freiheitsstrafe, die von dem Urteil vergangene Zeit und die negativen körperlichen, seelischen und sozialen Folgen, wie auch die schon auf Grund des Gesetzes Nr. 118/1990 wie auch der Dringlichkeitsverordnung Nr. 214/1999 erhaltene Ersatzleistungen berücksichtigen muss. Diese Dringlichkeitsverordnung wurde aber vom Verfassungsgericht als verfassungswidrig erklärt.

In Abwesenheit einer allgemeinen, in allen Fällen anwendbaren gesetzlichen Regelung, konnten aber die Richter die Mängel (Lakunen) des Gesetzes nicht zum Vorwand nehmen um solche Fälle abzulehnen. Die Urteilsverweigerung (Rechtsverweigerung) ist durch § 3 ZGB ausdrücklich verboten.

Also mussten die von der Rechtslehre bestimmten Regeln angewandt werden, denen so Geltung verschaffen wurde und dann weiter als von der Rechtsprechung bestimmten Regeln zitiert wurden.

Merkwürdig ist aber, dass die Rechtslehre und die Rechtsprechung im rumänischen Rechtssystem nicht als Rechtsquellen anerkannt sind. Das spricht für die Zweckmäßigkeit des neuen Zivilgesetzbuches mit seinen ausführlichen Vorschriften die eine Umsetzung all dieser Errungenschaften der Rechtslehre darstellen.

Doch ein Gesetz, das noch nicht in Kraft getreten ist, kann nicht als rechtliche Grundlage des Schadenersatzes in Rumänien verwendet werden. Wir werden die neuen Vorschriften zwar zitieren, doch man muss wissen, dass **das gegenwärtige rumänische Schadenersatzrecht noch immer auf den 6 Paragraphen des geltenden (alten) Zivilgesetzbuchs beruht, die von der Rechtslehre und Judikatur wesentlich ergänzt wurden.**

Die Rechtslehre, wie auch die Rechtsprechung kamen zur Schlussfolgerung, dass **der Ersatz des immateriellen Schadens die allgemeinen Vorschriften der §§ 998 – 999 des geltenden Zivilgesetzbuches als Rechtsgrundlage hat**, auf Grund einer generischen (allgemeinen) Interpretierung dieser Texte die den Schaden betreffen, im Sinne dass diese keinen Unterschied zwischen dem materiellen und immateriellen Schaden machen, dem Grundsatz gemäß: *ubi lex non distiguit, nec nos distinguere debemus*.⁵ Die zitierten Paragraphen wurden schon erwähnt. Sie schreiben die Verpflichtung eines jeden vor, der vorsätzlich (§ 998) oder fahrlässig (§ 999) einem anderen einen Schaden verursacht, diesen zu ersetzen.

Im neuen rumänischen Zivilgesetzbuch wurde der zivilrechtlichen Haftung ein ganzes Kapitel mit 46 Paragraphen (§§ 1349 – 1395) gewidmet. Viele von diesen sind die Folge der Einbeziehung der von der Rechtslehre und der Rechtsprechung bestimmten Grundsätze ins ZGB. Einige Neuigkeiten müssen hervorgehoben werden.

Im Abschnitt bezüglich der allgemeinen Bestimmungen über die zivilrechtliche Haftung werden die **deliktische Haftung** (§ 1349) und die **Vertragshaftung** (§ 1350) als Formen (Unterarten) desselben Rechtsinstituts "zivilrechtliche Haftung" getrennt definiert. Außer den gesetzlich geregelten Ausnahmen gibt es kein Optionsrecht zwischen der deliktischen und der vertraglichen Haftung. Dieser Grundsatz wurde schon lange vor seiner gesetzlichen Regelung von der Rechtslehre⁶ und von der Rechtsprechung⁷ festgesetzt weil im rumänischen Zivilrecht die deliktische Haftung strenger als die Vertragshaftung ist.

Der Begriff "Vertragshaftung"⁸ erscheint zum ersten Mal im rumänischen Zivilgesetzbuch, was aber nicht bedeutet, dass im alten ZGB die Verletzung der Vertragspflichten keine Haftung zur Folge gehabt hätte. Der Geldersatz der dem

Gläubiger im Falle der Vertragsverletzung gebührt, wurde, nach französischem Vorbild, im Kapitel über "Die Wirkung der Schulden" ("*De l'effet des obligations*") als eine "Erfüllungsweise der Schuld durch Ersatzleistung" falls die Naturalleistung der Schuld nicht möglich ist ("*Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation*") geregelt. Diese Struktur des Stoffes im Bereich zivilrechtliche Haftung wurde auch von der rumänischen Rechtslehre übernommen⁹. Es gab aber auch Anhänger der Schuldrechtsreform die dem Schadenersatz im Falle der Vertragsverletzung ein besonderes Kapitel mit dem Titel "Vertragshaftung", als zweiter Zweig der zivilrechtlichen Haftung (neben der Deliktshaftung) gewidmet haben¹⁰.

Scheinbar sollte das neue ZGB diese Gliederung des Stoffes im Bereich zivilrechtliche Haftung übernommen haben als es im Abschnitt bezüglich der allgemeinen Bestimmungen die Deliktshaftung und die Vertragshaftung getrennt, als Zweige der zivilrechtlichen Haftung, definiert. Leider ist im Kapitel über die zivilrechtliche Haftung nur die Deliktshaftung geregelt. Bezüglich der Vertragshaftung finden wir außer der Definition keinen anderen Paragraphen. Die Vertragshaftung bleibt weiter, wie im alten ZGB, als "Erfüllungsweise der Schuld durch Ersatzleistung", im IV. Abschnitt bezüglich der "Zwangsvollstreckung der Schulden" geregelt.

Im neuen ZGB wurden ausdrücklich **Arten der objektiven Haftung (Gefährdungshaftung) vorgesehen**: die Sachhalterhaftung, die Tierhalterhaftung und die Gebäudehaftung.

Im Rahmen der Haftung für durch Sachen verursachte Schäden wird aber nicht auch die Haftung für **fehlerhafte Produkte** geregelt. Gemäß § 1349 Abs.4 gilt für diese Haftung ein Sondergesetz. Also bleibt das Gesetz Nr. 240 vom 7. Juni 2004 "über die Haftung der Hersteller für die Schäden die von fehlerhaften Produkten verursacht worden sind" (Gesetzblatt Nr. 552 vom 22 Juni 2004)¹¹, das eine Umsetzung im rumänischen Zivilrecht der Richtlinie des Rates vom 25 Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die **Haftung für fehlerhafte Produkte** (85/374/EWG) darstellt, weiter in Kraft.

Die schädigende Handlung (das schädigende Verhalten) bestand im alten ZGB aus der Verletzung der allgemeinen Verhaltenspflicht niemanden zu schädigen "*neminem laedere*". Hingegen §1349 des neuen ZGB zählt die Vorschriften auf, aus deren Verletzung sich die deliktische Haftung ergibt. Es sind die vom Gesetz oder vom örtlichen Gewohnheitsrecht vorgeschriebenen Verhaltensregeln wie auch die Rechte oder die berechtigten Interessen einer Person. Zum ersten Mal wird im ZGB zwischen den Ursachen (Gründen) der deliktischen Haftung auch die Verletzung eines berechtigten (rechtsschutzwürdigen) Interesses erwähnt, was die rumänische Rechtslehre¹², nach dem Vorbild der Rechtssprechung¹³ und der französischen Rechtsliteratur¹⁴ schon lange getan hat.

Im neuen Zivilgesetzbuch sind zum ersten Mal **die Entlastungsgründe** (Exkulpationsgründe) vorgesehen und zum ersten Mal werden **ausführliche Regeln zum Ersatz des materiellen**, und was uns hier besonders interessiert, **des immateriellen**

Schadens eingeführt. Die Entlastungsgründe und den Ersatz des immateriellen Schadens werden wir etwas später, anlässlich der Beantwortung der vom Landesgericht Innsbruck gestellten Fragen erläutern.

Eine letzte wichtige Bemerkung betrifft das Inkrafttreten dieser neuen Vorschriften des Schadenersatzrechts. **Wie das ganze neue rumänische Zivilgesetzbuch, werden auch diese Vorschriften erst 2011, vermutlich im Oktober, in Kraft treten.**

2. Die Voraussetzungen für einen Schmerzensgeldanspruch: mit dem österreichischen Recht vergleichbare Kriterien wie Kausalität, Rechtswidrigkeit, Verschulden. Die Beweislast

Wie in der Einleitung erläutert wurde, gibt es im geltenden Zivilgesetzbuch keine besonderen Vorschriften für immaterielle Schäden, der Begriff Schmerzensgeld ist gar nicht erwähnt.

Die Ersetzung des immateriellen Schadens wird, wie schon gezeigt, nur in einigen Sondergesetzen geregelt.

Laut Rechtslehre und Rechtssprechung **gelten die allgemeinen Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch**¹⁵. Nach dem Vorbild des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte haben auch einige rumänischen Instanzen beschlossen als "gerechte Befriedigung (Genugtuung)", dem Geschädigten **als Ersatz des erlittenen Schadens, sowohl des Vermögensschadens, als auch des immateriellen Schadens**, einen **Gesamtbetrag** zuzusprechen, weil beide Schäden ähnliche Kausalbedingungen haben¹⁶.

Die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch, die auch im Falle des immateriellen Schadens gelten, sind:

1. Ein von einer anderen Person erlittene Schaden ("*prejudiciu*"), der in diesem Fall immateriell ist;
2. Ein gesetzwidriges Verhalten ("*fapta ilicită*") – Handlung oder Unterlassung;
3. Eine kausale Verbindung (Kausalzusammenhang, Verursachung, Kausalität) zwischen der Handlung und dem Schaden ("*raport de cauzalitate*");
4. Das Verschulden ("*culpa*", "*vinovăția*") des Schädigers und
5. Die Deliktsfähigkeit des Schädigers.

Es ist leicht zu bemerken dass die aufgezählten Kriterien dem österreichischem Recht vergleichbar sind.

Es muss aber betont werden, dass **diese Voraussetzungen in keinem Gesetz aufgezählt werden. Sie sind ein Werk der Rechtslehre und der Rechtssprechung auf Grund der Interpretierung der schon erwähnten, in §§ 998 – 999 ZGB vorgesehenen, allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts.**

So, z.B. spricht der Text des § 998 des rumänischen ZGB über "Jedes Handeln des Menschen das einem anderen einen Schaden verursacht". Davon wurde abgeleitet, dass der Schaden eine wesentliche Voraussetzung für den Schadenersatz

ist.¹⁷ Gleichzeitig hat die Rechtslehre erläutert, dass der Schaden Folge der Verletzung eines Rechts oder eines schutzwürdigen (berechtigten) Interesses sein kann, dass er augenblicklich oder sukzessiv (allmählich eintretend), **materiell** oder **immateriell** (*„prejudiciu moral“*) sein kann. Der Schaden kann gegenwärtig und bestimmt aber auch zukünftig und bestimmt sein. Zukünftige und unbestimmte Schäden können nicht ersetzt werden (z. B. dass der Geschädigte, auf Grund seines guten Betragens, beruflich aufgestiegen, in eine höhere Stellung aufgerückt wäre).

Aus demselben Text des § 998 ZGB (*„Jedes Handeln des Menschen das einem anderen einen Schaden verursacht“*) wurde abgeleitet, dass eine andere wichtige Voraussetzung des Schadenersatzes **das gesetzwidrige Verhalten** ist. Dieses gesetzwidrige Verhalten kann aus einer Handlung oder einer Unterlassung, aber auch aus einem Rechtsmissbrauch (einer unzulässigen Rechtsausübung) bestehen¹⁸. Die Rechte einer Person dürfen nur gemäß ihrem sozialen und wirtschaftlichen Zweck, im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen oder von den guten Sitten und vom guten Glauben vorgesehenen Bedingungen ausgeübt werden.¹⁹ Der von Gaius stammende Grundsatz *„neminem laedit qui suo jure utitur“* ist nicht mehr anwendbar.²⁰

Der Kausalzusammenhang konnte aus einem einzigen Wort – *„verursacht“* – des § 998 ZGB abgeleitet werden (*„Jedes Handeln des Menschen das einem anderen einen Schaden verursacht“*).²¹

In Abwesenheit irgendwelcher gesetzlichen Vorschrift bezüglich der Elemente, der Bedingungen der Kausalverbindung, **musste die Rechtslehre den Richtern einige Kriterien liefern.**

Die rumänische Rechtslehre erwähnt und analysiert zwar mehrere Kausalitätstheorien, lehnt aber die meisten von diesen ab. So wird auch von der Äquivalenztheorie (Bedingungstheorie) - *conditio sine qua non* -, von der Adäquanztheorie oder von der im englischen Recht anwendbaren *„Theorie der nächsten Ursache“*²² mit ihrer amerikanischen Variante *„the last clear chance“* gesprochen. Laut der herrschenden Mehrheit der rumänischen Rechtslehre, wird aber die vom berühmten Professor Mihail Eliescu verfasste Theorie des *„Systems der unteilbaren Einheit zwischen der Ursache und den begünstigenden Umstände (Bedingungen)“*²³ angenommen, die als eine Synthese aller anderen Theorien betrachtet wird, auch vom Obersten Gerichtshof anerkannt wurde²⁴.

Die Begründung dieser Theorie geht vom Gedanken aus, dass bei der Untersuchung der Ursächlichkeit (des ursächlichen Zusammenhangs) die Tatsache berücksichtigt werden muss, dass das ursächliche Ereignis nie alleine und einzeln (isoliert) handelt, sondern immer unter gewissen Umständen welche, ohne den schädigenden Erfolg zu verursachen, trotzdem diesen begünstigt und die Entstehung des Verursachungsprozesses erleichtert haben, dessen Entwicklung beschleunigt und begünstigt, seine negativen Folgen verschlimmert (verschärft) oder sichergestellt haben. Eine abstrakte Möglichkeit, eine einfache Eventualität wurde so in eine konkrete und aktuelle Möglichkeit umgewandelt welche zur realen negativen Folge geführt hat. In

solchen Fällen, aus dem Sichtpunkt der zivilrechtlichen Haftung, **bilden solche externe Umstände, welche zur Verwirklichung des schädigenden Erfolgs überwiegend beigetragen haben, zusammen mit dem verursachenden Ereignis, eine unteilbare Einheit**, in dessen Rahmen solche Umstände, durch Interaktion (Wechselwirkung) mit der Ursache, kausalen Charakter erhalten²⁵.

Das Verschulden („*culpa*“, „*vinovăția*“) des Schädigers, als Voraussetzung für den Schadenersatz, wurde aus demselben Gesetzestext abgeleitet. § 998 ZGB spricht von einer Tat („*fapta*“) die vom Geschädigten aus einem „Fehler“ („*greșeala*“) begangen wurde. Diese irrierte, fehlerhafte Tat wurde als „vorsätzliches Handeln“ interpretiert. § 999 ZGB schreibt vor, dass der durch Unachtsamkeit („*neglijență*“, französisch „*négligence*“) oder Unvorsichtigkeit („*imprudență*“, französisch „*imprudence*“), **also durch Fahrlässigkeit** verursachte Schaden ersetzt werden muss.

Die aus dem römischen Recht stammenden **Verschuldensgrade** – *culpa lata*, *culpa levis* und *culpa levissima* – sind im rumänischen Schadenersatzrecht bedeutungslos. Unabhängig von der Art oder dem Grad des Verschuldens, hat der Schädiger volle Genugtuung zu leisten.

Die Verschuldensgrade werden aber in einigen Fällen in Betracht genommen.²⁶ So, z.B. im Bereich der Entlastungsgründe. Die Einwilligung des Geschädigten (Entlastungsvereinbarung) gilt ist nur für den Fall der leichten (*culpa levis*) oder sehr leichten Fahrlässigkeit (*culpa levissima*) nicht aber für die grobe Fahrlässigkeit oder für eine vorsätzlich begangene schädigende Tat. Im Falle der Mitverantwortlichkeit des Geschädigten (des Mitverschuldens) richtet sich der Teil des Schadens den der Geschädigte selbst tragen muss nach der Schwere des Verschuldens bei Schädiger und Geschädigtem. Durch Versicherungsvertrag übernimmt der Versicherer keine Verpflichtung zum Schadenersatz für Schäden die der Versicherungsnehmer durch schwere Straftaten oder vorsätzlich verursacht hat.²⁷

Die Deliktsfähigkeit des Schädigers ist eine von der Rechtslehre festgestellte Voraussetzung für das Verschulden weil nur einer Person die die nötige Einsicht hat ein Verschulden zur Last gelegt werden kann. Die Deliktsfähigkeit tritt mit dem 14. Lebensjahr ein. Eigentlich führt § 25 Abs. 3 der Verordnung (Dekret) Nr. 32/1954 (das Einführungsgesetz zum Familiengesetzbuch und zur Verordnung über natürliche und juristische Personen) eine widerlegbare Vermutung (*juris tantum*) ein, dass der Unmündige ohne Einsicht gehandelt hat. Weil es sich um keine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung handelt (*juris et de jure*) kann der Geschädigte die Vermutung widerlegen und beweisen, dass der Unmündige (Minderjährige) mit Einsicht gehandelt hat.

Für durch das Gericht entmündigte Geistesranke gilt die gesetzliche Vermutung der Deliktsunfähigkeit nicht. Also muss der Geistesranke beweisen, dass er wegen seiner Krankheit zu einer vernünftigen Motivation seiner Handlungen unfähig war, dass also seine Deliktsfähigkeit zum Zeitpunkt der Tat beseitigt worden war. Das kommt davon, dass die Entmündigung durch das Gericht die Geschäftsfähigkeit

und nicht die Deliktsfähigkeit des Geisteskranken beseitigt.²⁸ Einige Autoren haben aber eine andere Meinung vertreten, und zwar dass im Falle des durch das Gericht entmündigten Geisteskranken dieselbe Regel wie im Falle des Minderjährigen anwendbar wäre.²⁹

Eine **verschuldensunabhängige Haftung (Gefährdungshaftung, objektive Haftung)** wird von der Rechtslehre und Rechtsprechung nur im Falle der Halterhaftung für Sachen und Tiere, der Gebäudehaftung (Haftung des Eigentümers für den durch Einsturz oder Verfall seines Gebäudes verursachten Schadens) und des Geschäftsherrn für seine Besorgungsgehilfen angenommen. Das ist aber in diesem Verfahren nicht der Fall.

Was die **Beweislast** betrifft, wird diese in der Regel, wie im gemeinen Recht, gemäß §1169³⁰ des geltenden Zivilgesetzbuchs, vom Kläger, also vom Geschädigten getragen. (*„actori incumbit onus probandi“*).

Im Falle **der Schadenersatzklage in der Schmerzensgeld gefordert wird** muss der Kläger **den ideellen Schaden, die Gesetzwidrigkeit der vom Schädiger begangenen Tat, dessen Verschulden wie auch den Kausalzusammenhang zwischen der schädigenden Tat und dem Schaden** beweisen.

Wenn das Gesetz um die Aufgabe des Geschädigten zu erleichtern **eine Rechtsvermutung** bestimmt, findet entweder eine Verschiebung oder eine Zerlegung des Beweisgegenstandes statt³¹. So ist es der Fall **der Haftung der Eltern für deren minderjährige Kinder** oder der **Haftung der Lehrkräfte für ihre Schüler und der Handwerker für ihre auszubildenden Lehrlinge**.

Was die **Beweismittel** betrifft, gibt es im Fall eines Schmerzensgeldanspruches überhaupt keine Einschränkungen, der Geschädigte darf alle vom Gesetz zugelassenen Beweise erbringen. Falls der immaterielle Schaden Folge der Verletzung eines Vertrags ist, gelten die für den Beweis der Rechtsgeschäfte vorgesehenen Regeln. Die Beweiswürdigung erfolgt gemäß der intimen Überzeugung der Richter.³²

3. Schmerzensgeldansprüche aus strafbaren Handlungen

Was die Schmerzensgeldansprüche aus strafbaren Handlungen betrifft, gibt es **keine besonderen Voraussetzungen (z.B. Beweiserleichterungen)**.

Die Rechtslehre hat aber einige Bemerkungen zum Thema gemacht.

Als Klageart ist der Schadenersatzanspruch (also auch der Schmerzensgeldanspruch) ein Rechtsinstitut des Zivilrechts, doch er kann auch zu einem Institut des Strafprozessrechts werden falls er in einem Strafverfahren ausgeübt wird. Wie die öffentliche, strafrechtliche Klage, hat auch die im Strafprozess erhobene Schadenersatzklage dieselbe Quelle: die Straftat. Also kann die im Strafprozess erhobene Klage als Gegenstand nur den Ersatz des durch diese Straftat verursachten materiellen und immateriellen Schadens haben³³. Z. B. im Fall einer Vergewaltigung, einer Straftat die sowohl ideelle als auch materielle Schäden

verursachen kann (unter den letzten zählen die ärztliche Behandlung, die Heilungskosten, usw.), kann die Schadenersatzklage nicht auch die Erforschung der Vaterschaft des als Folge der Vergewaltigung geborenen Kindes als Klagegegenstand haben³⁴.

Dieser aus einer Straftat erwachsene Anspruch unterscheidet sich von einem Anspruch aus einem zivilrechtlichen Delikt (widerrechtliche, vorsätzlich Handlung) oder Quasi-Delikt (widerrechtliche, fahrlässige Handlung). Die Klage kann im ersten Fall sowohl vor dem strafrechtlichen als auch dem zivilrechtlichen Gericht erhoben werden, im zweiten Fall ist nur das Zivilgericht zuständig. Die vor dem Strafgericht erhobene Schadenersatzklage ist Gerichtsgebührenfrei (§ 15 letzter Absatz der Strafprozessordnung) während für die vor dem Zivilgericht erhobene Schadenersatzklage die Vorschriften des Gerichtsgebührengesetzes Nr. 146/1997 anwendbar sind.³⁵

Es muss erläutert werden, dass im rumänischen Strafprozessrecht, unter der "im Strafverfahren erhobenen zivilrechtlichen Klage" die Nebenklage des durch die Straftat Verletzten bezeichnet. Der durch die Straftat des Beschuldigten Geschädigte macht einen aus dieser Tat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch vor dem Strafgericht geltend und wird so zur Prozesspartei im Strafprozess, die "*partie civilă*" (französisch "*partie civile*" – zivile Partei) heißt.

Es gibt keine Sondervorschriften bezüglich der Beweislast für Schmerzensgeldansprüche aus strafbaren Handlungen, selbst wenn diese Ansprüche vor dem Strafgericht geltend gemacht werden. Die Erhebung einer Schmerzensgeldklage im Strafverfahren bringt aber einige Vorteile für den Geschädigten mit sich. Dieser kann die von der Staatsanwaltschaft erbrachten Beweise zu seinem Vorteil verwenden, einschließlich jene welche die Voraussetzungen der deliktischen Haftung betreffen: die vom Beschuldigten begangene schädigende Straftat, das Verschulden des Beschuldigten, der kausale Zusammenhang zwischen der Straftat und dem erlittenen ideellen (oder materiellen) Schaden. Diese Beweise erleichtern die Aufgabe des Geschädigten der als Nebenkläger eingetreten ist, so dass er nurmehr zusätzliche Beweise für die Höhe des erlittenen Schadens erbringen muss.

Die Nebenklage im Strafverfahren hat einen akzessorischen Charakter, kann also nur dann erhoben werden wenn auch die öffentliche Klage erhoben wurde (Anklageerhebung).

Die Rechtsgrundlage der Nebenklageerhebung muss eine Straftat sein, in deren Natur die Verursachung eines materiellen oder ideellen Schaden liegt. Das Steuern eines Fahrzeugs ohne Führerschein ist eine Gefährdungstraftat, ist also nicht fähig einer Person materielle oder immaterielle Schäden zu verursachen. Eine außerstrafrechtliche Handlung kann nicht als Rechtsgrundlage für eine Schadenersatzklage im Strafprozess dienen.³⁶

Die Erhebung der Nebenklage im Strafprozess kann gleichzeitig mit der strafrechtlichen Klage oder nachher erfolgen. Der Geschädigte kann seinen Schadenersatzanspruch vor dem Ermittlungsbeamten (Staatsanwalt) bis zur Beendigung des Ermittlungsverfahrens oder vor dem Gericht bis zur Erhebung der öffentlichen

Klage durch den Schriftsatz der Staatsanwaltschaft erheben (§ 15 Abs. 2 und § 322 Strafprozessordnung). Später kann die Nebenklage nur mit Einwilligung der Gegenparteien erhoben werden.³⁷

Die Erklärung des Geschädigten vor dem Strafgericht, dass er keine Nebenklage erheben will ist unwiderruflich.³⁸ Deshalb, zur Gewährleistung des Rechts des Geschädigten seinen Schadenersatzanspruch im Strafprozess rechtzeitig geltend zu machen, sieht § 76 Abs. 2 der Strafprozessordnung die Pflicht der Ermittlungsbehörde und des Gerichts dem durch die Straftat Verletzten das Recht bekanntzumachen eine Nebenklage im Strafprozess zu erheben, falls er einen materiellen oder ideellen Schaden erlitten hat, und nachdem die Nebenklage erhoben wurde, ihm zur Kenntnis zu bringen, dass er Beweise zur Feststellung der Höhe des erlittenen Schadens erbringen muss.³⁹

Der Geschädigte hat die Wahl seinen Anspruch vor dem Strafgericht oder vor dem Zivilgericht geltend zu machen. Wenn er aber die Schadenersatzklage im Strafprozess erhoben hat ist diese Entscheidung unwiderruflich. Nachdem der Geschädigte dieses Verfahren gewählt hat kann er es nicht mehr verlassen und sich dem Zivilgericht wenden. Falls er das Strafverfahren verlassen sollte, verliert er das Recht den Ersatz des erlittenen Schadens durch das Gericht zu erzielen. Das ist durch den in § 19 der Strafprozessordnung vorgesehenen Grundsatz *electa una via non datur recursus ad alteram* zu erklären.

Erläuterungen des Obersten Gerichtshofes bezüglich der Verurteilung des Angeklagten im Strafprozess den immateriellen Schaden zu ersetzen⁴⁰.

Die Aufhebung des § 92 Abs. 2 des Strafgesetzbuches⁴¹ in welchem vorgeschrieben war, dass "die Entschädigung die der Angeklagte dem Nebenkläger (dem Geschädigten) zu leisten hat einen gerechten und vollständigen Ersatz des durch die Straftat verursachten materiellen und immateriellen Schadens darstellen muss", wie auch die Abwesenheit jeglicher Vorschrift im Strafgesetzbuch die den Ersatz des immateriellen Schadens vorsehen sollte, dürfen nicht zur Schlussfolgerung führen, dass der Angeklagte nicht verpflichtet werden könnte den immateriellen Schaden zu ersetzen. Es gibt andere Vorschriften die, wenn richtig interpretiert, als Rechtsgrundlage dem Schadenersatzanspruch stattzugeben dienen können.

So, gemäß § 14 Abs. 3 der Strafprozessordnung wird der Schaden "dem Zivilgesetz gemäß ersetzt". Das bedeutet, dass diese Vorschrift auf das materielle Zivilrecht als auch auf das Zivilprozessrecht verweist (mit den Ausnahmen bezüglich der Nebenklageerhebung die in der Strafprozessordnung ausdrücklich vorgesehen sind). Das gemeinte materielle Recht sind die in §§ 998 – 999 ZGB vorgesehenen allgemeinen Grundsätze des Schadenersatzrechts.

Diese Gesetzestexte schreiben die Verpflichtung eines jeden vor, der vorsätzlich (§ 998) oder fahrlässig (§ 999) einem anderen einen Schaden verursacht, diesen zu ersetzen, ohne zwischen dem materiellen und dem immateriellen Schaden zu unterscheiden. Das bedeutet, dass auch die immateriellen Schäden die durch die Straftat verursacht wurden ersetzt werden müssen.

4. Rechtfertigungsgründe, die die Rechtswidrigkeit entfallen lassen. Die Einwilligung des Geschädigten oder dessen gesetzlicher Vertreter

4.1 Das geltende ZGB schreibt keine Rechtfertigungsgründe vor

Diese wurden aber von der Rechtslehre und dann von der Rechtsprechung entweder aus dem Strafrecht (die Notwehr, der zivilrechtliche Notstand, der Befehl des Vorgesetzten) oder aus den Regeln der Vertragshaftung (§ 1082 ZGB) übernommen. Von der Vertragshaftung stammt die "fremde Ursache" ("*cauza străină*"), also: die höhere Gewalt (*force majeure*), der unvorhergesehene Fall (Zufall, französisch "*case fortuit*", rumänisch "*caz fortuit*"), das Handeln des Geschädigten ("*fait de la victime*") und das Handeln des Dritten.

Der Rechtslehre⁴² gemäß betreffen die Entlastungsgründe entweder

- A) die widerrechtliche Handlung,
- B) den Kausalzusammenhang (die Kausalität) oder
- C) das Verschulden des Schädigers.

A) Entlastungsgründe welche **die widerrechtliche Handlung** betreffen⁴³.

Die deliktische Haftung setzt eine widerrechtliche Handlung (oder Unterlassung) des Schädigers vor. Falls der widerrechtliche Charakter der Tat beseitigt wurde ist die Haftung des Schädigers ausgeschlossen, selbst wenn es einen Schaden gibt.⁴⁴ Die Umstände welche den scheinbar widerrechtlichen Charakter der Tat beseitigen sind:

- a) **Die Notwehr**
- b) **Der zivilrechtliche Notstand.**
Diese beiden Umstände bedürfen keiner besonderen Erläuterung weil sie aus dem Strafgesetzbuch, ohne Änderungen übernommen wurden. Es gelten also die Regeln und Erläuterungen der Rechtslehre und Rechtsprechung des Strafrechts⁴⁵.
- c) **Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung.** Hier wird der Fall der Feuerwehrleute zitiert welche gezwungen sind, um einen Brand zu löschen und dessen Verbreitung zu verhindern, verschiedene Güter die sich in der Nähe befinden zu zerstören, oder der Fall des Tierarztes der, um die Verbreitung einer Seuche zu verhindern, den Befehl gibt die kranken Tiere zu opfern (zu schlachten).
- d) **Der gesetzmäßige Befehl der zuständigen öffentlichen Behörde.** Hier wird die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils zitiert.
- e) **Die Einwilligung des Geschädigten.** Hier werden die Entlastungsvereinbarungen (Haftungsausschlussklauseln) analysiert die wir besonders erläutern werden.
- f) **Ausübung eines Rechts.**

Die Rechtslehre hat unterstrichen, dass es sich um eine normale, gesetzmäßige Ausübung eines subjektiven Rechtes handelt, also eine Ausübung gemäß dem sozialen und wirtschaftlichen Zweck des Rechts, im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen oder von den guten Sitten und vom guten Glauben vorgesehenen Bedingungen. Es wird auf den von Gaius stammenden Grundsatz *”neminem laedit qui suo jure utitur”* verwiesen. Die Ausübung eines Rechtes zu einem anderen als dem gesetzlich vorgesehenen Zweck, die Überschreitung der gesetzlich vorgesehenen Grenzen oder die bösgläubige (unredliche) Ausübung des Rechtes stellen einen Rechtsmissbrauch (einer unzulässigen Rechtsausübung) dar⁴⁶.

- B) Andere Umstände welche die Haftung ausschließen wirken **im Bereich der Kausalität**. Die Rechtsliteratur nennt sie *”Befreiungsgründe”* (*”Entlastungsgründe”*).⁴⁷ Diese sind
- a) Die höhere Gewalt (*force majeure*),
 - b) der unvorhergesehene Fall (Zufall, französisch *”case fortuit”*, rumänisch *”caz fortuit”*),
 - c) das Handeln des Geschädigten (*”fait de la victime”*) und
 - d) das Handeln des Dritten.

Manche Autoren schlagen für diese Umstände eine andere Benennung vor: *”Umstände die die deliktische Haftung ausschließen”*.⁴⁸ Der traditionelle Begriff *”Befreiungsgründe”* erweckt den Eindruck dass die deliktische Haftung eingetreten ist, dass sie besteht, nur dass, als Folge dieser Umstände, der Schädiger von der Haftung befreit wird. In Wirklichkeit aber ist die Existenz der Haftung in diesen Fällen ausgeschlossen. Diese Umstände schließen den Kausalzusammenhang zwischen der Tat und dem verursachten Schaden aus. Wenn der Kausalzusammenhang teilweise ausgeschlossen ist, ist auch die Haftung nur partiell (teilweise). Die völlige Abwesenheit des Kausalzusammenhanges schließt die Schadenersatzpflicht gänzlich aus. Es ist also richtiger den Begriff *”Haftungsausschlussgründe”* als *”Befreiungs-”* oder *”Entlastungsgründe”* von einer Haftung die gar nicht existiert zu verwenden.

Das geltende Zivilgesetzbuch regelt diese Umstände nicht. Sie wurden aber von der Rechtslehre und Rechtssprechung aus der Vorschrift des § 1082 ZGB abgeleitet, die eigentlich die Vertragshaftung regelt: *”Der Schuldner wird verpflichtet, wenn es sich gebührt, auch Schadenersatz für die Nichterfüllung oder Verzögerung seiner Verpflichtung zu leisten, selbst wenn er nicht bösgläubig war, mit Ausnahme des Falles in dem der Schuldner beweisen kann, dass die Nichterfüllung Folge einer fremden, ihm nicht zurechenbaren Ursache ist”*⁴⁹. Unter *”fremden Ursache”* versteht man: Die höhere Gewalt (*force majeure*), den unvorhergesehenen Fall (Zufall, französisch *”case fortuit”*, rumänisch *”caz fortuit”*), das Handeln des Geschädigten (*”fait de la victime”*) und das Handeln des Dritten.

Die Rechtsprechung hat sich ausdrücklich geäußert dass, wenn der Schaden durch eine höhere Gewalt oder durch die Handlung des Geschädigten verursacht worden ist, die Deliktshaftung des Beklagten ausgeschlossen ist und dieser nicht zum Ersatz des Schadens verpflichtet werden kann.⁵⁰

C) Die subjektive Haftung (Verschuldenshaftung) setzt das bewiesene oder gesetzlich vermutete **Verschulden des Schädigers** vor. Um dem Schädiger ein Verschulden zur Last legen zu können muss er die nötige Einsicht haben, muss er zu einer vernünftigen Motivation seiner Handlungen fähig sein. Folglich ist die **Deliktshaftung ausgeschlossen wenn der Schädiger ohne Einsichtsfähigkeit (Urteilsfähigkeit) gehandelt hat.**

4.2. Die Einwilligung des Geschädigten oder dessen gesetzlicher Vertreter

Die Rechtslehre ist der Meinung, dass das Verhalten des Schädigers nicht rechtswidrig ist wenn der Geschädigte in die Handlung des Schädigers eingewilligt hat, obwohl er wusste, dass diese Handlung einen Schaden verursachen kann. Eine solche Einwilligung stellt in Wirklichkeit eine **Haftungsausschlussklausel** dar. Die Haftungsausschlussklausel ist eine regelrechte Vereinbarung (ein Vertrag) die noch vor dem schädigenden Verhalten zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten abgeschlossen wurde, durch welche der Schädiger von der Ersatzpflicht des Schadens, der durch sein Verhalten verursacht werden könnte, befreit wird.⁵¹

Im Bereich des **Vertragsrechts** sind die Haftungsausschlussklauseln gültig, falls sie sich auf eine konkret bestimmte Art des Verschuldens beziehen. Im Bereich der **deliktischen Haftung** ist die Gültigkeit solcher Vereinbarungen umstritten.

Lange Zeit war man der Auffassung, dass das Opfer nicht schon im Voraus, noch vor der schädigenden Handlung auf den Schadenersatz verzichten darf, mit der Begründung dass die Normen die die deliktische Haftung regeln zwingend (imperativ) sind.

Später wurde zugegeben, dass eine solche Vereinbarung gültig, doch nur für "leichte Fahrlässigkeit" (*culpa levis*)⁵² ist. Die Vereinbarung war aber als absolut nichtig⁵³ betrachtet falls der Geschädigte in eine Tat des Schädigers eingewilligt hat, die mit schwerer Fahrlässigkeit (*culpa lata*) oder vorsätzlich begangen wurde. In diesem Fall behält das Verhalten des Schädigers seinen widerrechtlichen Charakter und hat den Ersatz des verursachten Schadens zur Folge.

Diese Schlussfolgerung gilt nur für **Vermögensschäden**. Die Haftungsausschluss- oder Haftungsminierungsvereinbarungen die **Persönlichkeitsrechte, immaterielle Rechte** (Nichtvermögensrechte) betreffen, wie das Recht auf Gesundheit, auf körperliche Unversehrtheit, auf Leben, usw., jedoch sind absolut nichtig⁵⁴. Einige ansehnliche Autoren haben aber die Meinung vertreten, dass so eine Lösung zu streng wäre. Sogar die Haftungsausschluss- oder Haftungsminierungsvereinbarungen die immaterielle Rechte betreffen sollten als gültig betrachtet werden falls es sich um leichte

Verletzungen handelt oder insofern solche Vereinbarungen durch ihren Zweck berechtigt sind⁵⁵. Als Beispiel werden so genannte brutale (gewalttätige) Sportarten zitiert – Rugby, Box, Karate, usw. – wo die Spieler freiwillig das Risiko einiger Unfälle übernehmen unter der Bedingung die Regeln dieser Sportart einzuhalten⁵⁶.

Letztendlich muss betont werden, dass die genaue Untersuchung der Haftungsausschluss- oder Haftungsminderungsvereinbarungen zur Schlussfolgerung führt, dass eigentlich der Geschädigte nicht in die Schadensverursachung eingewilligt hat, sondern nur der Tat des Schädigers zugestimmt hat und dadurch das Risiko der Verursachung eines eventuellen Schadens übernommen hat.

4.3. Entlastungsgründe im neuen rumänischen Zivilgesetzbuch

Einige von diesen Entlastungsgründen sind eine Folge der Einbeziehung der von der Rechtslehre und der Rechtsprechung bestimmten Grundsätze ins ZGB.

Es wurden besondere Entlastungsgründe für die verschiedenen Arten der deliktischen Haftung vorgesehen. So, z. B. **für die Haftung für eigenes Handeln** sind die Notwehr (das Recht auf Selbstverteidigung) - § 1360 - und der zivilrechtliche Notstand (*état de nécessité*) - § 1361 - vorgesehen, die von der Rechtslehre vorgeschlagen und vom neuen ZGB aus dem Strafrecht übernommen wurden. Eigentlich hat der zivilrechtliche Notstand nicht eine Freistellung von der Haftung zur Folge, sondern es werden die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung angewandt.

Es ist erfreulich, dass der zivilrechtliche Notstand im neuen Zivilgesetzbuch zum ersten Mal geregelt wurde, kritisierbar ist aber, dass dieser Begriff zwei mal, mit unterschiedlichen Bedeutungen erscheint. So, ist der in § 1361 geregelte Notstand ein Entlastungsgrund, während der in § 1218 vorgesehene Notstand zwischen den Willensmängel aufgezählt ist (mit der zusätzlichen Bedingung für die Anfechtbarkeit des Vertrags, dass jemand diesen Notstand ausgenützt hat). Solche äquivoke, zweideutige Vorschriften sind nicht empfehlenswert, können zu Missverständnissen führen, und wurden von ausländischen Analysten kritisiert⁵⁷.

Für die Gefährdungshaftung gelten als Entlastungsgründe (Befreiungsgründe) die höhere Gewalt (*force majeure*), das Handeln des Geschädigten (*fait de la victime*) und das Handeln des Dritten (§ 1380). Es wird von dem "Handeln" des Geschädigten oder des Dritten und nicht vom "**Verschulden**" gesprochen, denn im Rahmen einer verschuldensunabhängigen, ("strikten", "objektiven" Haftung) kann vom "Verschulden", also einer subjektiven Haftung nicht die Rede sein. Es handelt sich hier um einen objektiven Kausalzusammenhang. Der Gesetzgeber hat vermutlich den an das Gesetz Nr. 240 vom 7. Juni 2004 ("über die Haftung der Hersteller für die Schäden die von fehlerhaften Produkten verursacht worden sind") geübten Kritiken⁵⁸ Folge geleistet. Hier wurde das "**Verschulden**" des Geschädigten oder einer Person, für die der Geschädigte haftet, als Befreiungsgrund für den Hersteller vorgesehen.

5. Die Zurechnung eines Schadens im Falle von kumulativer und alternativer Kausalität

Die rumänische Rechtslehre und Rechtssprechung befassen sich nicht besonders mit der kumulativen oder alternativen Kausalität, so wie es in der österreichischen Rechtslehre der Fall ist⁵⁹. Im ZGB gibt es auch keine Vorschriften in diesem Sinne. **Solche Fälle werden nur auf Grund der allgemeinen Grundsätze der Kausalität und der konkreten Beweise in jedem einzelnen Fall gelöst.**

Selbst die strafrechtliche Literatur verwendet diese Begriffe nicht. Es wird nur von einer „komplexen Kausalität“ gesprochen, wenn sich verschiedene Ursachen verflechten und zu einem anderen, qualitativ verschiedenen Ergebnis führen als die einzelnen Ursachen. So, z.B. wenn mehrere Täter das Opfer geschlagen haben und obwohl keiner der einzelnen Schläge ausreichend war den Tod des Opfers zu verursachen, das Opfer gestorben ist, hat keine Addition (Summe) der Ursachen stattgefunden, sondern durch den gegenseitigen Einfluss, haben diese Ursachen, als Folge des qualitativen Sprungs, den Tod verursacht⁶⁰.

Was die **kumulative Kausalität** betrifft, kann im rumänischen Schadenersatzrecht nicht die Lehre von der „*conditio sine qua non*“ zugrunde gelegt werden, also kommen die Folgen dieser Lehre, die von der österreichischen Rechtslehre kritisiert wurden⁶¹ (dass keiner von der handelnden für den Erfolg verantwortlich gemacht werden könnte so dass der Geschädigte leer ausginge) nicht in Frage. Die rumänische Rechtslehre erwähnt und analysiert zwar mehrere Kausalitätstheorien, lehnt aber diese ab. So wird auch von der Äquivalenztheorie (Bedingungstheorie) - *conditio sine qua non* -, von der Adäquanztheorie oder von der im englischen Recht anwendbaren „Theorie der nächsten Ursache“⁶² mit ihrer amerikanischen Variante „*the last clear chance*“ gesprochen. Laut der herrschenden Mehrheit der rumänischen Rechtslehre, wird aber die vom Professor Mihail Eliescu verfasste **Theorie des „Systems der unteilbaren Einheit zwischen der Ursache und den begünstigenden Umstände (Bedingungen)“**⁶³ **angenommen**, die als eine Synthese aller anderen Theorien betrachtet wird, auch vom Obersten Gerichtshof anerkannt wurde⁶⁴.

Wie schon früher erläutert, geht die Begründung dieser Theorie vom Gedanken aus, dass bei der Untersuchung der Ursächlichkeit (des ursächlichen Zusammenhangs) die Tatsache berücksichtigt werden muss, dass das ursächliche Ereignis nie alleine und einzeln (isoliert) handelt sondern immer unter gewissen Umständen welche, ohne den schädigenden Erfolg zu verursachen, trotzdem diesen begünstigt und die Entstehung des Verursachungsprozesses erleichtert haben, dessen Entwicklung beschleunigt und begünstigt, seine negativen Folgen verschlimmert (verschärft) oder sichergestellt haben. Eine abstrakte Möglichkeit, eine einfache Eventualität wurde so in eine konkrete und aktuelle Möglichkeit umgewandelt welche zur realen negativen Folge geführt hat. In solchen Fällen, aus dem Sichtpunkt der zivilrechtlichen Haftung, **bilden solche externe Umstände, welche zur Verwirklichung des schädigenden Erfolgs überwiegend beigetragen haben, zusammen mit dem**

verursachenden Ereignis, eine unteilbare Einheit, in dessen Rahmen solche Umstände, durch Interaktion (Wechselwirkung) mit der Ursache, **kausalen Charakter erhalten**⁶⁵.

Die Einheit dieser Umstände ist von der Tatsache gegeben, dass sie zur Verursachung des Schadens als ein Ganzes beigetragen haben, so dass **jedem der Elemente dieses Kausalkomplexes eine kausale Wirksamkeit anerkannt werden muss**⁶⁶. Anders gesagt, zwischen der Hauptursache und den Umständen gibt es eine unteilbare Einheit, der kausale Zusammenhang umfasst nicht nur die Handlungen welche die notwendige und direkte Ursache bilden, sondern auch die kausalen Bedingungen (Umstände), Handlungen welche die ursächliche Handlung ermöglicht oder deren schädigenden Erfolg verschlimmert (verschärft) oder sichergestellt haben. So ist im Bereich des Zivilrechts die Haftung der Anstifter, der Komplizen (Gehilfen), der Begünstiger und der Fehler aus dem Strafrecht zu erklären⁶⁷.

Wie laut der herrschenden Mehrheit der österreichischen Rechtslehre (zitiert von Koziol/Welser), **haften auch im rumänischen Recht in diesem Fall alle Täter, gemäß § 1003 des geltenden ZGB, solidarisch** und es stimmt, dass es nicht zum Nachteil des Geschädigten ausschlagen darf, dass mehrere Täter gleichzeitig rechtswidrige und schuldhaftige Handlungen gesetzt haben, die alle geeignet waren, den Schaden herbeizuführen. (§ 1003 des noch geltenden Zivilgesetzbuchs sieht vor, dass wenn mehrere Personen gemeinschaftlich und **vorsätzlich oder fahrlässig** einen Schaden verursachen diese **solidarisch haften**. Diese Vorschrift unterscheidet sich von § 1302 ABGB wo **nur für einen vorsätzlich herbeigeführten Schaden** die Schädiger **solidarisch haften**⁶⁸.)

Die **alternative Kausalität** wird von der Rechtslehre auch nicht erläutert, nicht einmal von der strafrechtlichen Literatur. Eine praktische, **konkrete Anwendung der alternativen Kausalität**, ohne aber dass dieser Begriff erwähnt wird, die als Beispiel verwendet werden könnte, ist die in § 322 Abs. 3 des geltenden Strafgesetzbuchs (*"Codul penal al României"*) aus dem Jahre 1968 (wiederverkündet im Gesetzblatt Nr. 65 vom 16.04.1997) enthaltene Vorschrift.

Im IX. Titel über "Straftaten die Beziehungen des sozialen Zusammenlebens verletzen" ist in § 322 "die Schlägerei" (die Beteiligung an einer Schlägerei) – *"Încăierarea"* - geregelt.

Die Teilnahme an so einer Schlägerei wird mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten oder Geldstrafe bestraft (Abs.1). Falls einer Person eine schwere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Gesundheit verursacht wurde, wird der Täter mit der für diese Straftat vorgesehenen Freiheitsstrafe bestraft, deren Höchstmaß um ein Jahr herabgesetzt wird. Für die anderen Teilnehmer gilt die in Abs. 1 vorgesehene Strafe.

Für den Fall, dass es nicht festgestellt werden kann welcher von den Teilnehmern die oben genannten Verletzungen verursacht hat, schreibt § 322 Abs. 3 **eine gleiche Behandlung aller Teilnehmer** vor: eine gleiche Freiheitsstrafe zwischen 6 Monaten und 5 Jahre für jeden Teilnehmer. Falls der Tod des Opfers verursacht wurde, ist die vorgesehene Freiheitsstrafe zwischen 3 und 15 Jahren.

Die Rechtslehre hat bezüglich der Kausalität dieser Straftat folgendes erläutert: "Wenn nicht festgestellt werden kann wer die Verletzung oder den Tod eines Teilnehmers verursacht hat, wirkt sich der kausale Zusammenhang auf alle Teilnehmer aus und wird durch die Feststellung ihrer Teilnahme auf jede Art und Weise an der Schlägerei nachgewiesen"⁶⁹.

Man kann sehen, dass es sich um eine **einheitliche Behandlung der Mittäter aus dem Standpunkt des Strafrechts** handelt. Weil aber, **in Abwesenheit jeder zivilrechtlichen Regelung**, wie schon erläutert, **die Grundsätze des Strafrechts im Bereich der Kausalität, des Verschuldens, der Entlastungsgründe**, usw. **auch vom Zivilrecht übernommen wurden**, gilt diese Sondervorschrift als Argument für die anzunehmende Lösung im Fall der alternativen Kausalität.

6. Arten der Schäden die vom Schadenersatzrecht umfasst werden (Vermögensschäden, immaterielle Schäden) und die Voraussetzungen die dafür bestehen. Der Schadenersatz im Falle der Körperverletzungen

Die Schäden werden von der rumänischen Rechtslehre nach verschiedenen Kriterien eingeteilt⁷⁰, doch die wichtigste Klassifizierung der Schäden ist nach dem Kriterium der Natur des Schadens, ob er wirtschaftlich oder nicht, ob er in Geld berechenbar (evaluierbar) ist oder nicht. Also sind die Schäden **Vermögensschäden** ("*daune patrimoniale*") oder **immaterielle, ideelle Schäden** ("*daune nepatrimoniale*", "*daune morale*").

Wie schon erwähnt, **gelten in beiden Fällen**, laut Rechtslehre und Rechtssprechung, **dieselben Voraussetzungen, also die allgemeinen Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch**⁷¹. Diese Schlussfolgerung beruht auf den in §§ 998 -999 enthaltene Vorschriften, welche die Ersatzpflicht des verursachten Schadens vorschreiben ohne den immateriellen Schaden vom Vermögensschaden zu unterscheiden, und wo das Gesetz keinen unterschied macht, soll auch die Rechtssprechung keinen unterschied machen: *ubi lex non distiguit, nec nos distinguere debemus*.⁷²

Der Begriff des Schadens als Element der zivilrechtlichen Haftung ist einheitlich. Die zwei Arten des Schadens sind Bestandteile eines einzigen Begriffes, das soll aus deren rumänischen Benennung hervorgehen: "*prejudiciu* (Schaden) *patrimonial* (*geldwert*); *prejudiciu nepatrimonial* (*nicht geldwert*).⁷³

Nach dem Vorbild des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte haben auch einige rumänischen Instanzen beschlossen als "gerechte Befriedigung (Genugtuung), dem Geschädigten als Ersatz des erlittenen Schadens, sowohl des Vermögensschadens, als auch des immateriellen Schadens, einen **Gesamtbetrag** zuzusprechen⁷⁴. Das ist **der beste praktische**, nicht nur theoretische, Beweis dafür, dass es für beide Arten des Schadens dieselben Voraussetzungen gibt.

Diese sind:

1. ein von einer anderen Person erlittene Schaden (*„prejudiciu“*), der in diesem Fall immateriell ist;
2. ein gesetzwidriges Verhalten (*„fapta ilicită“*) – Handlung oder Unterlassung;
3. ein Kausalzusammenhang (Verursachung, Kausalität) zwischen der Handlung und dem Schaden (*„raport de cauzalitate“*);
4. das Verschulden (*„culpa“*, *„vinovăția“*) des Schädigers und dessen Deliktsfähigkeit. Es ist leicht zu bemerken dass aufgezählten Kriterien dem österreichischem Recht vergleichbar sind.

Weil das geltende Zivilgesetzbuch nur **nur die wesentlichen, elementaren Grundsätze des Schadenersatzrechts enthält** (im ganzen 6 Paragrafe) **kann vom Eingehen auf Details, wie z.B. die im § 1328 ABGB enthaltenen Vorschriften, keine Rede sein.** (§ 1328 ABGB schreibt folgendes vor: *“Wer jemanden durch eine strafbare Handlung oder sonst durch Hinterlist, Drohung oder Ausnutzung eines Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses zur Beiwohnung oder sonst zu geschlechtlichen Handlungen mißbraucht, hat ihm den erlittenen Schaden und den entgangenen Gewinn zu ersetzen sowie eine angemessene Entschädigung für die erlittene Beeinträchtigung zu leisten.“*

So eine Vorschrift gibt es im rumänischen Zivilgesetzbuch leider nicht.

Um festzustellen welche Schäden im Falle einer Körperverletzung vom Ersatz umfasst sind muss eine kurze Analyse der immateriellen Schäden im gegenwärtigen rumänischen Zivilrecht durchgeführt werden.

Die ideellen Werte bei deren Verletzung Schadenersatz gebührt, werden vom Gesetzgeber und von der Rechtsprechung nur aus dem Standpunkt der Rechte, die einer Person eingeräumt werden können, in Betracht genommen. Das ist so zu erklären, dass die ideellen Werte des Menschen das Rechtssystem nur insofern interessieren als sie als subjektive Rechte geregelt sind. Die Klassifizierung der subjektiven nicht geldwerten Rechte kann nur im Verhältnis zu den Rechtsnormen gemacht werden, was die Bedeutung des **durch die Verordnung (Dekret) Nr. 31/1954 bezüglich der natürlichen und juristischen Personen gebildeten gesetzlichen Rahmens (heute noch in Kraft)** hervorhebt.

Dieses in den ersten Jahren des kommunistischen Regimes verabschiedete Gesetz wurde aber von der Rechtslehre heftig kritisiert⁷⁵ weil es zu restriktiv (beschränkend) und defizitär sei. Es **umfasst nicht wichtige ideelle Rechte, wie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit oder das Recht auf persönliche Freiheit, und zeigt auch nicht die Formen des immateriellen Schadens** im Falle der Verletzung solcher Werte.

Deshalb wurde von der rumänischen Rechtslehre **folgende Klassifizierung der ideellen subjektiven Rechte** aufgestellt⁷⁶:

- a) Rechte die mit der menschlichen Persönlichkeit eng verbunden sind, wie das Recht auf menschliche Existenz (menschliches Dasein) und körperliche Unversehrtheit, auf Unverletzlichkeit der Person und der Wohnung, das Recht auf Namen, Pseudonym, Ehre und Reputation (guten Ruf);

- b) Rechte die aus den ehelichen und Familienbeziehungen hervorgehen;
- c) Urheberrecht der Verfasser von Werken der Wissenschaft, Literatur und Kunst;
- d) Rechte der juristischen Personen, wie das Recht auf Benennung, Reputation, usw.

Für die **Klassifizierung der immateriellen Schäden nach dem Kriterium des Bereiches der menschlichen Persönlichkeit die verletzt wurde** verweist die rumänische Rechtslehre⁷⁷ auf die französische Literatur⁷⁸:

- a) Verletzungen der **körperlichen Persönlichkeit (Körperschäden)** die, im engen Sinne, körperliche Wunden (Verletzungen), Infirmität oder Krankheiten umfassen und, im weiteren Sinne, Entstellungsschäden (Verunstaltungsschäden) – *préjudice esthétique* -, die entgangene (entzogene) Lebensfreude (Beeinträchtigung des Wohlbefindens) – *préjudice d'agrément* - und die entgangene Lebensfreude des Kindes (*préjudice juvénile*) umfassen;
- b) Verletzungen der **affektiven Persönlichkeit (der Affektivität)** welche jene seelische Schmerzen umfassen, die vom Tode oder von der Infirmität einer beliebten Person zu der der Geschädigte eine besondere Gefühlsbeziehung hatte, von der Scheidung oder vom Verlöbnißbruch verursacht wurden.

Bezüglich des Verlöbnißbruches⁷⁹ hat die Rechtslehre betont, dass die Verlobung kein Vertrag ist und deshalb der Verlöbnißbruch keine Vertragshaftung zur Folge haben kann. Wer den Verlöbnißbruch durch arglistige Täuschung oder andere Art des Verschuldens verursacht hat, kann verpflichtet werden den verursachten materiellen oder immateriellen Schaden zu ersetzen.

- c) Verletzungen der **sozialen Persönlichkeit**, also Verletzung von Werten wie Ansehen, Ehre, Würde, Reputation, Privatleben, Name, Pseudonym, usw.

Bezüglich dieser Unterart der immateriellen Schäden hat die Rechtslehre hervorgehoben, dass die Entschädigung nicht den Ersatz der (durch Beleidigung, Verleumdung, falsche Verdächtigung, u.s.w.) verletzten Ehre darstellt, sondern eine Wiedergutmachung des ungerechterweise erlittenen seelischen Schmerzes⁸⁰.

Von all diesen Nichtvermögensschäden analysiert sowohl die rumänische⁸¹, als auch die französische⁸² Rechtslehre **die Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit** im besonderen unter der Benennung (unter dem Titel) "*préjudice corporel*"- "**Körperschäden**"- wegen der Wichtigkeit dieser Schäden die aus dem Wert der verletzten Rechte und ihrer Häufigkeit in der Judikatur hervorgeht.

Die **Körperschäden** werden folgendermaßen **eingeteilt**:

- Schäden die **aus körperlichen oder seelischen Schmerzen** bestehen (der Geldersatz für solche Schmerzen trägt den Namen *pretium doloris*);
- **Entstellungsschäden (Verunstaltungsschäden)** – *préjudice esthétique*. Der Geldersatz für solche Schäden trägt den Namen "Preis der Schönheit"-*pretium pulchritudinis*;
- **entgangene (entzogene) Lebensfreude (Beeinträchtigung des Wohlbefindens)** – *préjudice d'agrément, loss of amenity*;
- **Verlust der Lebenshoffnung** (*loss of expectation of life*);
- **entgangene Lebensfreude des Kindes** (*préjudice juvénile*). Der Geldersatz für solche Schäden trägt den Namen *pretium iuventutis*.

Von diesen Kategorien, **erleutert der Oberste Gerichtshof sehr deutlich die ersten drei Arten des immateriellen Schadens**, in der Begründung des Urteils der zivilrechtlichen und urheberrechtlichen Sektion Nr.1529 vom 6. März 2008⁸³.

1. So **"der Schaden der aus körperlichen oder seelischen Schmerzen besteht"** umfasst körperliche und seelische Leiden und Schmerzen (oder beide gleichfalls) die der Geschädigte, neben dem Vermögensschaden, erlitten hat. Diese sind als die häufigsten und schwersten (bedeutsamsten) der schädigenden Folgen der Körperverletzungen betrachtet. Die französische Rechtslehre behandelt sie unter der Benennung *pretium doloris*⁸⁴, die eigentlich den Geldersatz, den "Preis" den der Schädiger dem Geschädigten schuldet, bezeichnet. Die rumänische Rechtslehre zitiert das englische Vorbild⁸⁵, welche das körperliche und seelische Leiden (Schmerz) "*pain and suffering*" nennt. Dieser Begriff soll auch die Nervenerschütterung (Schock) wie auch alle seelischen Folgen (z. B. Herzensangst, Bangigkeit, Beklemmung) mit einbeziehen und wird von der Rechtslehre so interpretiert, dass obwohl er scheinbar eine doppelte Kategorie von Schäden suggeriert, eigentlich nur ausdrückt, dass das Leiden Folge der Körperverletzung selbst, oder der subsequenten (nachfolgenden) chirurgischen Eingriffe ist.

Der Ersatz des immateriellen Schadens, der aus körperlichen und seelischen Leiden besteht, stellt für das rumänische Schadenersatzrecht keine Neuheit dar. Die Klassiker der rumänischen Zivilrechtslehre⁸⁶ wie auch die alte Rechtsprechung haben das Recht auf so einem Schadenersatz im Falle der von einem Unfall oder vom Tod einer beliebigen Person verursachten Leiden anerkannt.

2. **Die Verunstaltungsschäden (Entstellungsschäden)** umfassen die Gesundheitsschäden und Verletzungen welche die körperliche Harmonie und das Aussehen einer Person beeinträchtigen und bezeichnen konkret die Entstellungen, Verunstaltungen und Narben die einer Person verursacht wurden, deren unangenehme Folgen, wie die Verhinderung des besseren

Fortkommens (der Durchsetzung der Person im Leben), wie auch die seelischen Leiden die von solchen Umständen hervorgerufen werden können. Diese Art von Körperschaden kann für eine bestimmte Person ein ärgerliches Handikap (Behinderung) darstellen, welches Komplexe und Unruhen hervorruft, die als Nebenwirkung die Ausschließung der betroffenen Person aus dem Sozialleben, deren Brandmarkung (Stigmatisierung) und deren Umwandlung in einen Außenseiter im Verhältnis zur Gesellschaft in welcher die Person lebt hat.

Nach dem Vorbild der französischen Literatur⁸⁷, hat auch die rumänische Rechtslehre betont, dass die Körperschäden, neben den verschiedenen Vermögensschäden, neben den immateriellen Schäden welche sich in körperliche Schmerzen ausdrücken, auch **”reine ideale (morale) Schmerzen”** umfasst, die die betroffene Person empfinden könnte wenn sie sich verstümmelt oder entstellt sieht, also den Entstellungsschaden (Verunstaltungsschaden) – *préjudice esthétique*.

Es wird aber weiter betont, dass dieser Verunstaltungsschaden auch **die Möglichkeit der Verursachung von Vermögensschäden einschließt**, wie z. B. im Falle der Empfangsdamen (Rezeptionistinnen) in Hotels und Stewardessen für welche die körperliche Harmonie sogar eine Bedingung zur Erfüllung ihres Berufes ist.⁸⁸ Der Geldersatz für den Verunstaltungsschaden wird in der französischen Literatur *”prix de la beauté”* (Preis der Schönheit) oder *”pretium pulchritudinis”* genannt⁸⁹.

3. Unter **Schaden durch die entgangene (entzogene) Lebensfreude** (Beeinträchtigung des Wohlbefindens) – *préjudice d’agrément, loss of amenity* - versteht man (wie in französischen und englischen Literatur) die Einschränkung der angenehmen Elemente des Lebens, und zwar der Elemente die Folge der Gefühle, des Geschlechtslebens und der Fähigkeit normale soziale Beziehungen zu unterhalten sind. Diese Art von Körperschaden wurde auch **”hedonistischer Schaden”** genannt (vom griechischen *”hedone”*= Vergnügen, Lust) weil er aus der **”Beeinträchtigung der Lebensfreude und des Vergnügens hervorgeht und aus dem Entgang der Möglichkeiten der seelischen Bereicherung, der Unterhaltung und Entspannung besteht.”**⁹⁰

Auch bei dieser Art von ideellem Schaden wurde betont, dass er **oft von einem Vermögensschaden begleitet ist** der in Geld ersetzt werden kann. So, stellt der Entgang der Bewegungsmöglichkeit einer Person als Folge eines Unfalls, was den Verzicht auf Spaziergänge, Ausflüge, Sport und kulturelle Veranstaltungen bedeutet, einen schweren ideellen Schaden dar. Dieser Schaden gewährt dem Geschädigten das Recht auf Schadenersatz, der aus solchen Mitteln besteht die ihm das Unterhaltungsbedürfnis ausgleichen (der Erwerb von Videoanlagen, Büchern, CD-s) oder aus technischen Bewegungsmitteln (z. B. der Kauf eines motorisierten, automatischen Rollstuhls).

Es ist wichtig hervorzuheben, dass der Ersatz der Verunstaltungsschäden (*préjudice esthétique*) und der Schäden durch die entgangene Lebensfreude (Beeinträchtigung des Wohlbefindens) – *préjudice d'agrément, loss of amenity* – **von der rumänischen Rechtslehre schon in den siebziger Jahren, mitten im kommunistischen Regime vertreten wurde⁹¹, trotz der viel kritisierten Entscheidung des Obersten Gerichtshofes** ("Anleitungsbeschluss" Nr. VII vom 29 Dezember 1952), die für alle rumänischen Instanzen verbindlich war, welche **den Geldersatz für ideelle Schäden untersagt hatte**⁹² weil er den fundamentalen Grundsätzen des sozialistischen Rechtssystems widerspricht⁹³.

7. Kriterien zur Berechnung der Höhe des Schmerzensgeldanspruches.

7.1. In Abwesenheit einer gesetzlichen Regelung im geltenden Zivilgesetzbuch bezüglich des Ersatzes des immateriellen Schadens sind die Kriterien zur Berechnung (Bewertung) dieses Schadens umstritten

Die Kritiken die gegen die Entschädigung in Geld des immateriellen Schadens ausgesprochen wurden brachten als Argument die Unmöglichkeit für einen ideellen Schaden einen materiellen Gegenwert (einen Vermögensersatz) festzusetzen. Die willkürliche (*arbitraire*) Schätzung der Ersatzpflicht im Verhältnis zur Höhe des Verschuldens und nicht zum Wert des Schadens ist von den Gegnern dieser Art der Entschädigung als das wichtigste Hindernis für die materielle Entschädigung des immateriellen Schadens betrachtet. Die rumänische Rechtslehre zitiert hier, wie so oft, die französische Rechtslehre⁹².

Es wird **der Unterschied zwischen dem Ersatz des materiellen und des immateriellen Schadens** betont.

Im ersten Fall ist die Berechnung des Umfangs der Ersatzpflicht des Schädigers einfacher, den der Schaden ist materiell und der Ersatz ist ebenfalls materiell, in Geld berechenbar (bewertbar). Der zu ersetzende Schaden umfasst sowohl den erlittenen Schaden (*damnum emergens*) und den entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*).⁹³

Bei der Haftung für immaterielle Schäden hingegen ist der Schaden ideell, zu einer Bewertung in Geld ungeeignet und deshalb schwer zu ersetzen.

Einige immaterielle Schäden sind etwas leichter festzustellen, wie z. B. jene die sich im Bereich des Gesellschaftslebens äußern – (Verleumdungen, Schmähungen). Andere ideelle Schäden, wie z.B. die seelischen, die viel intimer und schmerzhafter sind, verfolgen den Geschädigten manchmal über Jahre hinweg oder sogar das ganze Leben lang, sind also sehr schwer wahrzunehmen und nur die Erfahrung, die persönliche Fähigkeit des Richters in die Geheimnisse des menschlichen Lebens einzudringen können Voraussetzungen und Garantien für die Erkenntnis solcher immateriellen Schäden bilden⁹⁴.

Um die Höhe des immateriellen Schadens zu berechnen bevorzugt die Rechtslehre eine subjektive Analyse *in concreto* der Existenz (des Bestehens) und des Umfangs des Schadens wie auch der Korrelation des Ersatzes mit dem vom Geschädigten erlittenen seelischen oder körperlichen Schmerz.

Eine **objektive Schätzung in abstracto**, das auf statistischen Methoden oder auf eine vorausbestimmte Werteskala **wird abgelehnt**⁹⁵.

Eine **genaue, strenge Berechnung setzt gerichtsmedizinische Untersuchungen** wie auch eine **Erforschung der Persönlichkeit und der Psychologie des Geschädigten im Verhältnis zu seinem sozialen Milieu und den ethischen Prinzipien seiner Gesellschaft** vor. Eine solche Methode hätte aber eine **Festsetzung der Entschädigung im Verhältnis zur Vorstellung des Geschädigten und nicht zur Ermittlung durch den Richter** zur Folge. Gleichzeitig verhindert diese Methode den Schadenersatz gerade in jenen Fällen in welchen der Geschädigte schwer verletzt ist und sich in einem vegetativen Zustand befindet oder eines kleinen Kindes das seine Eltern verloren hat, also Personen die Ihren Schmerz nicht mit klarem Bewusstsein erleben oder nicht ausdrücken können.

7.2. Von der Rechtslehre zusammengefasste Kriterien zur Bewertung (Berechnung) der immateriellen Schäden

Die Kriterien zur Bewertung der immateriellen Schäden hängen von der Art des immateriellen Schadens ab. Man muss also auf die schon erläuterte Klassifizierung dieser Schäden zurückgreifen.

Was den **körperlichen Schmerz** betrifft verweist die rumänische Rechtslehre auf die französische Literatur welche die rechtsmedizinische Praxis zitiert, die Geräte zum Messen der Intensität des Schmerzes, solange dieser noch vorhanden ist, verwendet. Gleichzeitig gibt es auch Werteskala's auf deren Grund der Facharzt die Intensität des Schmerzes auch nach dessen Aufhören, im Verhältnis zur Schwere der Verletzung, schätzen kann⁹⁶. Für diesen körperlichen Schmerz gebührt Schadenersatz, abgesehen vom seelischen Schmerz der fast unmöglich zu quantifizieren (bewerten) ist.

Ähnlich erfolgt auch die Schätzung **der Entstellungsschäden (Verunstaltungsschäden) – *préjudice esthétique* -, der entgangenen (entzogenen) Lebensfreude** (Beeinträchtigung des Wohlbefindens) – *préjudice d'agrément*, es werden aber auch andere Elemente, wie das Geschlecht, das Alter, der Familienstand, die gesellschaftliche Stellung (Stand) und der Beruf des Opfers in Betracht genommen⁹⁷.

Der physiologische Schaden ist eine Kategorie die jene Schäden umfasst die sich aus Körperverletzungen ergeben und aus dem Entzug der Vorteile eines normalen Lebens des Opfers besteht. Wenn diese Verletzungen überhaupt keinen vermögentlichen (wirtschaftlichen) Verlust mit sich bringen, ist der Schaden als ein **reiner Nichvermögensschaden** betrachtet. **Wenn aber gleichzeitig auch die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt ist**, hauptsächlich im Falle einer dauernden Unfähigkeit, wird der Schaden als ein **Vermögensschaden** betrachtet und die Entschädigung auf Grund der vom Facharzt festgestellten Arbeitsunfähigkeitsstufe berechnet. Im Falle dieser Schadensart **gebührt Schadenersatz selbst wenn das Opfer, wegen den schweren Verletzungen, seines Zustandes nicht bewusst ist oder sich seines vorherigen Lebens nicht erinnert**.

Als Teil des physiologischen Schadens mit vermögentlichem Charakter gilt auch die **zusätzliche Anstrengung** des Geschädigten um seine vorherigen Lebensbedingungen zu bewahren⁹⁸.

Die Bewertung der **Verunstaltungsschäden** hängt von der Interpretierungsweise dieser Schadensart ab.

Es gibt **zwei Auffassungen**: die eine ist **restriktiv** und ist auf den Verlust einer Unterhaltungstätigkeit beschränkt; die andere ist **extensiv** und betrachtet den Schaden als einen funktionellen Schaden, welcher zusammengenommen die Einschränkung jeder Form des Vergnügens (der Annehmlichkeit) umfasst.

Die **ärztliche Bewertung des Verunstaltungsschadens** muss die Wichtigkeit (Gefährlichkeit) der Verletzung die von Fachärzten auch auf Grund einer Skala der Arbeitsunfähigkeit geschätzt wird, ohne dass diese verpflichtend ist, in Betracht nehmen. Außer der Arbeitsunfähigkeitsstufe gelten auch **andere Kriterien** wie das Alter, das Geschlecht oder der Beruf des Geschädigten.

Im Falle der restriktiven Auffassung, die sich auf den Verlust der Unterhaltungsmöglichkeit durch Sport, Kunst, usw. beschränkt, kann ein Ausgleich zwischen den Fähigkeiten des Opfers vor nach der schädigenden Handlung aus psychischem und soziologischem Standpunkt angeordnet werden. Andere Kriterien, wie das Alter und die allgemeine funktionelle Unfähigkeitsstufe als Folge der Verletzung, sind schon Elemente der extensiven Auffassung, die den Verlust eines normalen Lebens und die Umwandlung des Opfers in eine behinderte Person in allen Handlungen des Lebens in Betracht nimmt⁹⁹.

Falls der Geschädigte **eine junge Person** ist, deren Fähigkeit sich der Vorteile seines Alters zu erfreuen beeinträchtigt wurde, werden die konkreten Lebensumstände des Opfers in Betracht genommen. In diesem Fall stellt der Ersatz des Schadens durch die entgangene Lebensfreude (Beeinträchtigung des Wohlbefindens) – *préjudice d'agrément*- eine Sonderart des Schadens durch die entgangene Lebensfreude der Kinder oder jungen Leute (*préjudice juvénile*) dar.

Als besonders schwierig gilt die Schätzung der anderen immateriellen Schäden, die keine Körperschäden sind. So, z.B., **Verletzungen der sozialen Persönlichkeit**, also Verletzung von Werten wie Ansehen, Ehre, Würde, Reputation, Privatleben, Freiheit, Name, Pseudonym, usw. Diese stellen einen rein ideellen Schaden (Gefühlsschaden) dar und die Schwere (das Ausmaß) des Leidens hängt von der Gefühlsbeziehung (der seelischen Einstellung) des Opfers gegenüber dem persönlichen Leben und dem Familienleben ab. Selbstverständlich steht der Schaden im direkten Verhältnis zum verletzten Wert und zur Wichtigkeit der Verletzung.

Andere Kriterien zur Bewertung (Schätzung) des Schadens sind: der auf die Lebensbedingungen, den Beruf oder den Familienstand des Opfers ausgeübte Einfluss der Verletzung, wie auch andere Elemente des Gesellschaftsstandes (der sozialen Lage) des Geschädigten.

Die Schlussfolgerung der Rechtslehre ist, dass **diese Kriterien zur Schätzung des Schadens keine vollkommen objektive Grundlage (Basis) schaffen können**. Zu einer relativ gleichen Behandlung kann man nur durch die Berücksichtigung der

von der Rechtsprechung festgestellten Werte kommen, die aber jedenfalls nicht verpflichtend sondern nur orientativ (informativ) sind¹⁰⁰.

Dem Gericht muss das souveräne, unabhängige Recht anerkannt werden die Höhe und auch die Form des Schadenersatzes zu bestimmen, ob als Gesamtbetrag oder in der Form von wiederkehrenden Leistungen (einer Rente), die zu bevorzugen ist, weil sie im Falle einer Änderung der Umstände im Laufe der Zeit leichter anzupassen ist.

Die Gerichte sollen die reiche Rechtsprechung in diesem Bereich nur zur Orientierung in Betracht nehmen, denn es werden Forderungen zitiert die den Begriff des Schadenersatzes für ideelle Schäden, so wie er in den meisten europäischen Ländern verstanden wird, weit überschreiten.

So wird, z.B. die schweizerische Judikatur zitiert, wo für die Verletzung der Ehre eine Entschädigung zwischen 100 und 500 Schweizer Franks festgesetzt wurde.¹⁰¹

Im Vergleich zu diesen Beträgen, scheint der **von öffentlichen Persönlichkeiten in Rumänien für Beleidigungen seitens anderer Personen oder Journalisten verlangte Schadenersatz** **alls völlig übertrieben**. Für die während der Wahlkampagne im Jahre 1996 erlittenen Beleidigungen hat ein Kandidat 40 Milliarden Lei alte Währung (neue Währung = 4.000.000 Lei, cca 1.000.000 Eur) gefordert¹⁰². Davon 25 Milliarden von zwei politischen Parteien und 15 Milliarden von zwei Zeitungen, also insgesamt 30.000 Mal mehr als die Schweizer Gerichte für ähnliche schädigenden Handlungen als Schadenersatz gewährt haben.

Laut der Rechtslehre, bestätigen solche **leichtsinnige Forderungen, die die Tätigkeit der Instanzen belasten, die Unkenntnis des Begriffes und des Zweckes des Schadenersatzes für ideelle Schäden und eine Verachtung der nationalen Währung**. Die öffentliche Äußerung des Klägers, dass er den erhaltenen Betrag für Bauzwecke, soziale Zwecke oder für die Wahlkampagne seiner Partei verwenden wird, zeigt dass **das Rechtsinstitut des Schadenersatzes für ideelle Schäden zu anderen Zwecken als die dem Wesen dieses Rechtsinstituts eigen sind verwendet wird**, Zwecke die in den zivilisierten Ländern zur Spiritualität des Menschen und seiner Edelmut gehören¹⁰³.

In einigen Fällen hat der Gesetzgeber selbst einen Pauschalbetrag als Entschädigung festgesetzt, solche Fälle gibt es aber selten. In den meisten Fällen lässt der Gesetzgeber den Richtern die vollkommene Freiheit die Höhe der Entschädigung für immaterielle Schäden zu bestimmen.

7.3. Beispiele für die gesetzliche Bewertung des immateriellen Schadens :

Das Gesetz Nr. 118/1990 bezüglich der Gewährung einiger Rechte den Personen die von der am 6 März 1945 eingesetzten kommunistischen Diktatur aus politischen Gründen verfolgt wurden, ins Ausland verschleppt (deportiert) oder zu Gefangenen gemacht wurden (*"Decret -Lege Nr. 118 /1990 privind acordarea unor drepturi persoanelor persecutate din motive politice de dictatura instaurată*

cu începere de la 6 martie 1945, precum și celor deportate în străinătate ori constituite în prizonieri”), wiederverkündet im Gesetzblatt (*Monitorul Oficial al României*) Nr. 631/23.09.2009 auf Grund von § II der Dringlichkeitsverordnung Nr. 59/2008¹⁰⁴, mit einer neuen Nummerierung der Paragraphen.

Gemäß § 4 Abs. 1 dieses Gesetzes haben die in § 1 Abs 1, Buchstabe a), b) und e) und Abs.2, aufgezählte Personen das Recht auf **eine Monatsrente von 200 Lei** (cca. 50 Eur) für jedes in Haft, in anderen Ortschaften, in der Verschleppung oder Gefangenschaft verbrachtes Jahr, unabhängig davon ob sie Rentner sind oder nicht. Es ist die Rede von Personen die gemäß einem Haftbefehl verhaftet oder einem rechtskräftigen Urteil gemäß eine Freiheitsstrafe wegen politische Straftaten verbüßt haben, ihrer Freiheit durch Verwaltungsmaßnahmen beraubt wurden oder in der Untersuchungshaft der Unterdrückungsorgane waren, in eine andere Ortschaft versetzt wurden, ins Ausland nach dem 23. August 1944 verschleppt, nach dem 23. August 1944 von der Sowjetunion gefangengenommen wurden oder, falls sie schon vor diesem Zeitpunkt Gefangene der Sowjetunion waren, auch nach dem Waffenstillstand weiter aufgehalten wurden.

Gemäß § 4 Abs. 2, haben die in § 1 Abs 1., Buchstabe c) und d) aufgezählte Personen das Recht auf eine **Monatsrente von 100 Lei** (cca 25 Eur) für jedes im psychiatrischen Krankenhaus (falls sie widerrechtlich interniert wurden) oder im Zwangswohnsitz verbrachtes Jahr, unabhängig davon ob sie Rentner sind oder nicht.

Gemäß § 4 Abs. 3 werden diese Renten von der Regierung gleichzeitig mit den Pensionen (Altersrenten) und den anderen Rechten der Sozialversicherung indiziert (aktualisiert) um sie der Evolution (dem Verlauf) der Preise anzupassen.

Der Oberste Gerichtshof hat sich bezüglich der Rechtsnatur der vom Gesetz vorgesehenen Monatsrente geäußert. Der Zweck des Gesetzes ist eine Entschädigung für den erlittenen immateriellen Schaden durch die schweren, vom kommunistischen Regime auferlegte Lebensbedingungen, zu regeln. Weil auch der immaterielle Schaden in Geld ersetzt werden kann, bestätigt die durch das Gesetz festgelegte Entschädigung in der Form einer Monatsrente die Schlussfolgerung bezüglich der Rechtsnatur des von den erwähnten Personen erlittenen Schadens, und zwar dass dieser ein immaterieller Schaden ist¹⁰⁵.

Das Gesetz Nr. 221/2009 bezüglich der Strafurteile mit politischem Charakter und den ihnen gleichgestellten Verwaltungsmaßnahmen die im Zeitraum vom 6 März 1945 bis zum 22 Dezember 1989 gefällt wurden, verkündet im Gesetzblatt (*Monitorul Oficial al României*) Nr. 396 vom 11. 06. 2009. (*”Legea nr. 221/2009, privind condamnările cu caracter politic și măsurile administrative asimilate acestora, pronunțate în perioada 6 martie 1945–22 decembrie 1989”*).

Gemäß § 5 Abs.1 dieses Gesetzes hat jede Person die im Zeitraum zwischen dem 6. März 1945 und dem 22. Dezember 1989 politisch verurteilt wurde oder Opfer von Verwaltungsmaßnahmen mit politischem Charakter war das Recht, binnen einer Frist von 3 Jahren vom Inkrafttreten des Gesetzes, durch das Gericht

dem Staat Schadenersatz für den erlittenen ideellen, seelischen Schaden zu fordern. Dasselbe Recht haben, nach dem Tode der berechtigten Person, auch der Ehegatte oder die Ehegattin und die Deszendenten bis zum zweiten Grad. Ursprünglich war die Höhe dieser Entschädigung nicht durch das Gesetz begrenzt, es wurde nur vorgesehen, dass bei der Bewertung der Entschädigung auch die auf Grund des Gesetzes Nr. 118/1990 erhaltene Ersatzleistungen berücksichtigt werden müssen.

Später wurde aber die Dringlichkeitsverordnung der Regierung Nr. 62/2010¹⁰⁶ erlassen (verkündet im Gesetzblatt Nr. 446/2010) die den § 5 des Gesetzes geändert hat. Es wurde nun die Höhe des Ersatzes für den erlittenen ideellen Schaden eingeschränkt: Die politisch verurteilte Person oder das Opfer der politischen Verwaltungsmaßnahme hat das Recht auf höchstens 10.000 Eur; der Ehegatte oder Ehegattin und die Deszendenten ersten Grades haben das Recht auf höchstens 5.000 Eur; die Deszendenten II Grades haben das Recht auf höchstens 2.500 Eur.

Es wurden auch **Kriterien zur Berechnung (Bewertung) der Entschädigung** eingeführt. So, z. B. wird es vorgesehen, dass die Instanz die Dauer der Freiheitsstrafe, die von dem Urteil vergangene Zeit und die negativen körperlichen, seelischen und sozialen Folgen, wie auch die schon auf Grund des Gesetzes Nr. 118/1990 wie auch der Dringlichkeitsverordnung Nr. 214/1999 erhaltene Ersatzleistungen berücksichtigen muss.

In Abwesenheit irgendwelcher gesetzlichen Kriterien zur Bewertung des immateriellen Schadens, sind diese von der Dringlichkeitsverordnung zum ersten Mal eingeführten Elemente für die Instanzen sehr zweckmäßig.

Für die Opfer des kommunistischen Regimes und deren Nachfolger stellte aber diese neue Regelung eine bittere Enttäuschung dar und löste eine Welle von Kritiken aus. Viele der berechtigten Personen, sogar der Volksanwalt (Ombudsman) haben die Einrede der Verfassungswidrigkeit gegen diese Dringlichkeitsverordnung erhoben. Das Verfassungsgericht hat noch keinen Beschluss gefasst.

Die Dringlichkeitsverordnung sieht gleichzeitig auch das Recht der erwähnten Personen auf Schadenersatz für den erlittenen Vermögensschaden vor, also Entschädigung für die durch das Urteil oder durch die Verwaltungsmaßnahme beschlagnahmten Sachen.

Die Gewährung von Schadenersatz für die vom Staat widerrechtlich beschlagnahmten Sachen, hauptsächlich Liegenschaften, hat die Einstellung des auf Grund der Gesetze Nr. 10/2001 oder 247/2005 (Gesetze die das allgemeine Rückerstattungsrecht für die vom kommunistischen Regime enteigneten Personen eingeführt hat) begonnenen Rückerstattungsverfahrens zur Folge.

7.4. Berechnung der Entschädigung in den Fällen in welchen es keine gesetzlichen Kriterien zur Bewertung des Schadens gibt.

Schlussfolgerungen der Rechtslehre auf Grund der Rechtsprechung

In den Fällen in welchen dem Geschädigten Schadenersatz auf Grund der allgemeinen Regeln der zivilrechtlichen Haftung (§§ 998 – 999, 1073 ZGB) oder auf Grund von Sondergesetzen gebührt und es keine gesetzliche Kriterien für die

Berechnung des Schadens gibt, haben die Richter die Aufgabe den Schaden zu bewerten. **Die Richter hatten das Dilemma zu lösen:**

- a. Sollten sie Kriterien zur Bestimmung der Höhe der Entschädigung finden oder
- b. genügt eine allgemeine Schätzung die nur auf Gerechtigkeitsgründen beruht.

In so einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes in der erst das Recht auf Schadenersatz, ohne Unterschied zwischen dem materiellen und immateriellen Schaden, anerkannt wurde, kam es zur Schlussfolgerung, dass zweifellos dem Opfer ein ideeller Schaden verursacht wurde weil es u.a **eine Gesichtslähmung** erlitten welche sein angenehmes Aussehen beeinträchtigt hat. "Die Entstellung des Gesichtes verhindert die Geschädigte ein normales, seinem Alter und seinem Geschlecht entsprechendes Leben zu führen, also muss der Beklagte der Klägerin **eine Entschädigung von 200.000 Lei** für den verursachten immateriellen Schaden zahlen"¹⁰⁷.

Im Kommentar dieses Urteils wird die Mühe der Richter unterstrichen, Elemente zu finden um die Wichtigkeit, die Schwere des Schadens schätzen zu können, selbst wenn der einzige Beweis dazu nur das rechtsmedizinische Gutachten war, und auch dieses als unvollständig betrachtet wurde weil es die Verletzungen nur beschreibt ohne deren Gefährlichkeit zu schätzen. Die Richter hätten viel bessere und ausführlichere Kriterien zur Schätzung des Schadens gehabt wenn das ärztliche Gutachten die Verletzungen in eine Gefährlichkeitsskala eingeordnet hätte, wenn dieses Gutachten mit einem psychiatrischen Gutachten ergänzt worden wäre dass auch die Auswirkungen der Verunstaltung auf das Seelenleben und den seelischen Schmerz des Opfers hervorgehoben hätte und wenn durch ein Gutachten über das soziale Umfeld des Geschädigten die Auswirkungen der Verunstaltung auf das soziale Leben erläutert worden wären.¹⁰⁸

In einem Urteil aus dem Jahre 2003 hat der Oberste Gerichtshof Folgendes entschieden¹⁰⁹: Die Berechnung des immateriellen Schadens **ist keinen gesetzlichen Kriterien unterworfen**. In einem solchen Fall wird der Umfang des Schadenersatzes **durch Abschätzung**, als Folge der Anwendung **folgender Kriterien, von den Richtern festgesetzt**: die vom Geschädigten ertragenen negativen körperlichen und seelischen Folgen der Tat, die Wichtigkeit der verletzten Werte und das Maß in welchen diese verletzt wurden, die Intensität mit welcher der Geschädigte die Nachwirkungen der widerrechtlichen Tat verspürt hat, das Maß in welchem sein Gesellschafts-, Berufs- und Familienleben beeinträchtigt wurde. All diese Kriterien sind einer vernünftigen, besonnenen, auf einer gerechten Grundlage begründeten Schätzung, die dem realen, tatsächlichen Schaden entsprechen soll, unterworfen.

In einem anderen Fall hat der Oberste Gerichtshof beschlossen, dass **die Verletzung der Ehre** einen ideellen Schaden darstellt für welchen Schadenersatz in Geld gebührt, der auf Grund der Schätzung seitens der Richter festgesetzt wird, doch die Schätzung darf nicht allgemein sein, sondern muss auf Kriterien die aus dem konkreten Fall hervorgehen beruhen"¹¹⁰.

Eine andere Entscheidung des Obersten Gerichtshofes betrifft die **widerrechtliche Verhaftung** einer Person für eine schwere Straftat (Bestechung) die sie nicht begangen hat, was besondere seelische, soziale und berufliche Folgen gehabt hat. Diese Folgen stellen einen ideellen Schaden dar, für welchen Schadenersatz gebührt in der Höhe die von der ersten Instanz richtig festgesetzt wurde (ohne diese Höhe aber zu konkretisieren).¹¹¹

Es wurde auch beschlossen, dass der Gefühlsschaden, ein rein ideeller Schaden, den der Ehemann des ermordeten Opfers erlitten hat, wegen den besonderen Gefühlsbeziehungen die er zu seiner Ehegattin hatte, denselben schädigenden Charakter wie jeglicher Schaden hat, und also ersetzt werden muss weil das Gesetz nicht zwischen dem materiellen und immateriellen Schaden unterscheidet.¹¹²

Die Rechtsliteratur erläutert dieses Urteil und hebt hervor, dass die Höhe der Entschädigung im Verhältnis zum seelischen Schmerz festgesetzt wurde, der von rein persönlichen Gefühlen (Empfinden) abhängig ist. Das wäre laut der Rechtslehre eine gewagte, riskante Idee und außerdem kann sie zu einer Erbitterung (Exazerbation) der intimen seelischen Zustände führen.¹¹³

Eine Entschädigung von 10.000 Lei (cca 2.500 Eur) wurde als richtig für die Folgen eines **Verkehrsunfalls** gefunden, in einem Fall in welchem der Geschädigte 45 Tage im Krankenhaus interniert war und für die Heilung seines beschädigten Knies sich ärztlich behandeln musste, kein normales soziales Leben führen konnte, längere Zeit die physischen Anstrengungen meiden musste und auch anderen Einschränkungen unterzogen war. Außerdem musste er, als Lehrer, zusätzliche Anstrengung machen um seinen Beruf ausüben zu können.¹¹⁴

Im Bereich der **Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung** wurde Folgendes beschlossen:

Als Folge einer **Vergewaltigung und Beischlafes zwischen Verwandten** (die Geschädigte wurde von ihrem Bruder vergewaltigt) wurde der Angeklagte verpflichtet Schadenersatz für den verursachten ideellen Schaden im Wert von 8.000 Lei zu leisten¹¹⁵. Die Begründung dieser Entscheidung war, dass die seelische Unversehrtheit und die Affektivität (das Gefühlsleben) des Mädchens verletzt wurden und dass ihm ein psychisches Trauma verursacht wurde. Das Mädchen musste nicht nur den sexuellen Missbrauch sondern auch die Angst dulden, dass sich so eine Straftat wiederholen könnte. Hinzu fügt sich noch die Verlegenheit und die Schande darüber sprechen zu müssen und verhöhrt zu werden.

In einem anderen **Vergewaltigungsfall** wurde dem Opfer ein Schadenersatz von 50.000 Lei zugesprochen mit der Begründung, dass es "körperliche und seelische Schmerzen erlitten hat die es gezwungen haben sich ärztlichen Untersuchungen und psychologischen Beratungen zu unterwerfen"¹¹⁶.

Für einen als Folge eines Vergewaltigungsversuchs verursachten Verunstaltungsschaden ("*prix de la beauté*" - Preis der Schönheit) wurden der Geschädigten eine Entschädigung von 200.000 Lei zugesprochen. Die sechzehnjährige

Schülerin ist vom Motorrad des Angeklagten herabgesprungen um der Vergewaltigung zu entgehen und hat verschiedene Wunden erlitten, u.a. auch eine Verunstaltung des Gesichtes, was sie verhindert ein normales, seines Alters, Geschlechts und seiner sozialen Lage entsprechendes Leben zu führen.¹¹⁷

Ein weiteres Urteil betrifft einen **Mordversuch**. Ein junger Mann (im Alter von 25 Jahren) wurde mehrmals mit dem Messer u.a. auch in die Lunge erstochen und dann in den Fluss Olt geworfen mit der Absicht ermordet zu werden. Das Opfer lag lange Zeit im Krankenhaus, musste mehrere Male operiert und dann weiter ärztlich betreut werden und hat in dieser Zeitspanne weiter Schmerzen empfunden. "Das Ertragen des Krankenhausmilieus, das Bewusstsein krank zu sein, der seelische Schmerz von einem normalen, dem Alter entsprechenden Leben beraubt zu werden, setzen ein psychisches Leiden vor für welches Schadenersatz gebührt. Unter solchen Umständen ist der Wert der Entschädigung von 50.000 Lei berechtigt."¹¹⁸

Die ausführliche Beschreibung der Umstände in welchen die schädigende Tat begangen wurde, des Alters des Opfers, dessen Verletzungen, der ärztlichen Eingriffe und der weiteren Folgen der Verletzungen bilden eine Basis für die Begründung des Schadenersatzes. **Gleichzeitig (implizite) werden Kriterien zur Berechnung des immateriellen Schadens aufgestellt.**

Die Rechtssprechung in Rumänien hat sich in jene Richtung entwickelt, dass die Klage durch welche Geldersatz für immateriellen Schaden beantragt wird sowohl begründet als auch bewiesen werden muss. Es bleibt aber umstritten ob die Richter die Erwägungen auf welchen die Berechnung der Entschädigung beruht ausführlich erläutern müssen, oder ob eine allgemeine Begründung ihrer Entscheidung die sich nur auf Gerechtigkeitsmotiven stützt ausreicht.

Zum Unterschied von anderen zivilrechtlichen Entschädigungen **kann man bei immateriellen Schäden keine materiellen Beweise erbringen, die Richter allein können, auf Grund der vom Geschädigten erlittenen Folgen, einen Gesamtbetrag schätzen** welcher alles Ungemach das der Geschädigte erlitten hat ausgleichen soll. Es ist also eine objektive, konkrete Berechnung des Vermögenswertes der den immateriellen Schaden ersetzen kann.

Einige Instanzen haben beschlossen, dass die vom Nebenkläger ("*partie civile*") im Strafverfahren gegen den Beschuldigten erhobene Privatklage durch welche er den Ersatz eines ideellen Schadens beantragt, ohne das Bestehen eines solchen Schadens zu begründen und ohne jegliche Beweise zu erbringen, nicht annehmbar ist.¹¹⁹

Diesem Grundsatz zuwider hat das Landesgericht Bukarest, z. B. beschlossen, dass die erste Instanz den Angeklagten richtig, auf Grund der in § 184 Abs. 2 vorgesehenen Straftat, verurteilt hat dem Geschädigten Schadenersatz im Wert von 100.000 Lei zu leisten obwohl der Nebenkläger (Geschädigte) keine Beweise erbracht hat. Die Begründung des Urteils war, dass der Angeklagte fahrlässig dem

Geschädigten ein Auge ausgestochen hat und ihm, neben dem aus dem Wert der ärztlichen Behandlung bestehenden materiellen Schaden, auch einen immateriellen Schaden verursacht hat.¹²⁰ Das Urteil wurde von der Rechtslehre kritisiert. Zwar gibt es eine gesetzliche unwiderrufliche Vermutung (*iuris et de iure*), dass der Mensch Inhaber der Persönlichkeitsrechte sei, doch das Interesse diese Rechte auszuüben muss der Inhaber des Rechts ausdrücklich äußern, im Gegenfall kann ihm kein Schadenersatz zugesprochen werden.¹²¹

7.5. Kriterien zur Bewertung der immateriellen Schäden im neuen rumänischen Zivilgesetzbuch

Wie schon erläutert, war im alten Gesetzbuch die Ersetzung des immateriellen Schadens nur auf Grund Interpretierung durch die Rechtslehre und Rechtsprechung der §§ 998 – 999 ZGB möglich, weil diese Texte keinen Unterschied zwischen dem materiellen und immateriellen Schaden machen.

Im neuen ZGB von 2009 wird der Grundsatz des Schadenersatzes für immaterielle Schäden zum ersten Mal, in § 1391, ausdrücklich vorgesehen: "Im Falle der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Gesundheit kann Schadenersatz für die Einschränkung des Familien- und Gesellschaftslebens gewährt werden" (§ 1391 Abs.1.). Für den seelischen Schmerz der durch den Tod des Opfers verursacht wurde kann Schadenersatz nicht nur den nahen Verwandten (Aszendenten, Deszendenten, Brüder, Schwestern und Ehegatte) sondern auch jeglicher Person die einen solchen Schaden beweisen kann gewährt werden. Das Recht auf Schadenersatz für solche Schäden ist nicht vererblich. Die Erben haben aber das Recht die vom Opfer noch zu Lebzeiten erhobene Schadenersatzklage weiterzuführen (§ 1391 Abs.4.)

Die ausdrückliche Regelung des Schadenersatzes auch für immaterielle Schäden im ZGB ist selbstverständlich lobenswert. Leider ist die Regelung sehr summarisch, sehr kurz im Verhältnis zu den zahlreichen Aspekten die in den letzten Jahren von der Rechtsprechung und von der Rechtslehre hervorgehoben wurden.

§ 1391 zählt als Rechtsgrundlage für den Ersatz des immateriellen Schadens auf: "**die Einschränkung des Familien- und Gesellschaftslebens**" (im Falle der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Gesundheit), "**der vom Tod des Opfers verursachte seelische Schmerz**" und "**die Verletzung der Rechte die jedem Rechtssubjekt eigen sind**".

Man kann feststellen, dass alle drei Kategorien von immateriellen Schäden vertreten sind, die sowohl von der rumänischen als auch von der französischen Literatur **nach dem Kriterium des Bereiches der menschlichen Persönlichkeit die verletzt wurde** eingeteilt werden¹²²:

- a) Verletzungen der **körperlichen Persönlichkeit (Körperschäden)**;
- b) Verletzungen der **affektiven Persönlichkeit (der Affektivität)**;
- c) Verletzungen der **sozialen Persönlichkeit**.

Leider wurde aber die Kategorie der immateriellen Schäden, die durch **Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit** verursacht wurden und die wegen der Wichtigkeit dieser Schäden die aus dem Wert der verletzten Rechte und ihrer Häufigkeit in der Judikatur hervorgeht, sowohl von der rumänischen¹²³, als auch von der französischen¹²⁴ Rechtslehre unter der Benennung (unter dem Titel) **"préjudice corporel"- "Körperschäden"**- analysiert werden, wesentlich eingeschränkt und vereinfacht.

Es wird nichts von den Schäden die aus **körperlichen und seelischen Schmerzen** bestehen ("*pain and suffering*") erwähnt, die von der französischen Rechtslehre unter der Benennung *pretium doloris*¹²⁵ (eine Benennung die eigentlich den Geldersatz, also den "Preis" welchen der Schädiger dem Geschädigten schuldet bezeichnet) analysiert wurden. Der Ersatz solcher Schäden wurde von der rumänischen Rechtslehre schon in der Zwischenkriegszeit vertreten¹²⁶.

Es wird auch nichts vom **Verunstaltungsschaden** erwähnt, dessen Geldersatz in der französischen Literatur "*prix de la beauté*" (Preis der Schönheit) oder "*pretium pulchritudinis*" genannt wird¹²⁷. Der Schadenersatz für solche immaterielle Schäden wurde schon in den siebziger Jahren, zusammen mit dem Ersatz für den durch die entgangene Lebensfreude (Beeinträchtigung des Wohlbefindens) verursachten Schadens (*préjudice d'agrément, loss of amenity*) von der rumänischen Rechtslehre¹²⁸ anerkannt, **trotz der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes** ("Anleitungsbeschluss" Nr. VII vom 29 Dezember 1952), die **den Geldersatz für ideelle Schäden untersagt hatte** "weil er den fundamentalen Grundsätzen des sozialistischen Rechtssystems widerspricht".

Von den Arten des ideellen Schadens die von der Rechtslehre erläutert wurden **fehlt im neuen ZGB auch "der Verlust der Lebenshoffnung"** (*loss of expectation of life*).

Die **Weglassung dieser Arten von immateriellen Schäden ist schwer zu verstehen**, weil **sogar die jüngste Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes wenigstens ersten zwei Arten erwähnt und erläutert**. In diesem Sinne, zitiere ich das Urteil des Obersten Gerichtshofes, zivilrechtliche und urheberrechtliche Sektion, Nr.1529 vom 6. März 2008, das anlässlich der in Wien, zwischen dem 16 und 18 April 2009, veranstalteten 8-ten Konferenz für Europäisches Schadenersatzrecht¹²⁹ ("8th Annual Conference on European Tort Law"), im Rahmen des Rumänienberichtes analysiert wurde¹³⁰.

Was **die entgangene Lebensfreude** (Beeinträchtigung des Wohlbefindens - *préjudice d'agrément, loss of amenity*) betrifft, kann man zugeben, dass sich diese Art des immateriellen Schadens in der vom ZGB erwähnten Kategorie **"die Einschränkung des Familien- und Gesellschaftslebens"** wiederfindet. Diese Schlussfolgerung ergibt sich aus der Untersuchung der Definition dieser Art von immateriellen Schäden die in der rumänischen, französischen und englischen Literatur zu finden ist¹³¹, also: "die Einschränkung der angenehmen Elemente des Lebens, und zwar der Elemente die Folge der Gefühle, des Geschlechtslebens und der Fähigkeit normale soziale Beziehungen zu unterhalten sind".

Was die Verletzungen der **affektiven Persönlichkeit (der Affektivität)** betrifft, kann man diese in der im § 1391 Abs.2 enthaltenen Vorschrift erkennen, wo "der vom Tode des Opfers verursachte seelische Schmerz" erwähnt wird.

8. Schlussfolgerung

Wie es aus dieser Abhandlung über die aktuelle Lage des rumänischen Schadenersatzrechts hervorgeht, ist der Ersatz des immateriellen Schadens ein Werk ausschließlich der Rechtslehre, die von der Rechtssprechung übernommen wurde. Die 6 Paragraphen des alten Zivilgesetzbuches enthalten nur allgemeine Vorschriften der deliktischen Haftung. Aus diesen Grundsätzen konnte die Rechtswissenschaft einige Regeln des Ersatzes der immateriellen Schäden ableiten. So, z.B. auf Grund einer generischen Interpretierung von §§ 998 – 999 des geltenden Zivilgesetzbuches, die keinen Unterschied zwischen dem materiellen und immateriellen Schaden machen, wurde die Schlussfolgerung gezogen, dass auch immaterielle Schäden ersetzt werden müssen.

Doch die meisten Regeln des Schadenersatzes im Bereich der immateriellen Schäden haben als Rechtsgrundlage die von der Rechtslehre und Jurisprudenz bestimmten Grundsätze, also außerhalb des Zivilgesetzbuches. Die Rechtslehre und Rechtssprechung sind aber nicht als Rechtsquellen anerkannt. Deshalb war es die höchste Zeit, dass die Regelung des Schadenersatzes im Bereich der immateriellen Schäden durch das Zivilgesetzbuch und nicht parallel erfolgt.

Glücklicherweise hat das neue Zivilgesetzbuch von 2009 die wichtigsten von der Rechtslehre bestimmten Grundsätze mit einbezogen. Es ist ein bedeutender Fortschritt von nur 6 Paragraphen im alten zu 46 Paragraphen im neuen Zivilgesetzbuch.

Bedauerlich ist aber, dass das neue ZGB die Kategorie der immateriellen Schäden, die durch **Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit** verursacht wurden und die, wegen der Wichtigkeit dieser Schäden die aus dem Wert der verletzten Rechte und ihrer Häufigkeit in der Judikatur hervorgeht, sowohl von der rumänischen, als auch von der französischen Rechtslehre unter der Benennung "*préjudice corporel*", "**Körperschäden**"- analysiert werden, wesentlich eingeschränkt und vereinfacht hat. Es wird nichts von den Schäden die aus **körperlichen und seelischen Schmerzen** bestehen ("*pain and suffering*" "*pretium doloris*"), von **Verunstaltungsschäden** ("*prix de la beauté*") erwähnt, obwohl der Schadenersatz für solche immaterielle Schäden schon in den siebziger Jahren, zusammen mit dem Ersatz für den durch die entgangene Lebensfreude verursachten Schadens ("*préjudice d'agrément*", "*loss of amenity*") von der rumänischen Rechtslehre, der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes Nr. VII vom 29 Dezember 1952 zuwider, anerkannt wurde.

Von den Arten des ideellen Schadens die von der Rechtslehre erläutert wurden **fehlt im neuen ZGB auch "der Verlust der Lebenshoffnung"** ("*loss of expectation of life*").

Wie ich schon betont habe, ist die **Weglassung dieser Arten von immateriellen Schäden schwer zu verstehen**, weil **sogar die jüngste Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes wenigstens die ersten zwei Arten erwähnt und erläutert**. Ich habe diese hier zitierten Urteile des Obersten Gerichtshofes anlässlich der in Wien jährlich veranstalteten Konferenz für Europäisches Schadenersatzrecht ("Annual Conference on European Tort Law"), analysiert und als Beispiel für die von der Rechtsprechung bestimmten Arten des immateriellen Schadens gegeben. Leider stellt, aus diesem Standpunkt, die Regelung im neuen ZGB eine Enttäuschung dar.

* Univ.-Doz.Dr., Universität "Vasile Goldiș" Arad – Rumänien; christian.alunaru@googlemail.com

¹ Der Autor dieses Beitrags ist Mitglied des Deutschen Juristentages e.V. seit 1994 und außerordentliches Mitglied des Österreichischen Juristentages seit 1997 und hat seitdem an alle Veranstaltungen dieser Vereine teilgenommen. Er ist Mitglied des "Wiener Arbeitskreises" der Forschungsstelle für Europäische Rechtsentwicklung und Privatrechtsreform der Universität Wien (Rechtswissenschaftliche Fakultät). Als Mitglied des "European Centre of Tort and Insurance Law" der Österreichischen Akademie der Wissenschaften verfasst er jährlich den Jahresbericht Rumäniens über die Entwicklung des rumänischen Schadenersatzrechts für die "Annual Conference on European Tort Law" in Wien. Die Berichte wurden in folgenden Jahrbüchern veröffentlicht: *C. Alunaru, L. Bojin*, XXI Romania. Legislation, Cases, Literature, in "European Tort Law, Yearbook 2007", Springer Vienna – New York, 2008, 497 – 520; *idem*, XXII Romania. Legislation, Cases, Literature, in "European Tort Law, Yearbook 2008", Springer Vienna – New York, 2009, 541 – 570; *idem*, XXII Romania. Legislation, Cases, Literature, in "European Tort Law, Yearbook 2009", De Gruyter, Berlin – New York, 2010, 525 – 558.

² *Lacrima Rodica Boilă*, Răspunderea civilă delictuală subiectivă (Die zivilrechtliche subjektive Deliktshaftung «Verschuldenshaftung»), Verlag C. H. Beck, București 2009, 1 -12, 173 – 213, 300 – 305.

³ *Lacrima Rodica Boilă*, Răspunderea civilă delictuală obiectivă (Die zivilrechtliche objektive Deliktshaftung «Verschuldensunabhängige Haftung»), Verlag C. H. Beck, București 2008, 109 – 171, 252 – 278, 290 – 305.

⁴ Siehe : *Gheorghe Vintilă, Constantin Furtună*, Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență. (Die immateriellen Schäden. Abhandlung über die Rechtslehre und Rechtssprechung), Verlag All Beck, București 2002, 62 – 63.

⁵ *Iulia Albu*, Repararea prejudiciului cauzat prin vătămări corporale (Ersatz der durch Körperverletzungen verursachten Schäden), Editura (Verlag) Lumina lex, București 1997, 13 -14 ;
Ioan Albu, Victor Ursa, Răspunderea civilă pentru daunele morale (Die zivilrechtliche Haftung für immaterielle Schäden), Editura (Verlag) Dacia Cluj-Napoca, 1979, 166-182, 284ff ;
Corneliu Turianu, Răspunderea civilă delictuală. Răspunderea civilă pentru daunele morale (Die zivilrechtliche Deliktshaftung. Die Haftung für immaterielle Schäden), Verlag Wolters Kluwer, București 2009, 175.

Ion Dogaru, Pompil Drăghici, Bazele Dreptului Civil. Volumul III. Teoria generală a obligațiilor (Die Grundlagen des Zivilrechts. Band III. Allgemeines Schuldrecht), Verlag C. H. Beck, București, 2009, 245.

⁶ Siehe: *M. Eliescu*, Raportul dintre răspunderea contractuală și cea delictuală. Problema cumulului celor două responsabilități în dreptul RPR (Das Verhältnis zwischen der vertraglichen und der deliktischen Haftung. Das Problem der Kumulation - des Zusammentreffens - der beiden Haftungen), in "Studii și cercetări juridice", Nr. 1/1963, 25ff. *Idem*, Răspunderea civilă delictuală (Deliktshaftung), Editura (Verlag) Academiei, București 1972;

R. Sanlievici, Dreptul la opțiunea între temeiul contractual și cel delictual al răspunderii civile (Das Optionsrecht zwischen der vertraglichen und der deliktischen Grundlage der zivilrechtlichen Haftung), in "Revista Română de Drept", Nr. 2/1967, 33 ff.; *C. Stătescu*, Cu privire la raportul dintre norma de drept procesual și norma de drept substantial. Implicații cu privire la cummul răspunderii civile delictuale și răspunderea contractuală (Über das Verhältnis zwischen der verfahrensrechtlichen und der materiellrechtlichen Vorschrift. Konsequenzen bezüglich der Kumulation - des Zusammentreffens - der deliktischen und der vertraglichen Haftung), in "Revista română de drept" Nr. 5/1981, 7-13; *L. Mihai, V. Stoica*, În legătură cu incidenta răspunderii civile delictuale în raporturile dintre părțile din contract (Bezüglich der Anwendbarkeit der Deliktshaftung im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien), in "Revista Română de Drept" Nr. 9/1983, 8 -14;

Liviu Pop, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor (Zivilrecht. Allgemeines Schuldrecht), Editura (Verlag) Lumina lex, București 1998, 356 – 357.

⁷ Plenul Tribunalului Suprem, Decizia de îndrumare (Anleitungs -Plenentscheidung des "Obersten Gerichts") Nr. 11 vom 2 August 1965, in "Justiția Nouă" Nr. 8/1965, 109. **Anmerkung: Vor 1989 war die Benennung des Obersten Gerichtshofes "Tribunalul Suprem", die wir mit "Das Oberste Gericht" übersetzt haben. Wo nach 1989 schon die Benennung "Curtea Supremă" erscheint ,haben wir sie mit "Der Oberste Gerichtshof" übersetzt. Heute heißt dieses Gericht "Înalta Curte de Casație și Justiție" = "Der Hohe Kassations- und Justizhof".**

⁸ Die Vertragshaftung, als ein von der deliktischen Haftung getrenntes Rechtsinstitut, ist wichtig weil, wie wir später erläutern werden, in Abwesenheit einer ausführlichen Regelung der deliktischen Haftung im geltenden ZGB, manche Grundsätze (z.B. bezüglich der Entlastungsgründe) aus den Vorschriften der Vertragshaftung abgeleitet wurden.

⁹ *T. R. Popescu, P. Anca*, Teoria generală a obligațiilor (Allgemeines Schuldrecht), Editura (Verlag) Științifică, București 1968, 320; *C. Stătescu, C. Bîrsan*, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor. Ediția a IX-a, revizuită și adăugită (Zivilrecht. Allgemeines Schuldrecht. IX. Neubearbeitete und ergänzte Auflage), București 2008, 330;

Ion Dogaru, Pompil Drăghici, Bazele dreptului civil. Volumul III. Teoria generală a obligațiilor (Die Grundlagen des Zivilrechts. Band III. Allgemeines Schuldrecht). Editura (Verlag) C. H. Beck, București, 2009, Cartea a IV-a "Efectele obligațiilor" (IV-tes Buch "Wirkungen der Schulden"), Titlul I. "Privire generală asupra efectelor obligațiilor" (Erster Titel "Übersicht über die Wirkungen der Schulden"), Secțiunea a 3-a "Executarea indirectă (prin echivalent) a obligațiilor civile (Dritter Abschnitt "Die Erfüllung der Schulden durch Ersatzleistung", p. 431 – 469.

¹⁰ *Liviu Pop*, Drept civil, Teoria generala a obligatiilor (Zivilrecht. Allgemeines Schuldrecht) Editura (Verlag) Lumina-lex, București 1998, Partea a II-a "Răspunderea civilă", Titlul III "Răspunderea civilă contractuală" (Zweiter Teil "Zivilrechtliche Haftung", III.Titel "Vertragshaftung"), 336 – 359.

Idem, Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. II Contractul (Zivilrecht. Traktat. Schuldrecht Band II. Der Vertrag), Editura (Verlag) Universul Juridic, București 2009, Titlul III "Efectele contractelor", Subtitlul III "Consecințele neexecutării contractelor", Capitolul I "Răspunderea contractuală" (III. Titel "Wirkungen der Verträge", III. Untertitel "Folgen der Vertragsverletzung", Erstes Kapitel "Vertragshaftung"), 644 – 707.

- ¹¹ Wiederverkündet im Gesetzblatt Nr.313 vom 22. April 2008, mit einer neuen Numerierung der Paragraphen, auf Grund von § V Buchstabe k. des Gesetzes Nr. 363/2007 bezüglich der Bekämpfung der unlauteren Geschäftspraktiken der Gewerbetreibenden in den Verhältnissen mit den Verbrauchern und der Harmonisierung der Vorschriften mit der Europäischen Rechtsordnung im Bereich Verbraucherschutz (Gesetzblatt Nr. 899 vom 28 Dezember 2007).
- ¹² *Liviu Pop*, Drept civil, Teoria generală a obligațiilor (Allgemeines Schuldrecht), 201 -203 ; *M. Eliescu*, Răspunderea civilă delictuală (Deliktshaftung), 101 – 102 ; *C. Stătescu*, *C. Bîrsan*, 145 – 147.
- ¹³ Tribunalul Suprem, Colegiul penal, (Oberstes Gericht, Strafrechtabteilung) Decizia (Urteil) Nr. 39/1963, in "Justitia Noua" Nr. 4/1964, 178; Tribunalul Municipiului București, Secția a II-a penala, (Landesgericht der Stadt Bukarest, II. Strafrechtliche Sektion) Decizia (Urteil) Nr. 593/1974, in Revista româna de Drept, nr. 10/1974, p. 74, cu nota de (mit der Anmerkung von) *O. Rădulescu* și *C. Bîrsan* ; Tribunalul Suprem, Colegiul civil (Oberstes Gericht, Zivilrechtabteilung) Decizia (Urteil) Nr. 971/1964, in "Legalitatea Populară" Nr. 12/1964, 80; Tribunalul Suprem, Colegiul penal, (Oberstes Gericht, Strafrechtabteilung) Decizia (Urteil) Nr. 446/1964, in "Justiția Nouă" Nr. 2/1964, 152 ; Tribunalul Suprem, Colegiul penal (Oberstes Gericht, Strafrechtabteilung) Decizia (Urteil) Nr. 495/1966 in "Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem 1966" (Urteilssammlung des OG 1966), 432 ; Tribunalul Suprem, Colegiul penal (Oberstes Gericht, Strafrechtabteilung), Urteil Nr. 2722/1970, in "Revista Română de Drept" Nr. 3/1971, 130.
- ¹⁴ *B. Starck*, Droit civil. Obligations, Librairies Techniques, Paris 1972, 53 – 55; *X. Pradel*, Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, in L.G.D.J., Paris, 2004, 187 ff.
- ¹⁵ *M. Anghel*, *Fr. Deak*, *M.F. Popa*, Răspunderea civilă (Die zivilrechtliche Haftung), Editura Științifică (Wissenschaftlicher Verlag), București 1970, 27 ; *Gh.Vintilă*, *C.Furtună*, 66 -67.
- ¹⁶ *Gheorghe Vintilă*, *Constantin Furtună*, 57.
- ¹⁷ *Liviu Pop*, Drept civil, Teoria generală a obligațiilor (Allgemeines Schuldrecht), Verlag Lumina Lex, București 1998, 199 ; *Constantin Stătescu*, *Corneliu Bîrsan*, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor (Zivilrecht. Allgemeines Schuldrecht), Ediția a IX-a revizută și adăugită (IX neubearbeitete und ergänzte Auflage, Editura (Verlag) Hamangiu, București 2008, 144 – 145.
- ¹⁸ *Liviu Pop*, 212 – 216 ; *C. Stătescu*, *C. Bîrsan*, 175 – 178.
- ¹⁹ *M. Banciu* ; Principiul exercitării drepturilor civile numai în scopurile în vederea cărora au fost recunoscute de lege (Der Grundatz der Ausübung der zivilen Rechte nur gemäß dem Zweck zu welchen sie vom Gesetz anerkannt wurden), in "Contribuția practicii judiciare la dezvoltarea principiilor dreptului civil român"(Der Beitrag der Rechtsprechung zur Entwicklung der Grundsätze des rumänischen Zivilrechts), Herausgeber *A.Ionașcu*, Editura Academiei (Verlag der Akademie), București 1978, 38 – 56; *Elisabeta Roșu*, Acțiunea civilă. Condiții de exercitare. Abuzul de drept (Die zivilrechtliche Klage. Bedingungen der Klageerhebung. Der Rechtsmissbrauch), Verlag C. H. Beck, București 2010, 178 ff.
- ²⁰ Zum Rechtsmissbrauch im rumänischen Zivilrecht: *Ioan Deleanu*, Drepturile subiective și abuzul de drept (Die subjektiven Rechte und der Rechtsmissbrauch), Verlag Dacia Cluj-Napoca, 1988, 50 – 133.
- ²¹ *Liviu Pop*, 217 – 222 ; *C. Stătescu*, *C. Bîrsan*, 183 - 194
- ²² *D. M. Walker*, The Law of Delict in Scotland, second edition, Edinburg 1981, 212 -214, zitiert von *Liviu Pop*, 219, Fn.3
- ²³ *Mihail Eliescu*, Răspunderea civilă delictuală, (Die zivilrechtliche Deliktshaftung), Editura Academiei (Verlag der Rumänischen Akademie), București 1972, 128 -139.

- ²⁴ Tribunalul Suprem, în complet de 7 judecători, (Oberstes Gericht in der Zusammensetzung des Gerichts aus 7 Richtern), Urteil Nr. 40/1987, in "Revista Română de Drept" (Rumänische Rechtszeitschrift) Nr. 1/1988, 72 ; Curtea Supremă de Justiție (Der Oberste Gerichtshof), secția penală (Strafrechtssektion), Urteil Nr. 765/1990, in "Dreptul" (Das Recht) Nr. 6/1991, 66 – 67.
- ²⁵ *Mihail Eliescu*, Răspunderea civilă delictuală, (Die zivilrechtliche Deliktshaftung), Editura Academiei (Verlag der Rumänischen Akademie), București 1972, 131.
- ²⁶ *Liviu Pop* 227 - 228; *M. Eliescu*, 183 – 184.
- ²⁷ *A. Man*, Criteriul departajării între creditor și debitor a prejudiciului cauzat prin culpa lor comună (Das Kriterium der Teilung des durch mitwirkendes Verschulden verursachten Schadens zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner) in *Revista Română de Drept* (Rumänische Rechtszeitschrift) Nr. 6/1988, 27 – 31.
- ²⁸ *Liviu Pop*, 234 ; *M. Eliescu*, 227 ; *T.R. Popescu, Petre Anca*, Teoria generală a obligațiilor (Allgemeines Schuldrecht), Editura Științifică (Wissenschaftlicher Verlag), București 1968, 195 – 197.
- ²⁹ *C. Stătescu, C. Bîrsan*, 203 – 204.
- ³⁰ §1169 ZGB : "Cel ce face o propunere înaintea judecății trebuie să o dovedească" (Wer vor dem Gericht etwas behauptet muss es auch beweisen)
- ³¹ *Aurelian Ionașcu*, Probele în procesul civil (Die Beweise im Zivilprozess), Editura științifică și enciclopedică (Wissenschaftlicher und enzyklopedischer Verlag), București 1969, 39 – 50.
- ³² *Gh. Vintilă, C. Furtună*, 92.
- ³³ *Nicolae Volonciu*, Tratat de procedură penală (Strafprozessrecht. Traktat) Band I, Verlag PAIDEIA, București 1993, 255.
- ³⁴ Tribunalul Regional Suceava (Landesgericht Suceava), Decizia penală (Strafurteil) Nr. 169/1967, in *Revista Română de Drept* (Die Rumänische Rechtszeitschrift) Nr. 12/1967, 153.
- ³⁵ *C. Furtună, Gh. Brenciu*, Acțiunea civilă și procesul penal (Die zivilrechtliche Klage und der Strafprozess). Editura (Verlag) Scrisul românesc, Craiova 1998, 7 – 8.
- ³⁶ Tribunalul Suprem, Secția penală (Das Oberste Gericht. Strafrechtliche Sektion), decizia (Urteil) Nr. 616/1976, in *Revista Română de Drept* (Die Rumänische Rechtszeitschrift) Nr. 10/1976, 65.
- ³⁷ Tribunalul Suprem, Secția penală (Das Oberste Gericht. Strafrechtliche Sektion), decizia (Urteil) Nr. 586/1971, in *Culegere de decizii 1971* (Urteilssammlung 1971), 423 ; Judecătoria Bistrița (Amtsgericht Bistritz), sentința penală (Strafurteil) Nr. 807/1984, in *Revista Română de Drept* (Die Rumänische Rechtszeitschrift) Nr. 7/1986, 58 ; siehe auch *C. Furtună, Gh. Brenciu*, 47.
- ³⁸ *Gh. Mateuț*, Unele probleme în legătură cu procedura constituirii de parte civilă în procesul penal (Einige Fragen bezüglich der Erhebung der Privatklage «Nebenklage» im Strafprozess), in "Dreptul" (Das Recht) Nr. 9/1996 ; *V. Papadopol*, *Culegere de practică judiciară penală pe anul 1992* (Strafrechtliche Rechtssprechungssammlung für das Jahr 1992), Casa de Editură și Presă Șansa SRL (Verlags- und Pressehaus Sansa), București 1993, 232.
- ³⁹ Curtea Supremă de Justiție, Secția penală (Der Oberste Gerichtshof, Strafrechtliche Sektion), decizia (Urteil) Nr. 1556/1991, zitiert von *I. Neagu*, 117 und *Gh. Vintilă, C. Furtună* 71, Fn. 3.
- ⁴⁰ Curtea Supremă de Justiție, Secția penală (Der Oberste Gerichtshof, Strafrechtliche Sektion), Decizia (Urteil) Nr. 2073/1992, in "Dreptul" (Das Recht) Nr. 7/1993, 95.

- ⁴¹ § 92 Abs. 2 des Strafgesetzbuches wurde in den fünfziger Jahren aufgehoben, als das Oberste Gericht der Volksrepublik Rumänien ("Tribunalul Suprem al Republicii Populare Române") durch die viel kritisierte Entscheidung ("Anleitungsbeschluss" Nr. VII vom 29. Dezember 1952, der für alle rumänischen Instanzen verbindlich war) den Geldersatz für ideelle Schäden untersagt hatte "weil er den fundamentalen Grundsätzen des sozialistischen Rechtssystems widerspricht".
- ⁴² *Liviu Pop*, 361 – 366.
- ⁴³ *C. Stătescu, C. Bîrsan*, 178 – 182.
- ⁴⁴ *Mihail Eliescu*, Răspunderea civilă delictuală, (Die zivilrechtliche Deliktshaftung), Editura Academiei (Verlag der Rumänischen Akademie), București 1972, 183.
- ⁴⁵ *V. Dongoroz u.a.*, Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea generală (Theoretische Erläuterungen des rumänischen Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil), Band I, Editura Academiei (Verlag der Akademie), București 1969, 349 ff.; *I. Oancea*, Drept penal. Partea generală (Strafrecht. Allgemeiner Teil), Editura Didactică și Pedagogică (Didaktischer und pädagogischer Verlag) București, 1971, 275 – 279.
- ⁴⁶ *M. Banciu*; Principiul exercitării drepturilor civile numai în scopurile în vederea cărora au fost recunoscute de lege (Der Grundsatz der Ausübung der zivilen Rechte nur gemäß dem Zweck zu welchen sie vom Gesetz anerkannt wurden), in "Contribuția practicii judiciare la dezvoltarea principiilor dreptului civil român" (Der Beitrag der Rechtsprechung zur Entwicklung der Grundsätze des rumänischen Zivilrechts), Herausgeber A. Ionașcu, Editura Academiei (Verlag der Akademie), București 1978, 38 – 51; *Ioan Deleanu*, Drepturile subiective și abuzul de drept (Die subjektiven Rechte und der Rechtsmissbrauch), Verlag Dacia Cluj-Napoca, 1988, 50 – 62; *D. Gherasim*, Buna credință în raporturile juridice civile (Der gute Glaube in den zivilen Rechtsverhältnissen), Editura Academiei (Verlag der Akademie), București 1981, 104 – 126.
- ⁴⁷ *D. Alexandrescu*, Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine, tomul al V-lea, (Theoretische und praktische Erläuterung des rumänischen Zivilrechts im Vergleich mit den alten Gesetzen und den wichtigsten ausländischen Gesetzgebungen, Band V.), Iași 1898, 186; *Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu*, Drept civil român. Obligațiile (Rumänisches Zivilrecht. Schuldrecht), București 1943, 210; *T.R. Popescu, P. Anca*, Teoria generală a obligațiilor (Allgemeines Schuldrecht), Editura Științifică (Wissenschaftlicher Verlag), București 1968, 239 ff.; *I.M. Anghel, Fr. Deak, M.F. Popa*, Răspunderea civilă (Die zivilrechtliche Haftung), Editura Științifică (Wissenschaftlicher Verlag), București 1970, 204 – 212; *M. Eliescu*, 201 – 221; *C. Stătescu, C. Bîrsan*, 208.
- ⁴⁸ *Liviu Pop*, 361 – 362.
- ⁴⁹ "Debitorul este osândit, de se cuvine, la plata de daune interese sau pentru neexecutarea obligației sau pentru întârzierea executării, cu toate că nu este rea-credință din parte-i, afară numai dacă nu va justifica că neexercitarea provine din o cauză străină, care nu-i poate fi imputată"
- ⁵⁰ Curtea de Apel București, Secția IV-a civilă (Oberlandesgericht Bukarest, IV Zivilrechtliche Sektion), Decizia (Urteil) Nr. 2862/1999 in CAB Culegere de decizii 1999 (Urteilssammlung des Oberlandesgerichts Bukarest 1999), 144 – 145.
- ⁵¹ *I. M. Anghel, Fr. Deak, M.F. Popa*, 79.
- ⁵² *C. Stătescu, C. Bîrsan*, 182.
- ⁵³ Der Begriff „absolut Nichtig“ („*nullité absolue*“) ist kein Pleonasmus, keine Doppelaussage, denn im rumänischen Zivilrecht entspricht dieser Begriff der „Nichtigkeit“ aus dem österreichischen Recht. Hingegen die „relative Nichtigkeit“ („*nullité relative*“) entspricht der „Anfechtbarkeit“.

- ⁵⁴ *D. Alexandresco*, Band V, 503; *I. Stoescu*, Evoluția ideii de răspundere civilă (Die Evolution des Begriffes der zivilrechtlichen Haftung), Editura (Verlag) Curierul Judiciar, 1939, 123.
- ⁵⁵ *Mihail Eliescu*, Răspunderea civilă delictuală, (Die zivilrechtliche Deliktshaftung), Editura Academiei (Verlag der Rumänischen Akademie), București 1972, 162; *C. Stătescu*, *C. Bîrsan*, 187-188.
- ⁵⁶ *M. Eliescu* 162; *Liviu Pop*, 366.
- ⁵⁷ *Christian Alunaru* (Rumänien), *Lajos Vékás* (Ungarn), "Die Rekodifikation des Zivilrechts in Rumänien und Ungarn", Seminar an der Wirtschaftsuniversität Wien, 13 September 2010.
- ⁵⁸ *C. Alunaru*, Privatrechtsentwicklung in Rumänien, in *Rudolf Welser* (Hrsg.) "Privatrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa", Manz Wien 2008, 94 - 95.
- ⁵⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, 10 Auflage, I, Manz Wien, 1995, 469 – 470; *Rudolf Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II. Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Neubearbeitete Auflage, Wien 2007, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 334 - 335.
- ⁶⁰ *Matei Basarab*, Drept penal. Partea generală (Strafrecht. Allgemeiner Teil), Editura didactică și pedagogică (Didaktischer und pädagogischer Verlag), București 1983, 44 - 45.
- ⁶¹ Siehe: *Bydlinski*, Schadensverursachung 15 ff; *Mayrhofer*, Schuldrecht I, 262; *Welser* ZfR (Zeitschrift für Rechtsvergleichung), V 1968, 44; *Wolff* in *Klang* VI 10, zitiert von *Koziol/Welser* 470, Fußnote 161
- ⁶² *D. M. Walker*, The Law of Delict in Scotland, second edition, Edinburg 1981, 212 -214m zitiert von *Liviu Pop*, 219, Fn.3
- ⁶³ *Mihail Eliescu*, Răspunderea civilă delictuală, (Die zivilrechtliche Deliktshaftung), Editura Academiei (Verlag der Rumänischen Akademie), București 1972, 128 -139.
- ⁶⁴ Tribunalul Suprem, în complet de 7 judecători, (Das Oberste Gericht in der Zusammensetzung des Gerichts aus 7 Richtern), Urteil Nr. 40/1987, in "Revista Română de Drept" (Rumänische Rechtszeitschrift) Nr. 1/1988, 72; Curtea Supremă de Justiție (Der Oberste Gerichtshof), secția penală (Strafrechtssektion), Urteil Nr. 765/1990, in "Dreptul" (Das Recht) Nr. 6/1991, 66 – 67.
- ⁶⁵ *Mihail Eliescu*, 131.
- ⁶⁶ *Valeriu Stoica*, Relația causală complexă ca element al răspunderii civile delictuale în procesul penal, (Der komplexe kausale Zusammenhang als ein Element der Deliktshaftung im Strafprozess), in "Revista Română de Drept" Nr. 2/1984, 34; *Liviu Pop*, 222.
- ⁶⁷ Plenul Tribunalului Suprem, decizia de îndrumare (Anleitungs -Plenarentscheidung des Obersten Gerichts) Nr. 1/1957, in *Culegere de decizii 1957* (Urteilssammlung 1957), 23; Plenul Tribunalului Suprem, decizia de îndrumare (Anleitungs -Plenarentscheidung des Obersten Gerichts) Nr. 23/1963, în *Culegere de decizii 1963* (Urteilensammlung 1963), 77-78; Tribunalul Suprem, secția penală (Das Oberste Gericht, Strafrechtliche Sektion), decizia (Urteil) Nr. 700/1970 und Urteil Nr. 3805/1973, in "Repertoriu alfabetic de practică judiciară în materie penală pe anii 1969 – 1975" (Alphabetisches Verzeichnis der Rechtssprechung im Bereich des Strafrechts 1969 – 1975), von *V. Papadopol* und *M. Popovici*, Editura Științifică și Enciclopedică (Wissenschaftlicher und enzyklopedischer Verlag), București 1977, 144 und 134; Tribunalul Suprem, secția penală (Das Oberste Gericht, Strafrechtliche Sektion), decizia (Urteil) Nr. 1769/1982, in *Revista Română de Drept* (Die Rumänische Rechtszeitschrift) Nr. 6/1983, 60; Tribunalul Suprem, secția penală (Das Oberste Gericht, Strafrechtliche Sektion), decizia (Urteil) Nr. 2784/1982, in *Revista Română de Drept* (Die Rumänische Rechtszeitschrift) Nr. 9/1983, 66.

- ⁶⁸ Dazu : *Rudolf Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II. Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Neubearbeitete Auflage, Wien 2007, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 326
- ⁶⁹ *Vintilă Dongoroz* u.a., Explicații teoretice ale Codului penal român. Volumul IV. Partea specială (Theoretische Erläuterungen des rumänischen Strafgesetzbuchs. Band IV. Besonderer Teil) Editura Academiei (Verlag der Akademie) București, 1972, 680; *Oliviu Aug. Stoica*, Drept penal. Partea specială (Strafrecht. Besonderer Teil), Editura didactică și pedagogică (Didaktischer und pädagogischer Verlag), București 1976, 433 -435.
- ⁷⁰ *I. Albu, V. Ursa*, Răspunderea civilă pentru daunele morale (Die zivilrechtliche Haftung für immaterielle Schäden), Verlag Dacia, Cluj-Napoca, 1979, 31 -36 ; *Liviu Pop*, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor. Tratat. Ediția a II-a (Zivilrecht. Schuldrecht, allgemeiner Teil. Traktat. Zweite Auflage). Editura fundației "Chemarea" (Verlag der Stiftung "Chemarea"), Iași, 1996, 193 – 203 ; *I. Dogaru, T. Simbrian, P. Drăghici, A. O. Hanțiu, S. Ionescu*, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor. Tratat, vol. III (Zivilrecht. Schuldrecht, allgemeiner Teil. Traktat. Band III), Editura (Verlag) Europa, Craiova, 1997, 199 ; *Adriana Corhan*, Repararea prejudiciilor prin echivalent bănesc (Ausgleich der Schäden durch Geldersatz), editura (Verlag) Lumina Lex, București 1999, 27 ; *P. M. Cosmovici*, Drept civil. Drepturile reale. Obligații. Legislație (Zivilrecht. Sachenrecht. Schuldrecht. Gesetzgebung), Editura (Verlag) All, București, 1994, 175.
- ⁷¹ *M. Anghel, Fr. Deak, M.F. Popa*, Răspunderea civilă (Die zivilrechtliche Haftung). Editura Științifică (Wissenschaftlicher Verlag), București 1970, 27; *Gheorghe Vintilă, Constantin Furtună*, Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență (Die immateriellen Schäden. Abhandlung über die Rechtslehre und Rechtssprechung), Verlag All Beck, București, 2002, 66 -67.
- ⁷² *Iulia Albu*, Repararea prejudiciului cauzat prin vătămări corporale (Ersatz der durch Körperverletzungen verursachten Schäden), Editura (Verlag) Lumina lex, București 1997, 13 -14 ; *I. Albu, V. Ursa*, Răspunderea civilă pentru daunele morale (Die zivilrechtliche Haftung für immaterielle Schäden), Verlag Dacia, Cluj-Napoca, 1979, 166-182, 284 ff.
- ⁷³ *I. Albu, V. Ursa*, 48 ff.
- ⁷⁴ *Gheorghe Vintilă, Constantin Furtună*, 57.
- ⁷⁵ *I. Albu, V. Ursa*, 72; *Gh. Vintilă*, Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență. Ediția a 2-a, (Die immateriellen Schäden. Abhandlung über die Rechtslehre und Rechtssprechung. Zweite Auflage), Editura (Verlag) Hamangiu, București 2006, 29.
- ⁷⁶ *A. Ionașcu*, La réparation dommages moraux en droit socialiste roumain, in *Revue roumaine des sciences sociales, Séries juridiques* 1966, Nr.2, 208.
- ⁷⁷ *Ion Dogaru, Pompil Drăghici*, Bazele Dreptului Civil. Volumul III. Teoria generală a obligațiilor (Die Grundlagen des Zivilrechts. Band III. Allgemeines Schuldrecht), Verlag C. H. Beck, București, 2009, 243 – 244.
- ⁷⁸ *P. Tercier*, Contribution a l'étude du tort moral et de sa réparation en droit suisse, Editions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1971, 68
- ⁷⁹ *C. Turianu*, Răspunderea civilă delictuală. Răspunderea civilă pentru daunele morale (Die zivilrechtliche Deliktshaftung. Die Haftung für immaterielle Schäden), Verlag Wolters Kluwer, București 2009, 176.
- ⁸⁰ *C. Hamangiu, N. Georgean*, Codul civil adnotat (Kommentar zum rumänischen Zivilgesetzbuch), București 1925, Band II, 491, Nr. 166; *C. Turianu*, 176.
- ⁸¹ *I. Albu, V. Ursa*, 79; *Gh. Vintilă*, 32.

- ⁸² *M. Dubois*, Le pretium doloris, Thèse (Dissertation), Lyon, 1935, 32; *G. Vinney, B. Marchesinis*, La réparation du dommage corporal. Essai de coparaison des droit anglais et français, Economica, Paris 1985,69, zitiert von Gh. Vintilă.
- ⁸³ Ausführlich dazu: *C. Alunaru, L. Bojin*, XXII Romania. Legislation, Cases, Literature, in European Tort Law 2008 – Yearbook 2009, Springer Vienna – New York, 541 – 570.
- ⁸⁴ *Al. Weill*, Droit civil. Les obligations, Dalloz, Paris, 1971,614; *M. Dubois*, op. cit.; *G. Ripert*, Le prix de douleur, D.C., 1948, Cron., 1
- ⁸⁵ Ausführlich dazu: *Gh. Vintilă, Gh. Vintilă*, Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență (Die ideellen Schäden. Abhandlung über die Rechtslehre und Rechtsprechung). Ediția a 2-a (Zweite Auflage), Editura (Verlag) Hamangiu, București 2006, 33 -34.
- ⁸⁶ *D. Alexandresco*, Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine, tomul al V-lea, (Theoretische und praktische Erläuterung des rumänischen Zivilrechts im Vergleich mit den alten Gesetzen und den wichtigsten ausländischen Gesetzgebungen, Band V.) Iași 1898, 450 - 451; *M.B. Cantacuzino*, Elementele dreptului civil. (Die Elemente des Zivilrechts), Editura (Verlag) Cartea românească, București, 1921, 428 – 434; *C. Hamangiu, N. Georgian*, Codul civil adnotat cu textul articolului corespunzător francez, italian și belgian, cu doctrina franceză și română și jurisprudența compctă de la 1868 – 1927. Volumul II, (Kommentar über das Rumanische Zivilgesetzbuch mit dem Text des entsprechenden französischen, italienischen und belgischen Paragrafen, mit der vollständigen französischen und rumänischen Rechtslehre und Rechtsprechung zwischen 1868 – 1927. Band II.) Verlag Socec & Co, București 1925, 476; *I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu*, Drept civil român. Studiu de doctrină și de jurisprudență, vol. II. (Rumänisches Zivilrecht. Abhandlung über die Rechtslehre und Rechtssprechung), București 1943, 88 - 90; *F. Mihăiescu, S.C. Popescu*, Jurisprudența Înaltei Curți de Casație, Secțiunea I și Secțiunile Unite, în materie civilă, pe anii 1934 -1943(Die Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes, Erste Sektion und Vereinigte Sektionen, im Bereich Zivilrecht, in den Jahren 1934 – 1943), București, 152.
- ⁸⁷ *J. Carbonnier*,Droit civil, 4, Presses Uniersitaires de France, 1975, 310.
- ⁸⁸ *G. Marty, P. Raynaud*, Droit civil, tome II, premier volume, Les obligations, Sirey, Paris, 1962, 361; *B. Starck*, Droit civil, Obligations, Librairies Techniques, Paris, 1972, 62.
- ⁸⁹ Ph. le Tourneau, La responsabilité civile, Dalloz, Paris, 1972, 141.
- ⁹⁰ Ausführlich dazu: *M. Boar*, Repararea bănească a daunelor morale în dreptul unor state vest-europene (Der Ausgleich der immateriellen Schäden durch Geldersatz im Rechtssystem einiger westeuropäischen Staaten), in "Dreptul" (Das Recht) Nr. 8/1996, 23ff.
- ⁹¹ *V. Pătulea*, Contribuții la studiul răspunderii civile delictuale în cazul prejudiciilor rezultate din vătămarea integrității corporale (Beiträge zum Studium der Deliktshaftung im Fall der Körperschäden), in "Revista Română de Drept" (Rumänische Rechtszeitschrift), Nr. 11/1970, 55 – 57; *M. Eliescu*, Răspunderea civilă delictuală. (Die Deliktshaftung – Schadenersatzrecht), Editura Academiei (Verlag der Akademie), București 1972, 105 -110; *D. Rizeanu*, Câteva propuneri de perfecționare a legislației civile (Einige Vorschläge zur Vervollkommnung der zivilrechtlichen Gesetzgebung), in "Studii și cercetări juridice" (Juristische Studien und Forschungen), Nr. 1/1973, 113; *M. N. Costin*, Răspunderea civilă și penală pentru încălcarea regulilor de circulație pe drumurile publice (Die zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung für den Verstoß gegen die Verkehrsregeln auf öffentlichen Wegen), Editura (Verlag) Dacia, Cluj-Napoca, 1978, 210 -217; *I. Albu, V. Ursa*, Răspunderea civilă pentru daunele morale (Die zivilrechtliche Haftung für immaterielle Schäden), Editura (Verlag) Dacia, Cluj-Napoca, 1979, 170; *C. Stătescu, C. Bîrsan*, Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor (Zivilrecht. Traktat. Allgemeines Schuldrecht), Editura Academiei (Verlag der Akademie), București 1981, 165.

- ⁹² C. Turianu, Răspunderea civilă pentru dauna morală, (Die zivilrechtliche Haftung für den immateriellen Schaden), in "Dreptul" ("Das Recht") Nr. 4/1993, 13; Y. Chartier, La réparation du préjudice dans la responsabilité civile, Dalloz, Paris 1983, 154
- ⁹³ Tribunalul Suprem, Secția penală (Das Oberste Gericht, Strafrechtliche Sektion) Decizia (Urteil) Nr. 34/1981, in "Revista Română de Drept" (Rumänische Rechtszeitschrift) Nr. 11/1981, 52; Curtea Supremă de Justiție, Secția penală (Der Oberste Gerichtshof, Strafrechtliche Sektion) Decizia (Urteil) Nr. 1525/1989, in "Dreptul"(Das Recht) Nr. 8/1990, 82; Curtea Supremă de Justiție, Secția penală (Der Oberste Gerichtshof, Strafrechtliche Sektion) Decizia (Urteil) Nr. 417/1990, in "Dreptul"(Das Recht) Nr. 9-12/1990, 243.
- ⁹⁴ Gheorghe Vintilă, Constantin Furtună, Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență. (Die immateriellen Schäden. Abhandlung über die Rechtslehre und Rechtsprechung), Verlag All Beck, București 2002, 121
- ⁹⁵ M. Boar, Repararea bănească a daunelor morale în dreptul unor state vest-europene (Ausgleich der immateriellen Schäden durch Geldersatz im Rechtssystem einiger westeuropäischen Staaten), in "Dreptul"(Das Recht) Nr. 8/1996, 47; Gh. Vintilă, C. Furtună, 121 -122.
- ⁹⁶ M. Therry, B. Nicourt, Réflexions sur les "souffrances endures", in Gazette du Palais, 29 Okt. 1981, zitiert von Gh. Vintilă, C. Furtună, 123.
- ⁹⁷ Dazu: L. Malennec, L'indemnisation du préjudice esthétique, in Gazette du Palais, 6 Nov. 1976.
- ⁹⁸ Dazu: Y. Lambert-Faivre, Le droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation, Dalloz, Paris, 1990, 134.
- ⁹⁹ Dazu: R. Vassas, Le préjudice d'agrément, in Gazette du Palais, 6 Okt. 1981
- ¹⁰⁰ M. Boar, 49 – 50; Gh. Vintilă, C. Furtună, 125.
- ¹⁰¹ P. Tercier, Contribution a l'étude du tort moral et de sa réparation en droit suisse, Editions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1971, 284.
- ¹⁰² Zitiert von Gh. Vintilă, C. Furtună, 126
- ¹⁰³ I. Albu, Repararea prejudiciului cauzat prin vătămări corporale (Ersatz der durch Körperverletzungen verursachten Schäden), Editura (Verlag) Lumina lex, București 1997, 21 ff.
- ¹⁰⁴ Die Dringlichkeitsverordnung heißt: "Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 59/2008 pentru modificarea Decretului-lege nr. 118/1990 privind acordarea unor drepturi persoanelor persecutate din motive politice de dictatura instaurată cu începere de la 6 martie 1945, precum și celor deportate în străinătate ori constituite în prizonieri, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 366 din 13 mai 2008, aprobată prin Legea nr. 271/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 768 din 14 noiembrie 2008, dându-se textelor o nouă numerotare".
- ¹⁰⁵ Curtea Supremă de Justiție, Secția civilă, (Der Oberste Gerichtshof, Zivilrechtliche Sektion) Decizia (Urteil) Nr. 2293/1993, in "Dreptul" (Das Recht) Nr. 8/1992, 83.
- ¹⁰⁶ Die Dringlichkeitsverordnung heißt: "Ordonanță de urgență nr. 62/2010 - pentru modificarea și completarea Legii nr. 221/2009 privind condamnările cu caracter politic și măsurile administrative asimilate acestora, pronunțate în perioada 6 martie 1945–22 decembrie 1989, și pentru suspendarea aplicării unor dispoziții din titlul VII al Legii nr. 247/2005 privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente din 30 iunie 2010", Monitorul Oficial al României nr. 446/2010.
- ¹⁰⁷ Curtea Supremă de Justiție, Secția penală (Der Oberste Gerichtshof, Strafrechtliche Sektion) Decizia (Urteil) Nr. 2073/1992, in Culegere de decizii 1990 – 1992 (Urteissammlung 1990 – 1993), 433.
- ¹⁰⁸ Gh. Vintilă, C. Furtună, 128

- ¹⁰⁹ Curtea Supremă de Justiție, completul de 9 judecători (Der Oberste Gerichtshof in der Zusammensetzung des Gerichts aus 9 Richtern), Decizia (Urteil) Nr. 89/2003, in "Dreptul" (Das Recht) Nr. 2/2005, 224.
Die "vom Geschädigten ertragenen negativen körperlichen und seelischen Folgen der Tat, die Wichtigkeit der verletzten Werte und das Maß in welchen diese verletzt wurden, die Intensität mit welcher der Geschädigte die Nachwirkungen der widerrechtlichen Tat verspürt hat" werden auch im Urteil des Obersten Gerichtshofes, Zivilrechtliche Sektion (Curtea Supremă de Justiție, Secția penală) Nr. 2191/1999, in "Dreptul" (Das Recht) Nr. 8/2000, 165, als Kriterien für die Bewertung des immateriellen Schadens aufgezählt.
- ¹¹⁰ Curtea Supremă de Justiție, Secția civilă (Der Oberste Gerichtshof, Zivilrechtliche Sektion), Decizia (Urteil) Nr. 1888/1991, in "Dreptul" (Das Recht) Nr. 7/1992, 95.
- ¹¹¹ Curtea Supremă de Justiție, Secția penală (Der Oberste Gerichtshof, Strafrechtliche Sektion), Decizia (Urteil) Nr. 1995/1992, in Culegere de decizii 1990 – 1992 (Urteilssammlung 1990 – 1992), 109 ff.
- ¹¹² Curtea Supremă de Justiție, Secția penală (Der Oberste Gerichtshof, Strafrechtliche Sektion), Decizia (Urteil) Nr. 459/1993 in Culegere de decizii 1993 (Urteilssammlung 1993) 194 ff.
- ¹¹³ Dazu: Gh. Vintilă, C. Furtună, 128 – 129.
- ¹¹⁴ Curtea de Apel Pitești, Secția penală (Oberlandesgericht Pitești, Strafrechtliche Sektion), Decizia (Urteil) Nr. 195/R/17.03.2009, in *Rudolf Schmutzer, Marian Enache, Tanasă Ion-Cristi*, Daune morale. Jurisprudență 2008 – 2010 (Immaterielle Schäden. Jurisprudenz 2008 – 2010), Editura (Verlag) Moroșan, București 2010, 214 – 216.
- ¹¹⁵ Tribunalul Ialomița, Secția penală (Landesgericht Ialomița, Strafrechtliche Sektion) Sentința penală (Strafrechtliches Urteil) Nr. 211/29.02.2008, in *Rudolf Schmutzer, Marian Enache, Tanasă Ion-Cristi*, Daune morale. Jurisprudență 2008 – 2010 (Immaterielle Schäden. Jurisprudenz 2008 – 2010), Editura (Verlag) Moroșan, București 2010, 288 – 291.
- ¹¹⁶ Judecătoria Bacău (Amtsgericht Bacău), Sentința penală (Strafrechtliches Urteil) Nr. 1018/15.05.2009, in *Rudolf Schmutzer, Marian Enache, Tanasă Ion-Cristi*, Daune morale. Jurisprudență 2008 – 2010 (Immaterielle Schäden. Jurisprudenz 2008 – 2010), Editura (Verlag) Moroșan, București 2010, 209 – 302.
- ¹¹⁷ Curtea Supremă de Justiție, Secția penală (Der Oberste Gerichtshof, Strafrechtliche Sektion), Decizia (Urteil) Nr. 2073/1992, zitiert von *Ion Dogaru, Pompil Drăghici*, in *Bazele Dreptului Civil. Volumul III. Teoria generală a obligațiilor (Die Grundlagen des Zivilrechts. Band III. Allgemeines Schuldrecht)*, Verlag C. H. Beck, București, 2009, 252.
- ¹¹⁸ Curtea Supremă de Justiție, Secția civilă (Der Oberste Gerichtshof, Zivilrechtliche Sektion), Decizia (Urteil) Nr. 499/1993, in "Dreptul" (Das Recht) Nr. 1/1994, 113 – 114.
- ¹¹⁹ Curtea de Apel Bacău, Secția penală (Oberlandesgericht Bacău, Strafrechtliche Sektion), Deciziile (Urteile) Nr. 85/A vom 3 Juni 1997 und Nr. 146/R vom 20 März 1997, zitiert von *A. Ungureanu*, *Jurisprudența penală a Curții de Apel Bacău pe anul 1997 (Strafrechtliche Rechtssprechung des Oberlandesgerichts Bacău in Jahre 1997)*, Verlag Lumina Lex, București 1998, 122 und 330 ff.; Tribunalul Brașov, Secția penală (Landesgericht Kronstadt, Strafrechtliche Sektion), Deciziile (Urteile) Nr. 177/1993 und 51/1992 in "Dreptul" (Das Recht) Nr. 5 - 6/1994 und Nr. 4/1994, 92.
- ¹²⁰ Tribunalul Municipiului București, Secția I. penală (Landesgericht der Stadt Bukarest, Erste Strafrechtliche Sektion) Decizia (Urteil) Nr. 487/1993, in Culegere de practică juridică penală pe anul 1993 (Sammlung der strafrechtlichen Jurisprudenz des Jahres 1993) Verlag Casa de Editură și Presă "Șansa" SRL, București 1994, 73.
- ¹²¹ *Ion Dogaru, Pompil Drăghici*, *Bazele Dreptului Civil. Volumul III. Teoria generală a obligațiilor (Die Grundlagen des Zivilrechts. Band III. Allgemeines Schuldrecht)*, Verlag C. H. Beck, București, 2009, 249.

- ¹²² P. Tercier, Contribution a l'étude du tort moral et de sa réparation en droit suisse, Editions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1971, 68
- ¹²³ I. Albu, V. Ursa, 79; Gh. Vintilă, 32.
- ¹²⁴ M. Dubois, Le pretium doloris, Thèse (Dissertation), Lyon, 1935, 32; G. Vinney, B. Marchesinis, La réparation du dommage corporel. Essai de coparaison des droit anglais et français, Economica, Paris 1985, 69, zitiert von Gh. Vintilă.
- ¹²⁵ Al. Weill, Droit civil. Les obligations, Dalloz, Paris, 1971, 614; M. Dubois, op. cit.; G. Ripert, Le prix de douleur, D.C., 1948, Cron., 1; M. Dubois, Le pretium doloris, Dissertion, Lyon, 1935, 32, zitiert von Gh. Vintilă.
- ¹²⁶ D. Alexandresco, Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine, tomul al V-lea, (Theoretische und praktische Erläuterung des rumänischen Zivilrechts im Vergleich mit den alten Gesetzen und den wichtigsten ausländischen Gesetzgebungen, Band V.) Iași 1898, 450 - 451; M.B. Cantacuzino, Elementele dreptului civil (Die Elemente des Zivilrechts), Editura (Verlag) Cartea românească, București, 192, 428 - 434; C. Hamangiu, Codul civil adnotat (Kommentar zum Zivilgesetzbuch), Band II, București 1925, 476; I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, Drept civil român. Studiu de doctrină și de jurisprudență, vol. II. (Rumänisches Zivilrecht. Abhandlung über die Rechtslehre und Rechtssprechung), Band II, București 1943, 88 - 90; F. Mihăescu, S.C. Popescu, Jurisprudența Înaltei Curți de Casație, Secțiunea I și Secțiunile Unite, în materie civilă, pe anii 1934 -1943(Die Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes, Erste Sektion und Vereinigte Sektionen, im Bereich Zivilrecht, in den Jahren 1934 - 1943), București, 152.
- ¹²⁷ Ph. le Tourneau, La responsabilité civile, Dalloz, Paris, 1972, 141; J. Carbonnier, Droit civil, 4, Presses Uniersitaires de France, 1975, 310.
- ¹²⁸ V. Pătulea, Contribuții la studiul răspunderii civile delictuale în cazul prejudiciilor rezultate din vătămarea integrității corporale (Beiträge zum Studium der Deliktshaftung im Fall der Körperschäden), in "Revista Română de Drept" (Rumänische Rechtszeitschrift), Nr. 11/1970, 55 - 57; M. Eliescu, Răspunderea civilă delictuală. (Die Deliktshaftung - Schadenersatzrecht), Editura Academiei (Verlag der Akademie), București 1972, 105 -110; D. Rizeanu, Câteva propuneri de perfecționare a legislației civile (Einige Vorschläge zur Vervollkommnung der zivilrechtlichen Gesetzgebung), in "Studii și cercetări juridice" (Juristische Studien und Forschungen), Nr. 1/1973, 113; M. N. Costin, Răspunderea civilă și penală pentru încălcarea regulilor de circulație pe drumurile publice (Die zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung für den Verstoß gegen die Verkehrsregeln auf öffentlichen Wegen), Editura (Verlag) Dacia, Cluj-Napoca, 1978, 210 -217; I. Albu, V. Ursa, Răspunderea civilă pentru daunele morale (Die zivilrechtliche Haftung für immaterielle Schäden), Editura (Verlag) Dacia, Cluj-Napoca, 1979, 170; C. Stătescu, C. Bîrsan, Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor (Zivilrecht. Traktat. Allgemeines Schuldrecht), Editura Academiei (Verlag der Akademie), București 1981, 165.
- ¹²⁹ Diese Konferenz wird jährlich vom Europäischen Institut für Schadenersatzrecht der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (*Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences*) veranstaltet und die Beiträge werden im Jahrbuch veröffentlicht.
- ¹³⁰ Ausführlich dazu: C. Alunaru, L. Bojin, XXII. Romania, in *European Tort Law 2008*, Yearbook 2009, Eds. H. Koziol, B.C. Steininger, Springer Wien New York, 2009, 542 - 549.
- ¹³¹ Dazu: M. Boar, Repararea bănească a daunelor morale în dreptul unor state vest-europene (Der Ausgleich der immateriellen Schäden durch Geldersatz im Rechtssystem einiger westeuropäischen Staaten), in "Dreptul" (Das Recht) Nr. 8/1996, 23 ff.

**PROPTER VETERIS IURIS IMITATIONEM: NOU ȘI VECHI
ÎN MATERIE SUCCESORALĂ ÎN NOUL COD CIVIL (I)¹**

Mircea Dan BOB*

Résumé: *Propter veteris iuris imitationem? Qu'est-ce qu'il y a de nouveau en matière successorale dans le nouveau code civil roumain. La proche entrée en vigueur d'un nouveau code civil provoque une réflexion sur son caractère innovateur. Est-ce qu'il est vraiment un nouveau code? La réponse est offerte en analysant son quatrième livre intitulé Des héritage et libéralités. Les dispositions nouvelles par rapport au code de 1864 seront identifiées suite à une analyse texte par texte, en faisant en même temps une synthèse d'actualité pour chaque problème envisagé.*

Cuvinte cheie: cod civil; codificare; drept succesoral; moștenire; deschiderea succesiunii; capacitate succesorală; nedemnitare; reprezentare; soț supraviețuitor; drept de abitație; exheredare.

Mots-clefs: code civil; codification; droit des successions; hérédité; ouverture de la succession; capacité successorale; indignité; représentation; conjoint survivant; droit d'habitation; exhérédation.

1. Jurisconșulții romani acționau cu moderație în reformarea dreptului lor. Respectuoși față de tradiția exemplară a Legii celor XII table și conștienți de inerția inerentă naturii umane, au încercat să introducă în mod prudent orice noutate. Ca urmare, au procedat fără a contrazice radical vechile reglementări, orice dispoziție legală nouă fiind reputată a dispune în imitarea tradiției juridice a vechiului drept².

Dreptul succesoral roman oferă exemple în acest sens. Ne vom limita la trei edificatoare³:

- Legea celor XII Table fundamentase devoluțiunea succesorală *ab intestato* pe rudenția agnatică: vocație la moștenire aveau doar cei aflați sub autoritatea lui *decius* la data decesului acestuia, indiferent că îi erau sau nu rude de sânge. Ca urmare, fiul de familie nu va avea niciun drept în moștenirea părintelui său, dacă fusese emancipat (scos de sub putere) anterior decesului. Schimbările profunde din societatea romană consecutive războaielor punico (sec. III-II a.Chr.) au adus soluția de mai sus în conflict cu noile concepții ale cetățenilor, ce începuseră să vadă vocația succesorală întemeiată mai degrabă pe rudenția de sânge. Pretorii încearcă să consacre jurisprudențial acest nou punct de vedere, căci o abrogare a prestigioasei Legi a

celor XII Table nu putea fi luată în calcul. Între sec. I a.Chr și I p.Chr, ei reformează clasa întâi de moștenitori, incluzându-i și pe descendenții emancipați sau dați în adopție, cu condiția ca ultimii să nu se mai găsească în familia adoptivă. Aceștia vor fi însă numai moștenitori pretorienii, având numai o *bonorum possessio*, nu o proprietate recunoscută de dreptul civil⁴. Conflictul dintre moștenitorul civil și cel pretorian se rezolva deci, cel puțin la început, în favoarea primului. Din sec. I p.Chr, pretorul include în formula de judecată o excepție care blochează parțial o petiție de ereditate promovată de moștenitorul civil, permițând celui pretorian să păstreze partea sa din succesiune. Se vede cum succesorul pretorian este doar *loco heredis* (adică numai asimilat celui civil), acțiunile date în favoarea sau împotriva lui nefiind civile, ci doar pretoriene – cu ficțiunea calității de moștenitor (*fictio se herede*)⁵. După o serie de alte reforme punctuale aduse în timp, abia legislația lui Iustinian îndrăznește să formuleze fățiș o reglementare în care rudenia de sânge stă la baza succesiunii legale, prin Novele 118 (a. 544) și 127 (a. 548).

- în materie de formă testamentară, pretorul a urmărit să înlocuiască formalismul instinctiv, derivat din religie, al vechiului drept roman cu unul substanțial, specific unui drept laicizat și avansat în abstractizări conceptuale. Tradiția juridică ajunsese să supună *ad validitatem* în perioada republicană voința dispunătorului realizării unei mancipațiuni⁶ formale în favoarea unui persoane de încredere (*familiae emptor*, având rol de executor testamentar⁷), acompaniată de o declarație (*nuncupatio*) a testatorului. Pretorul le înlătură, dispunând că testamentul scris pe tăblițe întărite cu sigiliile a șapte martori și însușit prin declarație verbală este valabil⁸. Numărul de martori este însă reminiscența celor implicați anterior în mancipațiune: cinci martori, purtătorul de balanță (*libripens*) și *antestatus*⁹.

- moștenitorii din prima clasă erau incluși de vechiul drept roman (sec. VIII-II a.Chr.) în categoria celor necesari¹⁰. Aflându-se imediat sub puterea lui *pater familias*, devin la moartea acestuia *sui iuris* (independenți) și sunt considerați cei mai potriviți pentru a-i continua persoana. Contribuind la alcătuirea patrimoniului familial încă din timpul vieții șefului de familie, ei sunt socotiți coproprietari cu acesta și practic moștenitori ai lor înșiși (*heredes sui ...*). Consecința este că nu pot refuza ceea ce, în fapt, le aparține încă de mai înainte (... *et necessarii*). Acceptarea lor era deci forțată, pură și simplă. Pentru a evita o eventuală insolvabilitatea a succesiunii, pretorul le-a dat, într-o epocă în care coeziunea și ideea de coproprietate familiale se estompează treptat, un *ius abstinendi* (drept de abținere)¹¹. Fără să renunțe, ei rămân totuși străini de moștenire: aceasta urma să fie vândută în numele defunctului, iar moștenitorii vor scăpa de nota cenzorială a infamiei și de obligația de a satisface din bunurile lor personale pe creditorii succesiunii¹².

2. Am rememorat câteva ipoteze ale dreptului roman pentru a justifica de ce apropiata intrare în vigoare a unui nou cod civil ne-a provocat reflexia asupra următorului aspect: **cât este de nouă noua reglementare în materia succesiunilor?**

Răspunsul vom încerca să îl oferim prin analiza punctuală a unor texte relevante ale Cărții a patra din Legea nr. 287/2009¹³, ținând seama și de modificările propuse în Proiectul de lege pentru punerea în aplicare a codului civil¹⁴.

Realizarea unei analize de valoare a textelor noului cod nu constituie preocuparea centrală a materialului de față. Aceasta va fi pe deplin posibilă numai după ce Comisia care în perioada 2006-2008 a amendat Proiectul de cod civil aprobat de Senat în 2004 va publica un comentariu complet al intențiilor sale.

3.1. Art. 953 NCC¹⁵ *definește moștenirea*, semnalând opțiunea Comisiei de a înlocui termenul de „succesiune” cu cel de „moștenire”. Textul art. 46 din Constituție garantează dreptul la *moștenire*, iar termenul de succesiune primește în cuprinsul noului cod un sens mai larg. La art. 557 alin. 1, se folosește tot cuvântul *moștenire*, când se enumeră modurile de dobândire a proprietății¹⁶. În plus, am observa cum termenul uzitat în limbajul cotidian de nejuristi este mai degrabă cel de moștenire decât cel de succesiune, generalizat în vocabularul juridic ca urmare a împrumutului legislativ francez din sec. XIX.

3.2. Deschiderea succesiunii este tratată în art. 954 NCC, al cărui conținut este următorul:

ART. 954 - Deschiderea moștenirii

(1) Moștenirea unei persoane se deschide în momentul decesului acesteia.

(2) Moștenirea se deschide la ultimul domiciliu al defunctului. Dovada ultimului domiciliu se face cu certificatul de deces sau, după caz, cu hotărârea judecătorească declarativă de moarte rămasă definitivă.

(3) Dacă ultimul domiciliu al defunctului nu este cunoscut sau nu se află pe teritoriul României, moștenirea se deschide la locul din țară aflat în circumscripția notarului public cel dintâi sesizat, cu condiția ca în această circumscripție să existe cel puțin un bun imobil al celui care lasă moștenirea. În cazul în care în patrimoniul succesoral nu există bunuri imobile, locul deschiderii moștenirii este în circumscripția notarului public cel dintâi sesizat, cu condiția ca în această circumscripție să se afle bunuri mobile ale celui ce lasă moștenirea. Atunci când în patrimoniul succesoral nu există bunuri situate în România, locul deschiderii moștenirii este în circumscripția notarului public cel dintâi sesizat.

(4) Dispozițiile alin. (3) se aplică în mod corespunzător atunci când primul organ sesizat în vederea desfășurării procedurii succesoriale este instanța judecătorească.

Câteva probleme punctuale apar aici: cauza, data și locul său. Rezolvarea acestora se face la ora actuală prin corelarea unor texte disparate sau chiar abrogate. Codul civil precizase în cuprinsul art. 95 și 651 locul¹⁷ și cauza deschiderii succesiunii¹⁸. Punerea în aplicare a Codului familiei prin Decretul nr. 32/1954¹⁹ a dus la abrogarea

art. 95 c.civ. Absența i-a fost compensată de texte similare deja existente la momentul respectiv: art. 1 din Decr. 40/1953 privitor la procedura succesorală notarială²⁰ (pentru succesiunile necontencioase) și art. 14 C.pr.civ. (în ceea ce privește succesiunile litigioase). Textul din 1953 a fost completat de art. 71 din Instrucțiunile MJ nr. 4/J/1961²¹, apoi înlocuit de art. 10 lit.a-b și art. 68 din Legea nr. 36/1995, a notarilor publici și activității notariale²².

Se observă cum cele trei aliniate ale art. 954 NCC revin la soluția art. 95 c.civ., completând-o cu legislația notarială actualmente existentă, completată și aceasta pentru a formula reguli cât mai cuprinzătoare. Textul nu aduce elemente de absolută noutate, ci dă mai degrabă seamă de cerințele practicii în materie.

3.3. O altă problemă ce ne-a atras atenția este cea a *capacității succesorale*.

ART. 957 - **Capacitatea de a moșteni**

(1) O persoană poate moșteni dacă există la momentul deschiderii moștenirii. Dispozițiile art. 36, 53 și 208 sunt aplicabile.

(2) Dacă, în cazul morții mai multor persoane, nu se poate stabili că una a supraviețuit alteia, acestea nu au capacitatea de a se moșteni una pe alta.

Alineatul 1 al art. 957 NCC reproduce soluțiile existente în momentul actual în legislația noastră: art. 654 c.civ. completat cu art. 7 alin. 2 și 19 Decr. 31/1954, privitor la persoanele fizice și juridice²³, art. 808 alin. 1 c.civ. și art. 19 alin. 3 OG nr. 26/2000 privind asociațiile și fundațiile²⁴.

Are deci capacitate de a moșteni orice persoană existentă la data deschiderii succesiunii. În continuarea unui celebru adagiu roman²⁵, se menține recunoașterea capacității copilului conceput dar nenăscut, prin trimiterea la prevederile art. 36 NCC. Cel declarat dispărut are capacitate succesorală până la rămânerea definitivă a hotărârii declarative de moarte (art. 53 NCC). În fine, art. 208 NCC reia parțial soluția de validare retroactivă a fundațiilor testamentare²⁶, stabilită de art. 71 alin. 1 Legea nr. 21/1924²⁷ și preluată de alineatul al treilea al art. 19 din OG nr. 26/2000. Textul pare însă a omite referirea din cele două acte normative anterioare la fundațiile consimțite *inter vivos* în favoarea unor persoane juridice înființate abia după decesul dispunătorului.

Alineatul secund al art. 957 NCC tranșează o controversă doctrinară asupra art. 21 din Decr.nr. 31/1954²⁸, pe care îl absoarbe în cuprinsul codului. **Problema comorienței** a fost până acum o raritate în practica notarială și judiciară, iar dezbaterii ei prea aprinse friza uneori pedanteria. Situațiile potențial generatoare de decese colective par însă a se multiplica în ultima vreme: atacuri teroriste, dezastre naturale generate de schimbările climatice, catastrofe legate de mijloacele moderne de transport în comun, accidente industriale etc.²⁹ Prin urmare, disputa lansată în literatura de specialitate asupra sferei de aplicare a textului din 1954 merită totuși atenție.

Profesorul Deak vedea ca posibilă reținerea comorienței, chiar în actuala reglementare, și pentru persoanele care nu îndeplinesc condiția identității de împrejurare. Moștenitorii interesați nu ar putea face dovada că antecesorul lor a decedat ulterior celeilalte persoane, astfel că fiecare *decuius* va fi moștenit numai de proprii săi succesori³⁰. Așa cum just s-a arătat de un alt autor, „soluția nu rezultă însă din prezumția de deces concomitent – care, fiind de excepție, este de strictă interpretare – ci din neadministrarea probei uneia dintre condițiile necesare pentru a putea moșteni, și anume, a capacității succesorale”³¹.

Constatăm deci că legiuitorul de la 2009 consacră legislativ soluția profesorului Francisc Deak, părere care nu putea fi legal susținută în reglementarea actuală: condiția decesului în aceeași împrejurare nu mai trebuie întrunită pentru a se reține comoriența.

3.4. Nedemnitătea este una dintre condițiile generale pentru a putea veni la o moștenire. Textele care o tratează în noul Cod civil sunt în număr de patru:

ART. 958 - Nedemnitătea de drept

(1) Este de drept nedemnă de a moșteni:

a) persoana condamnată penal pentru săvârșirea unei infracțiuni cu intenția de a-l ucide pe cel care lasă moștenirea;

b) persoana condamnată penal pentru săvârșirea, înainte de deschiderea moștenirii, a unei infracțiuni cu intenția de a-l ucide pe un alt succesibil care, dacă moștenirea ar fi fost deschisă la data săvârșirii faptei, ar fi înlăturat sau ar fi restrâns vocația la moștenire a făptuitorului.

(2) În cazul în care condamnarea pentru faptele menționate la alin. (1) este împiedicată prin decesul autorului faptei, prin amnistie sau prin prescripția răspunderii penale, nedemnitătea operează dacă acele fapte au fost constatate printr-o hotărâre judecătorească civilă definitivă.

(3) Nedemnitătea de drept poate fi constatată oricând, la cererea oricărei persoane interesate sau din oficiu de către instanța de judecată ori de către notarul public, pe baza hotărârii judecătorești din care rezultă nedemnitătea.

ART. 959 - Nedemnitătea judiciară

(1) Poate fi declarată nedemnă de a moșteni:

a) persoana condamnată penal pentru săvârșirea, cu intenție, împotriva celui care lasă moștenirea a unor fapte grave de violență, fizică sau morală, ori, după caz, a unor fapte care au avut ca urmare moartea victimei;

b) persoana care, cu rea-credință, a ascuns, a alterat, a distrus sau a falsificat testamentul defunctului;

c) persoana care, prin dol sau violență, l-a împiedicat pe cel care lasă moștenirea să întocmească, să modifice sau să revoce testamentul.

(2) Sub sancțiunea decăderii, orice succesibil poate cere instanței judecătorești să declare nedemnitățile în termen de un an de la data deschiderii moștenirii. Introducerea acțiunii constituie un act de acceptare tacită a moștenirii de către succesibilul reclamant.

(3) Dacă hotărârea de condamnare pentru faptele prevăzute la alin. (1) lit. a) se pronunță ulterior datei deschiderii moștenirii, termenul de un an se calculează de la data rămânerii definitive a hotărârii de condamnare.

(4) Atunci când condamnarea pentru faptele menționate la alin. (1) lit. a) este împiedicată prin decesul autorului faptei, prin amnistie sau prin prescripția răspunderii penale, nedemnitățile se poate declara dacă acele fapte au fost constatate printr-o hotărâre judecătorească civilă definitivă. În acest caz, termenul de un an curge de la apariția cauzei de împiedicare a condamnării, dacă aceasta a intervenit după deschiderea moștenirii.

(5) În cazurile prevăzute la alin. (1) lit. b) și c), termenul de un an curge de la data când succesibilul a cunoscut motivul de nedemnitățile, dacă această dată este ulterioară deschiderii moștenirii.

(6) Comuna, orașul sau, după caz, municipiul în a cărui rază teritorială se aflau bunurile la data deschiderii moștenirii poate introduce acțiunea prevăzută la alin. (2), în cazul în care, cu excepția autorului uneia dintre faptele prevăzute la alin. (1), nu mai există alți succesibili. Dispozițiile alin. (2) - (5) se aplică în mod corespunzător.

ART. 960 - Efectele nedemnității

(1) Nedemnul este înlăturat atât de la moștenirea legală, cât și de la cea testamentară.

(2) Posesia exercitată de nedemn asupra bunurilor moștenirii este considerată posesie de rea-credință.

(3) Actele de conservare, precum și actele de administrare, în măsura în care profită moștenitorilor, încheiate între nedemn și terți, sunt valabile. De asemenea, se mențin și actele de dispoziție cu titlu oneros încheiate între nedemn și terții dobânditori de bună-credință, regulile din materia cărții funciare fiind însă aplicabile.

ART. 961 - Înlăturarea efectelor nedemnității

(1) Efectele nedemnității de drept sau judiciare pot fi înlăturate expres prin testament sau printr-un act autentic notarial de către cel care lasă moștenirea. Fără o declarație expresă, nu constituie înlăturare a efectelor nedemnității legatul lăsat nedemnului după săvârșirea faptei care atrage nedemnitățile.

(2) Efectele nedemnității nu pot fi înlăturate prin reabilitarea nedemnului, amnistie intervenită după condamnare, grațiere sau prin prescripția executării pedepsei penale.

3.4.1. Art. 959-961 NCC se inspiră din art. 620-623 ale Codului civil al provinciei Québec (CCQ)³² și mențin numai primul caz de nedemnitățile al actualului art. 655 c.civ.

Denunțul capital calomnios (pct. 2 al art. 655 c.civ.) devenise o sursă de ambiguitate după 1989, în condițiile abolirii pedepsei cu moartea prin DL nr. 6/1990³³. Opinia majoritară merge atât în România³⁴ cât și în Franța³⁵ în sensul caducității textului consecutiv dispariției pedepsei capitale, deoarece legiuitorul sancționase nu gravitatea faptei, ci intenția calomniatorului de a grăbi deschiderea moștenirii³⁶. Într-o opinie relativ recentă³⁷, s-a preluat în literatura noastră o argumentare susținută de unii autori francezi: sintagma „acuzăție capitală” ar veni din dreptul roman, unde ar fi avut sensul mai larg de denunț cu privire la săvârșirea unei fapte sancționate cu condamnări infamante, ce duceau la pierderea cetățeniei. S-a mai menționat în sprijinul acestei păreri și faptul că proiectul de modificare a codului civil francez optase pentru menținerea acestui caz de nedemnităte³⁸. Ca urmare, cazul de nedemnităte în discuție ar fi încă operant.

Interesant este că literatura noastră juridică mai veche luase o poziție asupra problemei. Pentru a o înțelege, două chestiuni ce țin de istoricul legislației civile românești trebuie precizate:

1) textul art. 655 c.civ. fusese tradus fără discernământ direct din codul napoleonian de la 1804 (art. 727), în condițiile în care la 1 decembrie 1865 dreptul român nu cunoștea pedeapsa capitală. Aceasta a fost introdusă mai târziu prin Constituția din 1923 în materie militară și a primit o aplicare mai largă abia începând cu Codul penal Carol al II-lea din 1936.

2) moartea civilă nu fusese preluată în codul civil român de la 1864³⁹.

În acest context legislativ, George Petrescu⁴⁰ și Constantin Nacu⁴¹ au optat la sfârșitul sec. XIX și începutul sec. XX pentru argumentul sensului roman al adjectivului „capitală”. Intenția lor mărturisită a fost să asigure cât de cât o aplicare unui text altfel inaplicabil, în condițiile în care acceptau că era intenționat să se refere la pedeapsa cu moartea. Doctrina și jurisprudența nu au reținut punctul lor de vedere. Alexandresco arăta că „această părere, care se întemeiază pe dreptul roman, este astăzi inadmisibilă, căci textul nu întrebuițează cuvintele acuzare *infamantă*, ci acuzare *capitală*, și nu se poate considera capitală decât denunțarea care atrage după sine *pedeapsa morții*”⁴². La fel scria patru decenii mai târziu și Rarincescu: „Această părere a rămas însă izolată. Legiuitorul nostru nu vorbește de acuzare infamantă, ci de acuzățieune capitală”⁴³.

Credem și noi că pct. 2 al art. 655 c.civ. a căzut în desuetudine pe data eliminării pedepsei cu moartea. O altă soluție ne pare a fi generatoare de incertitudine (care vor fi atunci acele fapte care atrag pedepse „capitale”⁴⁴) și contrară experienței deja dobândite din aplicarea particularizată la realitatea legislativă din România a textelor franceze importate⁴⁵.

La o privire concludivă, se observă cum și la noi, ca și în Franța, faptele s-au revoltat împotriva codului iar renunțarea în noul cod civil la textul analizat curmă discuțiile. În Franța, pct. 5 al noului art. 727 a reformulat ipoteza în acord cu noile concepții de politică penală și pune capăt controverselor⁴⁶.

Omisiunea de denunțare de la pct. 3 a fost înlăturată datorită aprecierii Comisiei că nu ar fi primit niciodată aplicare practică, iar textul ar fi oricum desuet⁴⁷.

3.4.2. Art. 959 și 960 NCC preiau în esență clasificarea canadiană a nedemnității în de drept și judiciară (facultativă), cu o excepție: punctul 2 al art. 620 CCQ se referă la cazul special al succesibilului decăzut din autoritatea părintească a copilului la a cărui moștenire ar intenționa să vină, pe când litera b) a art. 959 NCC preia cazul de nedemnitate preconizat de Mihail Eliescu în teza finală a art. 841 din Proiectul de cod civil din 1971⁴⁸.

Aliniatele 2-3 ale art. 958, alineatele 3-6 art. 959 și alin. 2 al art. 961 NCC sunt sinteza concluziilor trase de doctrină pe marginea efectelor generate de intervenirea unei nedemnități, pe care codul civil actual nu le reglementează expres. Se evidențiază ca noutate legislativă calificarea expresă a introducerii acțiunii în constatarea judiciară a nedemnității de către un succesibil ca act de acceptare tacită.

Primul alineat al art. 961 NCC introduce încă o noutate pentru dreptul român: iertarea, ca posibilitate de a înlătura efectele nedemnității. Soluția nu a fost primită sub imperiul codului din 1864, considerându-se că nedemnitatea este sancțiunea ce urmărește să împiedice venirea la succesiune a unor indivizi ce s-au manifestat dușmănos față de *decuius*⁴⁹. Codul civil Carol al II-lea prevăzuse în 1940 la aliniatul 2 al art. 815 posibilitatea iertării într-un text aproape identic peste timp cu cel din 2009⁵⁰. Noul cod se inspiră principial din art. 622 CCQ, dar este pe fond mai restrictiv decât textul canadian: simpla gratificare a nedemnului (sau menținerea unei liberalități prealabil consimțite acestuia) nu îl readuce la moștenire, fiind nevoie de o manifestare de voință expresă în acest sens.

3.4.3. Ultima chestiune ce poate fi atinsă la nedemnitate este sfera de aplicare a acesteia. Intenția Comisiei a fost ca textele de mai sus să fie aplicabile indiferent de natura legală sau testamentară a vocației moștenitorului vizat (art. 960 alin. 1 NCC⁵¹). S-a mers aici în sensul deciziei luate în 1994 de legiuitorul Québec-ului⁵², părăsindu-se modelul tradițional francez. De remarcat însă că legiuitorul canadian a eliminat textele privind revocarea pentru ingraturitudine a donațiilor și testamentelor, ce existau în vechiul Cod civil al Canadei de Jos (1866).

Altfel spus, concepția existentă sub imperiul codului de la 1864 în dreptul nostru succesoral este similară celei a fostului cod civil al Québec-ului, ambele inspirate de modelul-mamă francez: nedemnitatea vizează exclusiv moștenirea legală, echivalentul ei în materie de liberalități fiind revocarea pentru ingraturitudine⁵³. Or, noul cod civil a intenționat să părăsească această concepție, preluând aproape integral textele canadiene din 1994. Termenul de decădere de un an pentru nedemnitatea judiciară (inclus în art. 959 alin. 2 NCC), actualmente specific revocării pentru ingraturitudine (art. 833 alin. 1 și art. 931 c.civ.), este o dovadă în plus în acest sens. Se observă însă păstrarea concomitentă a dispozițiilor referitoare la revocarea

testamentelor pentru ingratitude în cuprinsul 1069 alin. 2 NCC⁵⁴, în timp ce capitolul 5 „Despre revocarea testamentului sau a unui legat” al Titlului IV „Despre testamente” din codul civil al Québec-ului nu o menționează. Singura explicație pe care o găsim ar fi că ultimele texte au o aplicare limitată la testamente (deși cazul de la litera a art. 1069 alin. 2 se suprapune cu cel de la litera a alin. 1 art. 958), pe când cele referitoare la nedemnitare vor avea o aplicabilitate generală.

La nivel de fundamentare, decizia legislativă mai sus expusă izvorăște dintr-o discuție mai veche. Și în codul civil actual nedemnitarea este reglementată între condițiile generale pentru a moșteni (Titlul I, Capitolul II *Despre calitățile cerute pentru a succede*), nu în cadrul devoluțiunii legale a moștenirii (Titlul I, capitolul III *Despre deosebire ordine de succesiune*). Nu există practic nici astăzi vreun argument de text care să împiedice considerarea cauzelor de nedemnitare de la art. 655 c.civ. ca aplicabile oricărui tip de devoluțiune, cele de revocare pentru ingratitude de la art. 831-835 și 930-931 c.civ. venind pur și simplu să le completeze în materie de liberalități. Receptarea tradițională a textelor franceze face totuși ca majoritatea părerilor autorizate să meargă în direcția unui câmp de aplicare diferit.

3.4.4. Concluzia ce o putem trage din analiza întreprinsă asupra art. 958-961 NCC vizează însăși fundamentele problematicii și se bazează pe întreaga evoluție a acesteia.

Sucesiunea testamentară era regula în vechiul drept roman și în cel clasic, cea legală fiind excepția. Nedemnitarea nu îi era cunoscută, ci lăsa la latitudinea lui *decius* posibilitatea de a înlătura vocația la moștenire a succesibililor nevrednici: o putea face *inter vivos* prin emancipare⁵⁵ sau *mortis causa* prin exheredare. În dreptul roman postclasic, Iustinian menține înțâietatea voinței testamentare, dar pune ordine între cauzele de dezmoștenire: enumeră limitativ un număr de patrușprezece în capitolul III din Novela 115 (a. 542) și impune includerea acestora în testament⁵⁶. Apar și cazuri de nedemnitare operante în afara unei exheredări exprese din partea lui *decius*, precum împiedicarea lui *decius* prin violență sau dol de la întocmirea testamentului; sancțiunea era însă confiscarea de către fisc a bunurilor moștenite, nu înlăturarea nedemnului de la succesiune⁵⁷.

Vechiul drept francez preia în esență concepția romană. Se ajunge la concluzia că, dacă defunctul nu reușise să își dezmoștenească urmașii nevrednici, va interveni nedemnitarea ca **exheredare tacită pronunțată de lege**. Fiind o prezumare a voinței lui *decius*, iertarea din partea sa este posibilă⁵⁸.

Codul civil francez adoptă la 1804 un alt punct de vedere. Se renunță formal la dezmoștenire iar nedemnitarea este o sancțiune civilă justificată pe o idee de ordine publică: nu poate fi acceptat să moștenească cel care s-a manifestat în mod dușmănos față de *decius*. Precizăm mai sus că aceasta este concepția receptată și în actualul cod civil român.

Observând posibilitatea de iertare oferită de art. 960 alin. 1 NCC, concluzionăm în sensul revenirii la concepția conform căreia nedemnitățile este o dezmoștenire prezumată. În același sens se aprecia și în Franța că, după reforma succesorală, posibilitatea de iertare „nu mai este considerată ca decurgând exclusiv din lege, ci – din contra – excluderea legală a moștenitorului nedemn este subordonată voinței celui decedat”⁵⁹.

3.5. Clasele de moștenitori sunt păstrate neschimbate în art. 964 NCC. La fel și regulile priorității clasei de moștenitori (alin.1), a priorității gradului de rudenie (alin. 3) și a împărțirii pe capete (alin. 4).

Noutatea este oferită de textul celui de-al doilea alineat și vizează un aspect ce excede sfera de influență a devoluțiunii *ab intestato*:

(2) Dacă în urma dezmoștenirii rudele defunctului din clasa cea mai apropiată nu pot culege întreaga moștenire, atunci partea rămasă se atribuie rudelor din clasa subsecventă care îndeplinesc condițiile pentru a moșteni⁶⁰.

Profesorul Deak exprimase încă din ediția din 1997 a cursului său ideea existenței unei excepții de la principiul priorității clasei de moștenitori: situația exheredării unui rezervatar dintr-o clasă prioritară, ce concurează cu un succesibil dintr-o clasă subsecventă. Exheredatul ar urma să aibă vocație la partea rezervată iar celui de-al doilea i-ar reveni, **cu titlu de moștenitor legal**, cotitatea disponibilă a moștenirii⁶¹. Spre exemplu, *decuius* lăsase un testament în care singura clauză dispune: „fiul meu A să nu primească nimic”. A va culege ½ din succesiune cu titlu de rezervă (art. 841 c.civ.), cotitatea disponibilă de ½ urmând să revină ca succesiune legală eventualului frate F al defunctului, acceptant al moștenirii din clasa a doua.

Excepția astfel identificată a fost respinsă în doctrină, pe motiv că exheredarea fără instituire de legatari (ca cea din exemplul oferit) ar fi o instituire implicită de legatari. Fiul dezmoștenit expres va culege deci în calitate de moștenitor legal partea sa de rezervă, în timp ce fratelui acceptant îi va reveni cotitatea disponibilă **în calitate de legatar implicit** instituit. Concursul între două clase de succesori legali ar fi deci exclus⁶².

Existența principială a unei instituirii implicite ca urmare a unei exheredări fără instituire de legatari este o chestiune sensibilă: în absența unui text de lege, doar tradiția jurisprudențială receptată din Franța o susține (adagiul *exclure, c'est instituer*)⁶³. Tradiția respectivă vine însă în contradicție cu caracterul excepțional al devoluțiunii testamentare, ce ridică obiecția că numai o manifestare expresă a voinței lui *decuius* poate înlătura aplicarea regimului supletiv de devoluțiune prevăzut de codul civil⁶⁴. Studiind practica și literatura noastră mai veche, am observat cum nicio instanță și niciun autor nu se îndoiau în România de veridicitatea adagiului *exclure, c'est instituer*⁶⁵. Este posibil ca ocultarea din motive ideologice a acestei experiențe în perioada 1948-1990 să fi dus la uitarea practicării unor soluții și a unor argumente ce țineau anterior de domeniul evidenței.

În concluzie, observăm cum o opinie a profesorului Deak care, la data emiterii acesteia, era total izolată și contrară poziției tradiționale a dreptului nostru succesoral, se va impune prin voința legiuitorului nostru civil din 2009. Respectiva opinie (precum și receptarea ei legislativă) are consecințe importante în materia exheredării: art. 964 alin. 2 califică drept legală vocația celor care culeg porțiunea disponibilă, ceea ce dă naștere unui regim juridic diferit în privința dobândirii posesiunii moștenirii (discutăm de existența sezei, nu de predarea legatelor), a calității în care participă la procedura succesorală notarială. Vom reveni asupra acestuia aspect când ne vom ocupa, în partea a doua a analizei noastre, de textele noului cod în materie testamentară.

2.6. Reprezentarea succesorală în noul cod civil merită toată atenția. Redăm aici textele:

ART. 965 – Noțiunea

Prin reprezentare succesorală, un moștenitor legal de un grad mai îndepărtat, numit reprezentant, urcă, în virtutea legii, în drepturile ascendentului său, numit reprezentat, pentru a culege partea din moștenire ce i s-ar fi cuvenit acestuia dacă nu ar fi fost nedemn față de defunct sau decedat la data deschiderii moștenirii.

ART. 967 – Condițiile

(1) Poate fi reprezentată persoana lipsită de capacitatea de a moșteni, precum și nedemnul, chiar aflat în viață la data deschiderii moștenirii și chiar dacă renunță la moștenire.

(2) Pentru a veni prin reprezentare succesorală la moștenirea defunctului, reprezentantul trebuie să îndeplinească toate condițiile generale pentru a-l moșteni pe acesta.

(3) Reprezentarea operează chiar dacă reprezentantul este nedemn față de reprezentat sau a renunțat la moștenirea lăsată de acesta ori a fost dezmoștenit de el.

3.6.1. O scurtă incursiune prealabilă în istoria dreptului este necesară. Lipsa unei analize complete a dus în literatura noastră la aprecieri eronate asupra figurii actuale a reprezentării⁶⁶.

Vechiul drept roman (sec. VIII-II î.Hr.) cunoștea tehnica numită *successio in locum*⁶⁷. Aceasta era menită să mențină egalitatea între tulpinile rezultate dintr-un același ascendent, în condițiile în care vreunul dintre descendenții săi i-au precedat. Spre exemplu, fiul A al defunctului nu va înlătura de la moștenire pe nepotul de fiu N al defunctului, copil al fiului B decedat înaintea tatălui lor. Se încerca astfel să se mențină egalitatea menționată, venind în întâmpinarea unei cronologii nefirești a deceselor, care ar fi îndepărtat în mod inechitabil descendenții în grad mai îndepărtat de rudenie cu *decuius*. Dreptul roman considera deci că descendenții beneficiari ai *successio in locum* vin să își exercite **drepturile lor succesoriale proprii rezultate**

din apartenența la o linie, nu pe cele ale părintelui lor precedat. Prin urmare, N din exemplul anterior venea la moștenire nu numai dacă tatăl său B era precedat, ci și dacă era nedemn sau renunțator⁶⁸. N își revendica bunurile în calitate de membru al tulpinii deschise de B, cu drepturi proprii concurente tulpinii lui A.

Receptarea medievală a acestui mecanism succesoral s-a făcut în mod deformat: postglosatorii și continuatorii acestora din sec. XVI au rebotezat-o *representatio* și au considerat-o ca fiind o ficțiune a legii⁶⁹. Codul napoleonian a preluat astfel concepția conforma căreia beneficiarii nu mai sunt chemați în calitate de componenți independenți ai tulpinii deschise de antecesorul lor precedat, ci vin pentru că împrumută poziția sa. Ei urcă în locul și gradul ascendentului lor precedat, culegând moștenirea ce i-ar fi revenit acestuia (art. 664 c.civ.). În consecință, „nu se reprezintă decât persoanele moarte” (art. 668 alin. 1 c.civ.)⁷⁰.

Criticile unanime aduse în Franța⁷¹, în România⁷² și în Québec⁷³ au vizat tocmai consecințele acestei calificări legale.

S-a observat cum nedemnul și renunțatorul nu mai pot fi reprezentați, locul ultimilor nefiind considerat „util”. Ce mai rămâne atunci din rațiunea păstrării egalității între tulpini, dacă o sacrificăm în favoarea unor considerente de funcționare a regulii? Combaterea hazardului unor decese premature nu poate fi reținută ca fundamentare unică și esențială⁷⁴.

O altă critică importantă vizează caracterul personal al pedepsei nedemnității. Acesta se repercutează în mod injust asupra succesorilor nedemnului. Ultimii nu vor putea urca în locul și gradul nedemnului, deoarece el este o persoană în viață și locul său nu este util.

3.6.2. Codul civil al Québec-ului a fost modificat în consecință, permițând reprezentarea precedatului, comorientului și a nedemnului⁷⁵, dar nu și a renunțatorului⁷⁶. Reforma franceză din 2001⁷⁷ a menținut termenul de reprezentare, continuând să-l considere o ficțiune⁷⁸, ceea ce nu l-a împiedicat să permită accesul descendenților unui nedemn la tehnica în discuție⁷⁹.

Reprezentarea renunțatorului a fost permisă în Franța prin o a doua reformă succesorală, operată în anul 2006⁸⁰. Cerută de doctrină pentru a duce până la capăt schimbările inițiate în 2001⁸¹, modificarea a fost considerată necesară și datorită consacrării legislative a posibilității de a face liberalități transgeneraționale și a dreptului recunoscut oricărui descendent de a renunța anticipat la acțiunea în reducere (art. 929 alin. 1 c.civ.fr.)⁸².

În forma inițială a cărții din proiectul de cod civil dedicate succesiunilor și liberalităților, pe care o finalizasem în iulie 2003, propusesem următorul text:

„Partea succesibilului care nu vine la moștenire datorită predecesului, comorienței, renunțării sau nedemnității va fi culeasă, prin efectul reprezentării, de către descendenții săi”.

Intenția ne-a fost de a asigura și în dreptul civil român reprezentarea renunțătorului, nedemnului și a comorienților. Reunirea, în persoana reprezentantului, a condițiilor necesare pentru a moșteni nu mai era necesară. Am urmărit astfel abandonarea concepției de origine medievală a „reprezentării” și am revenit la concepția romană a *successio in locum*. Decizia am justificat-o pe considerentul asigurării unei cât mai complete validări a fundamentului tehnicii: menținerea egalității între tulpini. Revenirea la respectiva soluție își găsește precedente în art. 820 din Codul civil Carol al II-lea (1940)⁸³ și în art. 843 alin. 4 al Proiectului de cod civil din 1971⁸⁴.

Intervențiile ulterioare pe text au considerat prea modernă o atare schimbare, astfel că forma aprobată de Senat în 2004 nu a mai menționat decât reprezentarea predecedatului și a comorientului (art. 724 Proiect). Comisia care a amendat în perioada 2006-2008 Proiectul a decis reintroducerea reprezentării nedemnului, apreciind că rațiunea reprezentării este aceea de a nu crea decalaje arbitrare între descendenții copiilor defunctului sau între descendenții fraților și surorilor defunctului.

În 2010, cu ocazia elaborării Legii de punere în aplicare, s-a observat că trebuie mers până la capăt cu reforma reprezentării. S-a reținut astfel și reprezentarea renunțătorului, astfel cum s-a procedat și în Franța, unde art. 29 §20 al Legii din 23 iunie 2006 a reformulat art. 751 și 754 din C.civ.fi⁸⁵. În felul acesta va fi satisfăcută pe deplin rațiunea reprezentării succesoriale, adică asigurarea unei egalități depline între tulpinile deschise de descendenții defunctului⁸⁶. Textele corespunzătoare din nou cod civil sunt propuse a avea următoarea formulare:

Art.965 – Noțiunea

Prin reprezentare succesorală, un moștenitor legal de un grad mai îndepărtat, numit reprezentant, urcă, în virtutea legii, în drepturile ascendentului său, numit reprezentat, pentru a culege partea ce i s-ar fi cuvenit acestuia dacă **nu ar fi renunțat la moștenirea defunctului** (s.ns. – MDB), dacă nu ar fi fost nedemn față de acesta sau decedat la data deschiderii moștenirii.

ART. 967 – Condițiile

„(1) Poate fi reprezentată persoana lipsită de capacitatea de a moșteni, **renunțătorul** (s.ns. – MDB), precum și nedemnul, chiar aflat în viață la data deschiderii moștenirii și chiar dacă renunță la moștenire.

Se mai observă însă că nu mai există nicio referire la posibilitatea de reprezentare a comorientului.

3.6.3. Atenția ne-a fost reținută în această analiză și de art. 969 NCC, ce reglementează la alineatul întâi un efect particular al reprezentării succesoriale:

„Copiii nedemnului concepuți înainte de deschiderea moștenirii de la care nedemnul a fost exclus vor raporta la moștenirea acestuia din urmă bunurile pe care le-au moștenit prin reprezentarea nedemnului, dacă vin la moștenirea lui în concurs

cu alți copii ai săi, concepuți după deschiderea moștenirii de la care a fost înlăturat nedemnul. Raportul se face numai în cazul și în măsura în care valoarea bunurilor primite prin reprezentarea nedemnului a depășit valoarea pasivului succesoral pe care reprezentantul a trebuit să îl suporte ca urmare a reprezentării”.

Textul de mai sus a avut odiseea sa.

După ce am introdus în 2003 posibilitatea de reprezentare a nedemnului și a renunțătorului, am fost atrași de dispozițiile art. 755 alin. 2 c.civ.fr., introduse prin reforma din 2001 (și finalizate apoi prin cea din 2006). Textul pe care l-am propus în 2003⁸⁷ a fost reformulat în forma supusă Senatului în 2004 (art. 724 alin.2)⁸⁸. Ultima a fost considerată neclară de Comisia de amendare constituită în 2006, astfel că s-a revenit la forma propusă de subsemnatul în 2003, plus o adăugire importantă: teza finală a textului.

În esență, legiuitorul francez a urmărit restabilirea egalității între descendenții nedemnului, în cazul în care doar unul(unii) dintre aceștia a(u) beneficiat de reprezentare, restul nefiind încă concepuți la data deschiderii moștenirii reprezentatului. De exemplu, la moartea lui A, moștenirea sa este culeasă în nume propriu de fiul său B și prin reprezentare de către nepotul său de fiu D, copil al fiului nedemn C al defunctului. După deschiderea succesiunii lui A, este conceput și se naște E, un al doilea copil al lui C. La decesul ultimului, fiul său D va trebui să raporteze la moștenire bunurile culese prin reprezentare din succesiunea bunicului său A, pentru a restabili egalitatea cu fratele său E îndreptățit la raport⁸⁹.

Un studiu publicat de un autor de marcă acum doi ani⁹⁰ ne-a confirmat însă o obiecție pe care profesorul Bogdan Pătrașcu o ridicase în timpul lucrărilor din primăvara anului 2003 și la care atunci ceilalți membri ai comisiei nu am reflectat îndeajuns: o atare prevedere contravine regulii esențiale a capacității succesurale, conform căreia cel neconceput la data deschiderii moștenirii este indiferent devoluțiunii succesurale (art. 725 c.civ.fr., art. 654 c.civ. și art. 957 alin.1 NCC). Constatăm astăzi că receptarea noului text francez a fost una pripită. Reprezentarea este menită să asigure egalitatea între tulpini, oferind componentilor lor apți și dornici să succeadă posibilitatea de o face. Dar tehnica este una excepțională (și trebuia menținută ca atare) numai în raport cu principiul proximității gradului de rudenie, nu și cu regula capacității succesurale. Astfel spus, excepționalitatea reprezentării față de principiul proximității gradului de rudenie nu permite depășirea regulilor de capacitate succesorală: numai membrii existenți (născuți sau concepuți) ai tulpinii vor beneficia de reprezentare. Așa cum arăta profesorul Grimaldi, „aplicarea făcută aici se înrudește cu soluții pe care nimeni nu se gândește să le repună în cauză: dacă un copil decedează lăsând pe părinții săi și pe un frate, moștenirea sa va fi *definitiv* dobândită acestora, fără ca fratele postum care i-ar surveni să poată reclama ceva”⁹¹.

În fine, dacă textul va fi totuși menținut, el ar fi trebuit să fie completat cu ipoteza renunțătorului, cum s-a făcut și la art. 965 și 967 NCC.

3.6.4. Concluzia acestei secțiuni ar fi următoarea: regulile reprezentării la moștenire sunt modernizate în art. 965 și 967 NCC, ținând seama de criticile aduse reglementării actuale și de evoluțiile recente din dreptul comparat al unor țări cu care suntem înrudiți juridic.

Legiuitorul român a făcut un pas important în ameliorarea acestei tehnici succesoriale, renunțând la conceptul artificial și dăunător de „ficțiune a legii” (art. 664 c.civ.). Art. 965 NCC a reformulat noțiunea, prevăzând: „Prin reprezentare succesorală, un moștenitor legal de un grad mai îndepărtat, numit reprezentant, urcă, în virtutea legii, în drepturile ascendentului său [...]”. Trebuie observat cum legiuitorul nostru, ca și cel canadian⁹², a procedat mai în acord cu reformele ce le-a întreprins decât au făcut-o confracții francezi. Textul art. 751 c.civ.fr. (înlocuind pe cel al fostului art. 739) s-a mulțumit cu înlocuirea sintagmei „ficțiune a legii” cu cea de „ficțiune juridică”. Or, restaurarea posibilității de reprezentare a nedemnului și a renunțătorului face ca venirea la moștenire a beneficiarului să fie **o realitate**; aceasta se face **în nume propriu**, de membru al tulpinii din care face parte, nu prin reprezentarea fictivă a antecesorului mai apropiat în grad de defunct. Ca urmare, și legiuitorul nostru și cel canadian ar fi trebuit (pentru a curma orice dubiu) să renunțe chiar la derutanta denumire de „reprezentare”. Nu este însă primul caz în care o instituție juridică ajunge să poarte un nume impropriu esenței ei ...

3.7. Capitolul III intitulat „**Moștenitorii legali**” încorporează codului dispozițiile actualei Legi nr. 319/1944⁹³, privind dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor.

Reglementarea respectivă operase o modificare radicală, îndelung solicitată de mediul juridic românesc, a regimului devoluțiunii legale a moștenirii⁹⁴. Preluarea aici aproape *ad litteram* a textelor napoleoniene generase un tratament succesoral derizoriu pentru partenerul de viață al defunctului: o colaborare afectivă și pecuniară deloc neglijabilă nu avea alt ecou decât un ipotetic drept de moștenire în absența oricărei alte rude de sânge (art. 672 c.civ.), o creanță pentru anul de doliu (art. 1279 c.civ.) și un uzufruct conferit văduvei sărace (art. 684 c.civ.).

Legea din 1944 a adus soțul supraviețuitor în prim planul moștenirii legale. România a devenit astfel una dintre cele mai avansate țări europene în curentul general de opinie favorabil ameliorării situației juridice a acestuia: drept de moștenire în plină proprietate recunoscut în concurs cu orice ordin de succesori, un drept temporar de abitație și un drept special de moștenire legală cu destinație specială asupra anumitor bunuri.

Toate aceste chestiuni sunt preluate în art. 970-974 NCC.

Noutățile față de reglementarea din 1944 sunt introducerea în text a soluționării jurisprudențiale și doctrinare reținute în caz de căsătorie putativă (alin. 3 al art. 972)⁹⁵, precizarea relativ la necesitatea ca supraviețuitorul să nu aibă vreun „*drept real*” (s.n.s. – MDB) de a folosi o altă locuință corespunzătoare” (art. 973 alin. 1)⁹⁶

și calificarea dreptului de abitație în cauză ca gratuit, inalienabil și inesesizabil (art. 973 alin. 2). Toate sunt rezultatul unor concluzii desprinse din Tratatul profesorului Deak, sinteză a dezbaterilor jurisprudențiale și doctrinare pe marginea problemei.

În literatura noastră mai recentă s-a argumentat că, sub imperiul Legii nr. 319/1944, nu se poate reține caracterul gratuit al dreptului temporar de abitație⁹⁷. Constatarea este corectă teoretic, iar consecințele ei practice nu sunt deloc neglijabile: titularul abitației va trebui să compenseze pecuniar echivalentul lipsei de folosință al celorlalți comoștenitori.

În ce ne privește, observăm că analiza practicii și teoriei ultimilor șazeci și cinci de ani ne relevă un aspect: intenția legiuitorului de la 1944 de a conforta patrimonial soțul supraviețuitor a fost atât de conștiincios asumată în jurisprudență și doctrină, încât aparent nimeni nu s-a gândit și nu se gândește că aici nu s-ar menține un just echilibru patrimonial față de comoștenitori. Mihail Eliescu pare să fi avut totuși o asemenea intenție, dar fragmentul în care pare să o facă este incoerent și nedevelopat prin vreo motivare⁹⁸. Nu am găsit în practica noastră publicată și nepublicată vreo speță în care ceilalți succesori să fi ridicat problema în cauză. S-a văzut la începutul analizei noastre cum pretorul, convins de valoarea rudeniei de sânge, acorda drepturi succesoriale împotriva dispozițiilor Legii celor XII Table. Soluția sa era teoretic ilegală, dar s-a impus pentru că era în acord cu optica societății asupra respectivei probleme.

Suntem deci în fața unei orientări covârșitor majoritare de ignorare pretoriană, din 1944 până în prezent, a lipsei unui text ce să conțină o menționare expresă a caracterului gratuit. Alineatul secund al art. 973 NCC o consfințește legislativ și pune punct discuției.

(sfârșitul primei părți a analizei)

¹ Prezentul text este forma extinsă a comunicării prezentate în cadrul conferinței internaționale biennale organizate de Facultatea de Drept și științe administrative a Universității de Vest, desfășurată la Timișoara, în perioada 28-29 octombrie 2010.

* Lector, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca, membru în Comisia de elaborare a Noului Cod civil (2002-2003), respectiv a Legii de punere în aplicare a Noului Cod civil (2010); mirceabob@law.ubbcluj.ro

² Expresia apare în Gaius II.103. Asupra metodei, v. Vladimir Hanga, *Drept privat roman. Tratat*, EDP, București, 1978, p. 72-73 și 82-83.

³ Pentru detalii, v. Vladimir Hanga, Mircea Dan Bob, *Curs de drept privat roman*³, Universul juridic, 2009, p. 225-226 nr. 4, p. 229 nr. 6, p. 241 nr. 15.

⁴ Gaius III.80.

⁵ Gaius IV.34.

- ⁶ *Mancipatio* a fost cel mai vechi și mai important mod de transferare a stăpânirii (*dominium*) asupra unui bun. Era compus dintr-o serie de formalități cu semnificație religioasă și a servit ca mod general de transfer al principalelor valori pecuniare într-o epocă în care nu erau încă cunoscute și teoretizate instituții precum proprietatea și contractele.
- ⁷ Gaius II.103.
- ⁸ Gaius II.1.19; Ulpian, *Reg.* XXVIII.6; Inst. 2.10.2.
- ⁹ V. Mircea Dan Bocșan, *Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, teză, Lumina lex, București, 2000, p. 34-35.
- ¹⁰ Gaius II.57.
- ¹¹ Ulpian, *Dig.* XXIX.2.12.
- ¹² Gaius II.158.
- ¹³ Publicată în M.of. nr. 511/24 iulie 2009.
- ¹⁴ Proiectul Legii de punere în aplicare a fost publicat pe situl Ministerului: http://www.just.ro/Sections/PrimaPagina_MeniuDreapta/Proiectulnoulucodcivil/proiectuldeLegepentrupunereaianaplicareaLeg/tabid/1452/Default.aspx
- ¹⁵ Convenim ca textele Noului Cod Civil să fie desemnate abreviat prin NCC, în timp ce cele ale actualului cod să apară cu formula uzuală C.civ.
- ¹⁶ „Dreptul de proprietate se poate dobândi, în condițiile legii, prin convenție, testament, moștenire legală, accesiuone, uzucapiune, ca efect al posesiei de bună-credință în cazul bunurilor mobile și al fructelor, prin ocupațiune, tradițiune, precum și prin hotărâre judecătorească, atunci când ea este translativă de proprietate prin ea însăși”.
- ¹⁷ „Domiciliul unei succesiuni este domiciliul cel din urmă al defunctului”.
- ¹⁸ „Succesiunile se deschid prin moarte”.
- ¹⁹ Art. 49 al Decretului pentru punerea în aplicare a Codului familiei și a Decretului privind la persoanele fizice și persoanele juridice, publicat în B.Of. nr. 9 din 31.I.1954.
- ²⁰ Publicat în B.of.nr. 2 din 22.I.1953.
- ²¹ Referitoare la Aplicare dispozițiilor normative privind organizarea și funcționarea Notariatului de stat.
- ²² Publicată în M.Of., I, nr. 92 din 16.V.1995.
- ²³ Publicat în B.Of. nr. 8 din 30.I.1954.
- ²⁴ Publicată în M.Of. nr. 39 din 31.I.2000.
- ²⁵ Adagiul *infans conceptus pro iam nato habetur quotiens de eius commodo agitur* a fost desprins din textele jurisconsultilor romani clasici: Paulus, *Dig.* I.5.7, Iulian, *Dig.* I.5.26, Celsus, *Dig.* 38.16.7. Pentru detalii, v. Hanga, *Adagii juridice latinești*, Lumina lex, București, 1998, p. 54; Ion Deleanu, Sergiu Deleanu, Dacia, *Mică enciclopedie a dreptului. Adagii și locuțiuni latine în dreptul românesc*, Cluj-Napoca, 2000, p. 151-152.
- ²⁶ Cuvântul fundației este folosit aici în sensul său de liberalitate (act juridic), nu în cel de persoană morală. Pentru detalii asupra necesarei separări de sens, v. studiul nostru: M.D. Bocșan, *Discuții cu privire la unele probleme controversate referitoare la fundații*, în *Dreptul* nr. 10/1999, p. 30 pct. 3.
- ²⁷ Publicată în M.Of. nr. 27 din 6.II.1924.
- ²⁸ „În cazul în care mai multe persoane au murit în aceeași împrejurare, fără să se poată stabili dacă una a supraviețuit alteia, ele sunt socotite că au murit deodată.” Pentru detalii, v. trimerile făcute de Ionel Reghini în Ionel Reghini, Șerban Diaconescu, Paul Vasilescu, *Introducere în dreptul civil²*, Sfera juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 101 nota 4 și 102 notele 1 și 4.
- ²⁹ J-B. Donnier, în *Juris Classeur civil*, art. 725 à 729-1 fasc. 10 nr. 92.

- ³⁰ Francisc Deak, *Tratat de drept succesoral*, Actami, București, 1999, p. 55-56 nr. 30.
- ³¹ Dan Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Rosetti, București, 2003, p. 49-50.
- ³² Intrat în vigoare la 1 ianuarie 1994. Textul complet este disponibil gratuit la adresa <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ/CCQ.html> (în varianta franceză) și http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ/CCQ_A.html (în varianta engleză).
- ³³ Publicat în M.Of., p. I, nr. 4/8.I.1990. Pentru detaliile problemei: Deak, *op.cit.*, p. 70 nr. 40.2; Chirică, *op.cit.*, p. 53-54 nr. 30.
- ³⁴ Matei B. Cantacuzino, *Curs de drept civil*², Ramuri, Craiova, f.a. (1925), p. 239; Deak, *loc.cit.supra*; Dumitru Macovei, Iolanda Elena Cadariu, *Drept civil. Succesiuni*, Junimea, Iași, 2005, p. 43; Veronica Stoica, *Dreptul la moștenire*, Universul juridic, București, 2007, p. 57.
- ³⁵ Michel Grimaldi, *Droit civil. Successions*⁶, Litec, Paris, 2001, p. 95. Este vorba, desigur, de situația de până la modificarea în 2001 a textului echivalent francez, art. 727.
- ³⁶ Deak, *op.cit.*, p. 71. În mod just se arată că există fapte grave ce niciodată nu au fost sancționate cu moartea.
- ³⁷ Chirică, *loc.cit.supra*.
- ³⁸ *id.*, p. 53 nota 4.
- ³⁹ V. detaliile oferite de Mihai G. Rarincescu, în *Curs de drept civil pentru anul IV licență. Succesiunile (ab intestate și testamentare) și donațiunile*, București, 1945, p. 36-37.
- ⁴⁰ George P. Petrescu, *Succesiunile*, vol. I, Tip. Gutenberg, București, 1895, p. 124.
- ⁴¹ Constantin Nacu, *Curs de drept civil român*, vol. II, București, 1903, p. 31.
- ⁴² Alexandresco, *op.cit.*, p. 91.
- ⁴³ Rarincescu, *op.cit.*, p. 159.
- ⁴⁴ Unul dintre cei doi autori români mai vechi care milita pentru funcționalitatea acestui caz de nedemnitare scria: „[...] ce înseamnă o denunțare gravă și unde trebuie să se oprească judecătorul cu aprecierea gravității denunțării? Obiecțiunea este și ar fi serioasă, o recunoaștem singuri.” (Petrescu, *op.cit.*, p. 124-125)
- ⁴⁵ Alexandresco, *op.cit.*, p. 81 nota 1, p. 89; Macovei, Cadariu, *op.cit.*, p. 43 nota 56.
- ⁴⁶ „Celui qui est condamné pour dénonciation calomnieuse contre le défunt lorsque, pour les faits dénoncés, une peine criminelle était encourue”. V. și Donnier, *loc.cit.*, fasc. 20 nr. 33.
- ⁴⁷ Deak, *op.cit.*, p. 71 nr. 40.3, cu nota 31.
- ⁴⁸ „Este îndepărtat de la moștenire, ca nevrednic, la data deschiderii acesteia, cel care a fost condamnat, potrivit legii penale, pentru că a săvârșit, cu intenție, o faptă împotriva vieții persoanei care lasă moștenirea **sau împotriva vieții celui care înlătura sau restrângea chemarea la moștenire a făptuitorului** (s.n. – MDB)”.
- ⁴⁹ Cantacuzino, *loc.cit.supra*.; Ion Rosetti Bălănescu, Alexandru Băicoianu, *Drept civil român*, vol. III *Regimuri matrimoniale. Donațiuni. Succesiuni. Testamente*, Socec, București, 1948 p. 224.
- ⁵⁰ „Cei vinovați de fapte de nedemnitare sunt totuși admiși la succesiune, dacă defunctul i-a iertat în mod expres în mod expres printr-un act autentic sau prin testament.”
- ⁵¹ Art. 815 alin. 1 c.civ. Carol al II-lea: „Sunt nedemni de a succede **sau de a dobândi prin legat** (s.ns. – MDB)[...]”.
- ⁵² Germain Brière, *Droit des successions*³, revăzută și actualizată de Jacques Beaulne, Wilson & Lafleur, Montréal, 2002, p. 45.
- ⁵³ Alexandresco, *op.cit.*, p. 81; Rosetti Bălănescu, Băicoianu, *op.cit.*, p. 228; Deak, *op.cit.*, p. 66; Chirică, *op.cit.*, p. 50; Stoica, *op.cit.*, p. 53; Donnier, *loc.cit.*, fasc. 20 nr. 4-5.

- ⁵⁴ „Revocarea judecătorească a legatului poate fi solicitată și pentru ingratitude în următoarele cazuri:
 a) dacă legatarul a atentat la viața testatorului, a unei persoane apropiate lui sau, știind că alții intenționează să atenteze, nu l-a înștiințat;
 b) dacă legatarul se face vinovat de fapte penale, cruzimi sau injurii grave față de testator ori de injurii grave la adresa memoriei testatorului”.
- ⁵⁵ Pentru detalii, v. Hanga, Bob, *op.cit.*, p. 158-159 nr. 22.
- ⁵⁶ V. Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, vol. I, Domat Montchrestien, Paris, 1947, p. 487 nr. 349; Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2002, p. 1231 nr. 909 și p. 1288 nr. 958.
- ⁵⁷ Dig. XXXIV.9. V. și Constantin St. Tomulescu, *Drept privat roman*, TUB, București, 1973, p. 214 nr. 334.
- ⁵⁸ Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*⁶, LGDJ, Paris, 1913, p. 353 nr. 1734.
- ⁵⁹ Donnier, *op.cit.*, fasc. 20 nr. 12.
- ⁶⁰ Textul este bază de corelare pentru tezele finale ale art. 975 alin.2 și art. 982 alin.2 NCC.
- ⁶¹ Ideea se regăsește în tratatul publicat în 1999, anterior citat, la pagina 84.
- ⁶² Chirică, *op.cit.*, p. 66 nr. 46.
- ⁶³ *Id.*, p. 233 cu nota 2 și 271 cu nota 1. Pentru îndoieli asupra corectitudinii rezolvării, v. și Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Les successions. Les libéralités*, Defrénois, Paris, 2004, p. 265.
- ⁶⁴ V. și Deak, *op.cit.*, p. 300-301. Aceeași soluție o oferă, fără explicații însă, Christian Jubault, în *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 436 nr. 732.
- ⁶⁵ Rosetti Bălănescu și Băicoianu nu numai că nu pun la îndoială adagiul *exclure, c'est instituer*, ci merg fără probleme mai departe și apreciază că dezmoștenirea expresă neînsoțită de instituire este un legat indirect. „Un astfel de legat indirect, făcut sub formă negativă, este valabil în virtutea principiului libertății formei legatelor.” (*op.cit.*, p. 536 nr. 1368).
- ⁶⁶ Cum o face de exemplu Alexandru Otetelișanu, în *Curs de drept civil comparat, cu aplicații la dreptul provinciilor alipite – Succesioni*, Cultura poporului, București, 1937, p. 460-462. La fel procedează și alți autori de marcă, afirmând: „Reprezentățiunea n-a fost cunoscută la Romani decât târziu; dreptul civil nu pomenește de ea. Cu toate că dreptul pretorian n-a avut alt scop decât să mărească cercul prea restrâns al moștenitorilor dreptului civil, instituția reprezentațiunii n-a fost consacrată decât de Iustinian (sic!).” (Rosetti Bălănescu, Băicoianu, *op.cit.*, p. 235 nr. 549).
- ⁶⁷ G III.2 și 7-8; Ulpian, Reg. XXVI.2 și Dig. XXXVIII.16.1.4-6; Paul, *Sent.* IV.8.8; Inst. III.1.2b și 1.6; Nov. CXVIII.3 și CXXVII.1; Celsus, Dig. XXXVII.6.7.
- ⁶⁸ Pomponius, Dig. XXXVIII.6.5.2.
- ⁶⁹ Jean Bart, *Histoire du droit privé*, Montchrestien, 1998, pp. 82-83, 355; Lévi, Castaldo, *op.cit.*, p. 1091-1092, 1104-1105, 1121-1122, 1166, 1176 și studiul detaliat asupra situației din vechiul drept francez, elaborat de către Quentin Epron, *La représentation successorale. Réalité coutumière, fiction savante*, în *Droits* nr. 31 (2000), p. 127-158.
- ⁷⁰ Pentru mai multe detalii asupra problemelor expuse, v. studiul nostru *La représentation successorale - le retour d'une règle romaine?*, publicat în *Revue internationale des droits de l'antiquité*, tome L (2003), p. 37-46, disponibil și în format electronic la adresa <http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/2003/Bocsan.pdf>.
- ⁷¹ Sinteza acestora la Sophie Gaudemet, *La représentation successorale au lendemain la loi du 23 juin 2006*, în *Defrénois* 18/2006, p. 1366. V. și Stéphane Piedelièvre, *Réflexions sur la réforme des successions*, în *Gazette du palais* nr. 96/2002, § 58.

- ⁷² „Regula împărțirii pe tulpini este bazată pe dreptate și ar fi fost bine ca legiuitorul s-o fi generalizat, extinzând-o și la ipotezele în care succesibilii de un grad mai îndepărtat sunt chemați la moștenire prin excluderea succesibililor mai apropiați, fie în urma renunțării acestora, fie din cauza nedemnității lor” (Rosetti Bălănescu, Băicoianu, *op.cit.*, p. 236 nr. 554, cu aplicațiile practice preluate de la autorii francezi și expuse la p. 237 nr. 555).
- ⁷³ Brière, *op.cit.*, sursele citate la p. 130 nota 87.
- ⁷⁴ „În rezumat, dacă legiuitorul a instituit reprezentarea, a făcut-o în mod cert pentru neutralizarea hazardului, **dar pentru a-l neutraliza în vederea salvagădării egalității tulpinilor** (s.ns. – MDB).” (Grimaldi, *op.cit.*, p. 135-136 nr. 131); v. și Bogdan Dumitrache, Marian Nicolae, *Discuții privitoare la reprezentarea succesorală* (II), în *Dreptul* nr. 4/1999, p.35.
- ⁷⁵ Art. 660 CCQ: „La représentation est une faveur accordée par la loi, en vertu de laquelle un parent est appelé à recueillir une succession qu’aurait recueillie son ascendant, parent moins éloigné du défunt, qui, étant indigne, prédécédé ou décédé au même instant que lui, ne peut la recueillir lui-même”.
- ⁷⁶ Art. 664 C.C.Q.: „On ne représente pas celui qui a renoncé à la succession [...]”.
- ⁷⁷ Pentru detalii, Marie-Cécile Forgeard, Richard Crône, Bertrand Gelot, *Le nouveau droit des successions et des libéralités. Loi du 23 juin 2006, commentaries et formules*, Defrénois, 2007, p. 16-17.
- ⁷⁸ Art. 751 C.civ.fr. (*L. 2001-1135 de 3 déc. 2001): „La représentation est une fiction de la loi, dont l’effet est de faire entrer le représentants dans les droits du représenté”.
- ⁷⁹ Art. 755 & 1 C.civ.fr. (*L. 2001-1135 de 3 déc. 2001): „La représentation est admise en faveur de enfants et descendants de l’indigne, encore que celui-ci soit vivant à l’ouverture de la succession”. V. și art. 729-1 C.civ.fr.
- ⁸⁰ Art. 754 & 1 C.civ.fr. (*L. 2001-1135 de 3 déc. 2001) prevedea „On représente les prédécédés, on ne représente pas les renonçants”. În urma modificărilor operate prin Legea din 23 iunie 2006, textul edictează: „On ne représente les renonçants que dans les successions en ligne directe ou colatérale”. V. pentru detalii: Gaudemet, *cit.supra*, p. 1366; Christophe Blanchard, *Présentation de la réforme des successions et des libéralités*, în *Droit & patrimoine* nr. 153 din noiembrie 2006, p. 26; Axel Depondt, *De quelques aspects pratiques et fiscaux de la loi du 23 juin 2006*, în *Revue Lamy Droit civil*, Suplimentul la nr. 35 din februarie 2007, p. 74-75.
- ⁸¹ V. Piedelièvre, *loc.cit.supra*.
- ⁸² Forgeard, Crône, Gelot, *loc.cit.supra*.
- ⁸³ „Moștenitorul care nu vine la moștenire din cauza **predecesului, renunțării sau nedemnității** (s.ns – MDB), este înlocuit, prin efectul reprezentării de descendenții săi, potrivit apropierii gradului de rudenie.”
- ⁸⁴ „Reprezentarea se va produce și în cazul când cel care urmează a fi reprezentat trăiește la deschiderea succesiunii dar este înlăturat de la aceasta prin nevrednicie sau dezmoștenire.”
- ⁸⁵ Pentru critica art. 660 CCQ, care nu a admis reprezentarea renunțătorului, v. Brière, *op.cit.*, p. 131 nr. 221.
- ⁸⁶ Așa cum arăta o autoare franceză, „longtemps, pourtant, la représentation n’a que partiellement permis d’assurer une égalité des souches. Ce n’est qu’avec les réformes de 2001 et de 2006 que, de façon empirique, le législateur a établi une pleine égalité entre les souches” (Gaudemet, *loc.cit.supra*).
- ⁸⁷ „Copiii nedemnului, respectiv ai renunțătorului concepuți înainte de deschiderea succesiunii de la care acesta fusese exclus vor raporta la succesiunea lui bunurile pe care le moșteniseră în locul său, dacă vin în concurs cu alți copii concepuți după deschiderea primei succesiuni”.

⁸⁸ „Bunurile moștenite de descendenții nedemnului sau ai renunțătorului, la deschiderea succesiunii de la care acesta fusese exclus, se vor raporta la succesiunea nedemnului sau renunțătorului, dacă vin în concurs cu alți descendenți ai acestuia, concepuți după deschiderea succesiunii în care a operat nedemnitătea”.

⁸⁹ Conform tezei finale, raportul se face numai dacă a tras vreun folos dintr-o succesiune solvabilă a antecesorului moștenit prin reprezentare.

⁹⁰ Michel Grimaldi, *La représentation de l'héritier renonçant*, în *Defrénois* 1/2008 nr. 38698 § 8.

⁹¹ *Id.*, *loc.cit.*

⁹² Art. 660 CCQ: “La représentation est une faveur de la loi [...]”.

⁹³ Urmând *Nota redacției* publicată în *Dreptul* nr. 3/2007, p. 47-48, corect ar fi să utilizăm titlatura de Decret-Lege nr. 319/1944, nu cea consacrată. Nu dorim însă să mai derutăm cititorul cu o formulare diferită de cea de pe acum încetățenită.

⁹⁴ *E.g.*, Alexandresco, *op.cit.*, p. 188-189 și 213; Rosetti Bălănescu, Băicoianu, *op.cit.*, p. 233 nr. 603. Pentru sinteza evoluției legislative în materie, v. Mircea Dan Bob, *Succession et famille – Rapport roumain aux Journées roumaines de l'Association „Henri Capitant” des amis de la culture juridique française*, în SUBB nr. 3/2010, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articolId=352>, nr. 5.

⁹⁵ Rezultată din aplicarea art. 23 alin. 1 c.fam.

⁹⁶ Textul art. 4 Decr.-Lege 319/1944 era mai vag: „soțul supraviețuitor care nu are o locuință proprie”.

⁹⁷ Chirică, *op.ct.*, p. 106.

⁹⁸ Mihail Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul RSR*, Ed. Academiei Române, București, 1966, p. 143.

**GUVERNANȚA CORPORATIVĂ
ÎN SECTORUL BANCAR DIN ROMÂNIA¹**

Radu N. CATANĂ*
Adrian POPA**

Abstract. Corporate Governance in the Romanian Banking System. *The Corporate Governance concept and instrumentation were significantly challenged by the recent financial crisis, with the result of retaining a more pronounced regulatory nature. It is now clear that better governance may only be achieved through better regulation. The financial crisis context tendered the acceleration of banking corporate governance costumization, while both the business environment and the public policies bring their attention to the radical improvement of governance practices. Using the empirical method of the questionnaire and through the direct contact with executive banking lawyers, it was found that procedures concerning the activity of financial institutions bodies, as well as the protection of minority shareholders only reveals punctual issues that may be solved without regulatory intervention (e.g. usage of independent or at least outside directors in banks' boards, procedures related to the management transparency ec.). The most relevant issue is the necessity of reconceptualizing the significance of banks' relationship with the stakeholders. The replacement of financial institutions' relationship with the clients (in both deposits and credits) and the government should begin from recognizing their importance in the content of corporate interests' concept. In the banking field, the maximization of shareholders value as prevailing orientation the corporate managers is limited by the public significance of these financial institutions' activity. Therefore, one should seriously take into consideration a new orientation of the law and jurisprudence with the view of recognizing – at a certain extend - the directors duties of care and dilligence to the benefit of stakeholders. Such resettlement would allow banks to get back from the role they assumed before criss – which was the care of showing huge profits on short term – to their fundamental role as financial intermediary in which long term relationship with clients prevails.*

Key words: *corporate governance, banking system, banking corporate governance, financial crisis, regulator, shareholder, stakeholder, Board of Directors, director, remuneration, transparency, compliance, audit, ethics.*

Cuvinte cheie: *gubernanță corporativă, sector bancar, criză financiară, autoritate de supraveghere, acționar, deținător de interese, Consiliu de Administrație, administrator, remunerare, transparență, conformare, audit, etică.*

1. CRIZA FINANCIARĂ ȘI GUVERNANȚA CORPORATIVĂ – ÎNTRE CONTEXT ȘI PRETEXT

Aprecierile din acest material referitoare la guvernanța corporativă în sectorul bancar românesc se fundamentează pe cercetarea și evaluarea documentelor publice relevante ale unor instituții de credit, dar și pe observațiile empirice deduse din contactul nemijlocit cu persoane din conducerea a trei bănci din România.

Lucrarea tratează particularitățile guvernanței corporative bancare având în vedere patru axe de analiză: (i) structurile de conducere și control ale instituțiilor de credit, precum și activitatea acestora, cu o privire specială asupra Consiliului de Administrație; (ii) tratamentul acționarilor minoritari; (iii) situația deținătorilor de interese (*stakeholders*)² și (iv) etica.

Aceasta din urmă considerăm că prezintă o importanță aparte în cazul băncilor, datorită opacității notorii³ a situațiilor financiare ale instituțiilor de credit, care generează un dezechilibru problematic între, pe de o parte, posibilitățile iluzorii ale acționarilor și deponenților de a supraveghea managementul băncii, și pe de altă parte, posibilitățile concrete ale managerilor băncii de a exploata controlul deplin asupra informației pe care o dețin, în vederea maximizării veniturilor lor și ale acționariatului de control. În aceste condiții, întrucât după criza financiară se resimt consecințele unui moment în care a avut loc cea mai netă ruptură a lumii corporatiste de principiile eticii în afaceri, poate principalul gând ar trebui să se îndrepte spre restaurarea etică și morală.

Este adevărat că acest demers asupra guvernanței corporative în domeniul bancar apare într-un moment în care este conturat un clivaj între climatul pe care îl regăsește guvernanța corporativă în România, unde se vorbește despre modalitatea în care își găsesc aplicare principiile *corporate governance*, și situația în care se găsește conceptul inițial pe plan internațional, acolo unde este amenințat să dispară. Într-adevăr, *corporate governance* a apărut ca o strategie liberală de autoreglementare a companiilor și piețelor financiare în vederea responsabilizării administrației societăților, în contextul în care în *Common Law* este dificil de angajat răspunderea administratorilor datorită regulii judiciare *business judgment rule*⁴. În ultimul deceniu, *corporate governance* a devenit unul dintre instrumentele pozitive ale globalizării, iar transplantul și aplicarea regulilor și principiilor guvernanței corporative au fost generalizate în toate sistemele juridice democratice. Uniunea Europeană a stabilit încă din 2003 că mijlocul principal de modernizare a dreptului societăților comerciale constă în îmbunătățirea guvernanței corporative⁵, iar foarte recent și-a asumat un plan concret de acțiune privitor la guvernanța corporativă în instituțiile financiare⁶.

După unele semne, actuala criză financiară și, totodată, juridică, ne arată că intervenția statului prin reglementare și supraveghere pare să fie nu numai o soluție salvatoare a capitalismului, dar și o necesară ajustare prin constricție a liberalismului autoreglementar. “Anterior crizei”, avansul luat de abordarea interdisciplinară a reglementării în dreptul societăților și tendința de promovare a unui evident consecvenționalism în stabilirea opțiunilor legislative în domeniu fuseseră conceptualizate

printr-o etichetă: “spre o mai buna reglementare, printr-o mai bună guvernare”⁷. În timpul crizei financiare, capitalismul financiar a fost salvat datorită intervenției determinante a statelor, care au sprijinit nu doar coloșii financiari ce deveniseră „*too big to fail*”, ci însăși economia de piață. Azi, “după criză”, aceste instituții financiare se laudă că și-au reconstruit bilanțurile, iar guvernele își caută strategiile de a-si recupera investițiile făcute pentru a ajuta aceste instituții, reforme legislative masive anunțându-se în toată lumea. De aceea, “după criză” este evident și pentru instituțiile europene că mijlocul de obținere a bunei guvernante rezidă într-o mai bună reglementare⁸, afirmație care ar fi părut absurdă cu un deceniu în urmă.

Preocupări extrem de serioase sunt observabile nu numai la nivelul statelor naționale⁹, ci și al instituțiilor internaționale¹⁰ pentru găsirea unor formule de îmbunătățire a guvernantei corporative. Toate acestea tind spre a defini, mai întâi, și a transpune în practică, ulterior, ceea ce se cheama *good corporate governance*, concept care reclamă fundamente juridice, de reglementare și instituționale corespunzătoare, în contextul în care o varietate de factori, incluzând aici corpul de reglementări legale destinat mediului de afaceri, regulile aplicabile tranzacțiilor cu valori mobiliare și standardele de contabilitate pot afecta integritatea pieței și stabilitatea sistemică¹¹.

Desigur, acest material este expresia convingerii că guvernanța corporativă nu este la sfârșitul epocii sale, ci mai degraba suferă o perioadă de transformări care îi vor atribui un mai pronunțat caracter normativ. Pe măsură ce instituțiile financiare devin mai complexe și mai centralizate în alte state decât cele în care își desfășoară activitatea, legiuitorul are un rol tot mai important în edictarea de norme care sa permită supravegherea eficientă a acestora. Corelativ și natural, previzionăm că vor crește rolul și răspunderea Consiliului de Administrație și directorilor executivi, respectiv ale Consiliului de Supraveghere și Directoratului.

2. CONSILIUL DE ADMINISTRAȚIE

2.1 Structura Consiliului de Administrație

Începând cu 2006, sub influența dreptului privat german, legislația română a societăților comerciale a dat posibilitatea, regăsită și în dreptul francez, ca societățile pe acțiuni să se administreze potrivit sistemului unitar (care, după modelul britanic, presupune un Consiliu de Administrație și director executiv caruia i se delegă atribuțiile de conducere și reprezentare și care poate fi membru al Consiliului) ori potrivit sistemului dualist (care presupune Consiliul de Supraveghere și Directorat, după modelul german). Introducerea acestei opțiuni poate fi considerată rezultatul unui determinism cultural. Dintre societățile de naționalitate română, cele care optează efectiv pentru sistemul dualist sunt instituțiile financiare cu capital austriac și german. În schimb, celelalte societăți preferă sistemul unitar, mult mai familiar și mai apropiat din punct de vedere cultural, în unele cazuri acesta fiind privit ca opțiunea evidentă pentru cele mai multe dintre societățile bancare din România, care au facut obiectul cercetării noastre.

Consiliul de Administrație (*Board*) al băncilor românești se prezintă ca un organ societar colegial, de dimensiuni reduse, având în compunerea sa, în medie, un număr de șapte membri. Deși este statistic dovedit faptul că sunt mai extinse numeric consiliile băncilor (de administrație sau de supraveghere) decât ale marilor întreprinderi care operează în alte industrii, studiile din ultimul deceniu au indicat că organele de administrare bancare au tendința de a se reduce ca mărime, oarecum în chip de relevare formală a orientării în vederea reducerii de costuri și a eficientizării activității *Board*-ului. Într-adevăr, literatura anilor '90 s-a concentrat să demonstreze legătura dintre un *Board* numeros și eficiența acestuia, căutând argumente pentru necesitatea reducerii numărului de membri, în special din perspectiva controlului costurilor aferente unui *Board* lărgit¹².

Cu toate acestea, cele mai recente studii¹³ privind legătura structurii și mărimii consiliilor cu eficiența companiei administrate, au arătat că nu ar exista o legătură negativă între performanța băncii și faptul că *Board*-ul acesteia este numeros. Din contră, potrivit aceluiași studii, impunerea unor constrângeri privind numărul membrilor Consiliului de Administrație sau de Supraveghere poate fi contra-productivă. Susținem această ultimă abordare, care ar conferi șanse structurale încadrării în consilii a cât mai multor membri independenți sau cel puțin *outsider*-i, a căror contribuție nu poate fi decât sporirea gradului de corectitudine și obiectivitate a deciziilor de afaceri adoptate.

Cercetarea a reliefat faptul că acționarii își exercită controlul asupra societății deținute în mod diferit, distingându-se două situații. La instituțiile de credit cu un acționariat concentrat, controlul asupra Consiliului de Administrație este exercitat direct, prin numirea unor membri ale căror legături cu acționarul care face numirea sunt expuse în mod transparent, în timp ce la instituțiile de credit având un acționariat dispersat, tendința de control se manifestă prin numirea unor membri apropiați acționarilor care controlează pachete de acțiuni importante, dar a căror relații de afiliere sunt de multe ori disimulate sau ocluate.

Consiliul de Administrație este condus de un președinte, care în majoritatea cazurilor este unul dintre membrii executivi. Directorul General (*Chief Executive Officer - CEO*) al instituțiilor de credit nu figurează în compoziția Consiliului de Administrație. Printr-o modificare legislativă¹⁴, a fost prohibită cumularea calității de director executiv (care se desfășoară în baza contractului de muncă) cu cea de membru al Consiliului de Administrație (care se fundamentează pe contractul de mandat). Băncile din România s-au conformat în totalitate noilor reglementări.

Consiliul de Administrație al instituțiilor de credit este alcătuit, în proporție covârșitoare, din membri ne-executivi, respectându-se prevederile art. 138¹ din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale¹⁵. În sensul acestui act normativ, membrii ne-executivi sunt aceia care nu au fost numiți directori, adică aceia cărora nu li s-au delegat atribuții de conducere a societății de către Consiliul de Administrație.

În Legea societăților comerciale se arată că "prin actul constitutiv sau prin hotărâre a adunării generale a acționarilor se poate prevedea că unul sau mai mulți membri ai consiliului de administrație trebuie să fie independenți"¹⁶. Cercetarea noastră a relevat, însă, faptul că în consiliile de administrație ale instituțiilor de credit din România nu se regăsește niciun membru independent! Este, cu siguranță, o opțiune de avut în vedere în contextul guvernanței corporative.

Fără îndoială, conceptul de "administrator independent" reprezintă un transplant legal, o dispoziție inovatoare concordantă cu principiile guvernanței corporative¹⁷, față de care, însă, corpul băncilor cu activitate în România manifestă un refuz ferm de integrare. Neutilizarea acestei prevederi legale conduce la concluzia că, urmare a modificărilor legislative succesive, a eforturilor constante de compatibilizare a legislației autohtone cu cea a țărilor dezvoltate (în special prin adoptarea *acquis*-ului comunitar și, mai ales, a principiilor OECD), cadrul legal care formează dreptul comun al societăților comerciale a fost constant îmbogățit cu numeroase instituții de import¹⁸, printre care se numără și cea a administratorilor independenți, instituții cunoscute și a căror punere în operă constituie uzualul economiilor dezvoltate, dar care nu și-au găsit receptarea corespunzătoare în spațiul de drept românesc, ele nereușind să treacă, până în momentul de față, dincolo de litera legii.

În ceea ce privește comitetele consultative, conformarea la normele referitoare la desfășurarea activității bancare impune ca orice bancă să constituie un comitet de audit. Pe lângă acesta, toate instituțiile de credit au mai creat și alte comitete care să sprijine activitatea Consiliului de Administrație. Spre exemplu, există comitete responsabile cu analiza costurilor sau comitete însărcinate cu formularea de propuneri privitoare la remunerare. De regulă, un astfel de comitet consultativ este prezidat de către un membru al Consiliului de Administrație. Reuniunile comitetelor consultative au loc lunar sau trimestrial.

Credem că o precizare, mai degrabă terminologică, s-ar impune la acest punct. În cadrul tuturor instituțiilor de credit evaluate s-a putut observa că funcționează numeroase organisme de conducere, coordonare și control, denumite generic "comitete" (spre exemplu, Comitetul de Gestionare a Activelor și Pasivelor, Comitetul de Management, Comitetul de Analiză și Valorificare a Concluziilor Auditorilor). Acestea au o compunere variată, fiind alcătuite din directorii direcțiilor și departamentelor de resort, în funcție de specificul fiecărui comitet și potrivit organigramei fiecărei instituții de credit. Este necesar, așadar, să subliniem *expressis verbis* ca aceste așa-numite "comitete" nu fac parte din categoria "comitetelor consultative" avute în vedere de Legea societăților comerciale și nu au rolul de a sprijini direct activitatea Consiliului de Administrație. Ele reprezintă reuniuni formale ale specialiștilor băncii pe anumite domenii de activitate.

2.2. Operațiunile Consiliului de Administrație

Toate instituțiile de credit vizate de analiza noastră au putut prezenta un Regulament al ședințelor Consiliului de Administrație.

În principiu, reuniunile Consiliului de Administrație au loc lunar, frecvența acestora nefiind afectată de actualul context economic. Absențele membrilor de la ședințele Consiliului de Administrație sunt o excepție, ele fiind programate astfel încât să fie compatibile cu deplasările în străinătate sau cu planificarea concediilor de odihnă. Se poate observa, astfel, că bancile acordă o importanță deosebită ședințelor Consiliului de Administrație.

Băncile chestionate au răspuns că se preferă întâlnirile tradiționale, care presupun contactul vizual direct între participanți și ca nu intenționează nici în viitor implementarea tehnologiilor moderne de comunicare de distanță de tipul video-conferinței.

Totodată, în răspunsurile lor, acestea au admis ca B.N.R. exercită o supraveghere atentă asupra modului de lucru a Consiliului de Administrație, a membrilor implicați efectiv în procesul decizional și a respectării legislației relevante în domeniul bancar și al pieței de capital, toate acestea explicând, în parte, comportamentul prudent și orientat spre legalitate al băncilor.

O observație interesantă am putut face în privința modalității de lucru a Consiliului de Administrație. Potrivit Actului constitutiv, niciun membru al Consiliului de Administrație nu are drept de veto asupra deciziilor organismului din care face parte. Cu toate acestea, s-a admis de către băncile chestionate că investitorul relevant sau cel semnificativ se bucură, în realitate, de un astfel de drept, voința acestuia, chiar contărând majorității, nefiind încălcată niciodată prin luarea unei decizii neconvenabile.

Documentele finale ale dezbaterilor ce au loc în cadrul Consiliului de Administrație (denumite decizii sau rezoluții) sunt, în principiu, accesibile acționarilor, nefiindu-le îngrădit accesul la studiul acestora. Cu toate acestea, acționarii nu sunt foarte interesați de conținutul acestor documente. Băncile nu au înregistrat nicio cerere pentru punerea lor la dispoziție. Această aparentă pasivitate a acționarilor se explică prin următoarele: (i) mai întâi, acționarii relevanți sau semnificativi, controlează, așa cum arătam, Consiliul de Administrație prin membrii pe care i-au numit; (ii) în al doilea rând, instituțiile de credit care au, totodată, calitatea de emitent de valori mobiliare, sunt supuse cerințelor de transparență și informare continuă impuse entităților admise la tranzacționare, numeroase informații relevante pentru acționarii minoritari, legate de situația financiară a societății, fiind accesibile prin intermediul paginilor web ale acestor bănci și ale Bursei de Valori; (iii) în fine, majoritatea băncilor din sistemul bancar sunt filiale în România ale unor societăți bancare internaționale, din perspectiva dreptului român fiind societăți pe acțiuni de tip închis, cu un număr restrâns de acționari, problema informării acestora nefiind specifică.

Invariabil, *banking corporate governance* gravitează în jurul mării probleme a remunerării administratorilor și directorilor din sistem¹⁹. În 2007, un grup restrâns de înalți funcționari ai Merrill Lynch, Morgan Stanley, Lehman Brothers și Bear Sterns au încasat un record absolut de 39 miliarde dolari americani din bonusuri²⁰. Dacă aceste patru companii financiare ar fi reținut aceste bonusuri acordate executivilor

în ultimii 2 ani anteriori crizei, când piața creditelor imobiliare în S.U.A. se prăbușea vizibil, magnitudinea crizei financiare ar fi fost semnificativ redusă.

Pachetele de bonusuri anuale au fost utilizate inițial pentru a încuraja personalul care creează băncii un surplus față de ceea ce creșterea normală a pieței i-ar oferi. Însă metodele remuneratorii utilizate în practica instituțiilor financiare americane în ultimii ani anterior crizei au încalcat principiul legăturii dintre remunerație și performanțele firmei²¹. Multe instituții financiare au oferit executivilor veritabile „bonusuri garantate” (adevurate cadouri tip *christmas tree* fără nicio legătură cu performanțele firmei)²². În alte bănci de investiții americane, managementul a urmarit să releve în situațiile financiare creșteri excesive ale veniturilor pe termen scurt, prin asumarea de riscuri ascunse în spatele unor ani de creditare adesea iresponsabilă sau sub umbrela unor produse sofisticate pe baza cărora s-au făcut evaluări exagerate de active, în speranța că riscul căderii pieței financiare și imobiliare se va produce abia după ce mulți ani de bonusuri urmau să se adune în conturile managerilor.

Un astfel de comportament reprezintă o abdicare de la îndatoririle Consiliului de Administrație sau de Supraveghere, de la obligația de prudență și diligență, în condițiile în care riscurile excesive asumate de băncile de investiții, deși cunoscute, au fost trecute cu vederea sau chiar încurajate, în detrimentul acționarilor minoritari și al creditorilor băncii. Jurisprudența americană recentă și operațiunile organelor fiscale de peste Ocean, care au condus fie la angajarea răspunderii managerilor, fie pur și simplu la exproprierea averilor astfel obținute de aceștia, arată că un asemenea comportament nu trebuie protejat de regula judecății de afaceri, pentru că astfel de administratori nu pot fi considerați în mod rezonabil că acționează în interesul societății pe baza unor informații adecvate²³. Dreptul trebuie să recunoască și o încălcare a obligației de bună credință și de loialitate, atunci când Consiliul de Administrație se desesizează de îndeplinirea îndatoririi sale de a gestiona riscul, prin aceea că nu ia în considerare, în mod proactiv, efectele politicii de remunerare asupra sănătății financiare a firmei.

Iată de ce este necesară o politică de remunerare și stimulare rațională și proporțională cu mersul real al economiei, asumată de un comitet de remunerare care să funcționeze pe lângă Consiliul de Administrație al băncii, fiind format din membrii independenți²⁴. Acest comitet ar trebui să supună aprobării consiliului de administrație și Adunării Generale a Acționarilor băncii o listă a politicilor de compensare-remunerare care reprezintă o semnificație potențial majoră pentru bancă. Chiar dacă beneficiarii bonusurilor de orice fel nu ar figura individual cu sumele încasate sau propuse spre încasare, pentru a se respecta anumite drepturi private ale acestora, cel puțin sumele globale sau modul de stabilire a acestora ar trebui făcute publice.

Din punct de vedere practic, remunerarea membrilor Consiliului de Administrație ale instituțiilor de credit care funcționează în România cunoaște două sisteme.

Potrivit unui așa-numit sistem clasic, membrii Consiliului de Administrație sunt remunerați distinct. Acest sistem îl apreciem ca fiind unul transparent, chiar și în varianta în care unii membri ai Consiliului de Administrație fac parte din structurile similare ale unor companii subsidiare și încasează o singură remunerație, în calitate de membru al Consiliului de Administrație al subsidiarei, în al cărei quantum se include și prestația în calitate de membru al Consiliului de Administrație al instituției de credit. În acest sistem, remunerația membrilor Consiliului de Administrație se aprobă de către Adunarea Generală a Acționarilor, orice alte stimulente sau beneficii colaterale fiind interzise (spre exemplu, *stock-options plans*).

Un al doilea sistem este întâlnit la acele instituții de credit din România care sunt ele însele subsidiare ale unor giganți financiari europeni, acolo unde, concordant cu politicile companiei-mamă, membrii Consiliului de Administrație nu primesc nicio indemnizație pentru această activitate a lor. În majoritate, aceștia sunt cetățeni străini și cumulează această calitate la mai multe subsidiare ale companiei-mamă, de diferite naționalități, uneori fiind chiar persoane din top-managementul (executivul) societății-mamă. Considerăm că acesta este un mod netransparent de remunerare, deoarece se ascunde deținătorilor de interese, și chiar acționarilor, quantumul total al cheltuielilor pe care le face compania cu membrul respectiv, fiind extrem de dificilă realizarea de corelații între nivelul beneficiilor patrimoniale ale unui astfel de membru și munca depusă de acesta. De altfel, acestui sistem, care în opinia noastră poate cunoaște două variante - cea în care conducerea companiei se realizează direct de către străini, anterior evocată, și cea a conducerii prin figuranți - i s-a reproșat nu numai lipsa de transparență a remunerării, ci și faptul că a condus la așa-numita "criză a guvernanței subsidiare", sintagma referindu-se la acele companii cu o structură complexă în arena internațională care își conduc subsidiarele prin "consilii marionetă", care nici nu gestionează și nici nu controlează în mod efectiv managementul subsidiarei, și cărora li se recomandă abandonarea acestui model managerial în favoarea unuia care să includă în *Board* membrii competenți, devotați, independenți și totodată indigeni, cunoscători ai mediului de afaceri din care provin, conducerea *Board*-ului urmând să fie asigurată de unul dintre acești membri și nu de un angajat, fie el chiar din top-managementul companiei mamă²⁵.

2.3. Funcțiile de monitorizare și control ale Consiliului de Administrație

Băncile din România și-au formulat propriile Coduri de Guvernanță Corporativă, unele chiar mai devreme decât data la care Bursa de Valori București (B.V.B.) a pus la dispoziția emitenților cotați în cadrul sistemului său de tranzacționare un model pentru un astfel de cod (2008). De altfel, băncile ale căror acțiuni sunt tranzacționate pe B.V.B. au răspuns în unanimitate că prevederile Codului Bursei, adresându-se tuturor emitenților, parțial sunt incompatibile cu cadrul legal al instituțiilor de credit, iar parțial sunt neconvenabile prin prevederile conținute, prin urmare neputând fi aplicate întocmai.

Existența Codului de Governanță Corporativă este o cerință menționată de Standardele Internaționale de Raportare Financiară²⁶. În consecință, pe de o parte, prezentarea acestui Cod este verificată de către auditorii externi ai instituțiilor de credit, însă, pe de altă parte, băncile au declarat că nu se supune auditului și conținutul codului.

În plus față de Codul de Governanță Corporativă, orice instituție de credit pune în aplicare vis-à-vis de toți angajații săi Regulamentul de Organizare și Funcționare și Codul de conduită, iar pentru conducerea băncii este în vigoare Codul etic, ale cărui prevederi trebuie respectate de membrii Consiliului de Administrație, Directorul General și adjuncții acestuia, membrii comitetelor consultative și cei ai celorlalte comitete. Din analiza acestor documente se desprinde ideea ca ar exista o separare clară a atribuțiilor de conducere de cele de control asupra executivului.

Banca Națională a României (B.N.R.) obligă toate instituțiile de credit, prin reglementările edictate, să prevadă în structura lor un Departament (Direcție) de Management al Riscului - *Risk Management Unit*. De asemenea, funcția de monitorizare și control se exercită cu concursul specialiștilor încadrați în departamentele (direcțiile) de control intern și audit, specificul acestora din urmă fiind acela că se subordonează direct Consiliului de Administrație (în conformitate cu prevederile ce rezultă din normele emise de autoritatea de supraveghere).

Suntem de părere că, în cazul băncilor, s-ar impune în sarcina Consiliului de Administrație reglementarea normativă a unei obligații de a se informa și de a supraveghea managementul executiv, apreciată după standarde mai ridicate decât în dreptul comun.

Membrii Consiliului de Administrație și cei ai Directoratului, precum și directorii executivi ai băncilor ar trebui să fie informați, să cunoască faptul că o anumită decizie de afaceri ar slăbi posibilitățile instituției de credit de a-și plăti obligațiile care apar în desfășurarea normală a activității. *Model Business Corporation Act* (2002)²⁷ stipulează expres că nu ar trebui să se propună distribuire de profit către acționari, dacă în urma plății acestora societatea nu ar putea fi capabilă să își plătească datoriile care ar apărea în desfășurarea normală a afacerilor. În caz contrar, administratorii și directorii propunători ar urma să fie ținuti personal răspunzători pentru valoarea distribuirilor. Același principiu al responsabilității este expres instituit și în unele legislații europene (spre exemplu, în Olanda sau Germania²⁸). Similar, în caz de dificultate a întreprinderii și în vecinătatea insolvenței, directorii și administratorii trebuie să ia în considerare interesele creditorilor (cu o atenție deosebită asupra creditorilor deponenți) cu prioritate față de cele ale acționarilor.

În toate cazurile, directorii ar trebui să își bazeze informarea, în proporții egale, atât pe judecata proprie și independența, cât și pe opiniile experților, pe care sunt obligați să le solicite (desigur, exigențele privind informarea trebuie să fie rezonabile, pentru a asigura un echilibru între obligația de prudență, pe de o parte, și principiul independenței judecății managementului, pe de altă parte).

În ce privește obligația de a monitoriza continuu activitatea departamentelor și funcționarilor din subordine (ca și componentă a obligației de prudență și diligență), jurisprudența americană recentă consideră că directorii și administratorii sunt ținuti doar de a judeca animați numai de buna credință în a alege ce fel de supraveghere este adecvată pentru compania lor (integrând aici intensitatea supravegherii și procedurile specifice acesteia). În situația în care Consiliul de Administrație este chemat în judecată pentru prejudicii rezultând din activități pe care membrii consiliului nu le cunosc, răspunderea acestora ar trebui angajată în cazul în care se poate dovedi că nu au fost create, menținute și implementate în mod corect și constant proceduri adecvate de informare și de raportare din partea subordonaților (a se vedea decizia *Caremark*, în care standardul răspunderii membrilor Consiliului de Administrație pentru supravegherea neadecvată a companiei a fost foarte scăzut, instanța pretinzând, în mod criticabil, după părerea noastră, că pentru angajarea răspunderii este necesar să se facă proba relei-credințe a membrilor consiliului). În consecință, suntem de părere că pentru a se apăra de angajarea răspunderii pentru neîndeplinirea obligației de prudență, administratorii și directorii delegați trebuie să facă proba că au dezvoltat și menținut un sistem elaborat și adecvat de monitorizare și supraveghere internă.

În cadrul cercetării întreprinse, băncile au fost întrebate dacă membrii organelor de conducere participă la instruire în domeniul guvernantei corporative. Răspunsul unanim a fost acela că nu li s-au făcut oferte pentru astfel de instruire, dar dacă ar fi primit, acestea ar fi fost analizate exclusiv prin prisma utilității lor, care ar urma să fie apreciată în principal prin calitatea de practician în domeniul bancar sau financiar a lectorilor.

O altă concluzie pe care am putut-o formula pe baza răspunsurilor oferite de băncile participante în această cercetare este aceea ca auto-evaluările membrilor Consiliului de Administrație și/sau a conducerii executive nu sunt o practică obișnuită la nivelul instituțiilor de credit. Totuși, anual se redactează Raportul Administratorilor, document din care se pot extrage aprecieri referitoare la activitatea desfășurată de toate aceste structuri societare. Acesta este prezentat Adunării Generale Ordinare a Acționarilor, unde este dezbătut.

3. TRATAMENTUL ACȚIONARILOR MINORITARI ÎN CADRUL ADUNĂRILOR GENERALE ALE ACȚIONARILOR

Acționariatul difuz utilizează mecanismele guvernantei corporative în mod direct prin exercitarea nemijlocită a votului în probleme esențiale, cum ar fi fuziunile, lichidarea sau modificările substanțiale în strategia de afaceri, și în mod indirect, prin alegerea Consiliului de Administrație, care va reprezenta interesele acționarilor și va supraveghea deciziile manageriale ale acestui organ²⁹.

Instituțiile de credit aplică în mod obligatoriu regula "o acțiune - un vot"³⁰.

Potrivit Legii pieței de capital, acționarii interesați în promovarea sistemului votului cumulativ³¹ trebuie să îl ceară expres în cadrul ședinței Adunării Generale a Acționarilor (A.G.A.), ceea ce nu s-a întâmplat în cazul nici uneia dintre băncile chestionate în cadrul cercetării noastre.

Documentele la care acționarii au drept de acces se stabilesc printr-un document intern al fiecărei instituții de credit, ce poartă denumiri diferite, dar care, în esență, stabilește nivelurile de clasificare a informațiilor și documentelor, criteriile de clasificare și persoanele abilitate să acceseze diferitele tipuri de documente. Totuși, acest regulament intern nu a fost adoptat de A.G.A. la toate băncile evaluate, în unele cazuri fiind numai un document aprobat de Consiliul de Administrație, deși privește exercitarea drepturilor acționarilor.

Oricum, pentru toți angajații băncilor incluse în cercetare este instituită obligația generală de confidențialitate și de securitate a informațiilor, care constă în a nu transmite către persoane din exteriorul băncii niciun fel de informații care au fost cunoscute de către angajat în exercitarea atribuțiilor sale de serviciu sau a responsabilităților în legătură cu instituția de credit. În caz contrar, fapta reprezintă o abatere disciplinară, iar sancțiunile pot viza desfacerea contractului individual de muncă și obligarea la daune interese (în special în cazul încălcării față de client a secretului bancar).

Instituțiile de credit din România facilitează votul prin reprezentare. În acest sens, li se pun la dispoziție acționarilor care urmează a fi reprezentați formulare standardizate care conțin probleme ce figurează pe ordinea de zi și opțiunile de vot sau, în cadrul aceluiași document tipizat, posibilitatea de a acorda mandatului orice vor ar considera mai potrivit într-o anume chestiune supusa dezbaterii acționarilor reuniți în A.G.A.

Calitatea documentelor de ședință ale A.G.A. au constituit în foarte rare ocazii un deficit semnalat de auditorii băncilor (fie ei auditori externi, în rapoartele lor, fie auditorii interni). Procedura după care se desfășoară ședințele A.G.A. este foarte asemănătoare de la o instituție de credit la alta: mai întâi este ales președintele de ședință; acesta numește Secretariatul tehnic al ședinței, sarcină pentru care băncile preferă, din considerente de celeritate și disponibilitate, să utilizeze propriii angajați; se prezintă materialele supuse dezbaterii; se pun în discuția acționarilor; se votează; se consemnează rezultatul votului, iar procesul verbal al ședinței este întocmit și semnat de Președintele de ședință și de membrii Secretariatului tehnic. Documentele ședinței nu sunt niciodată contrasemnate de către cei care iau cuvântul, însă toate luările de cuvânt sunt menționate.

În ceea ce privește dreptul acționarilor de a propune noi puncte pe ordinea de zi a ședinței A.G.A., pe fondul insuficienței reglementări în Legea societăților comerciale, s-a constatat că instituțiile de credit au tendința de a-l limita, dacă este vorba de exercitarea lui în maniera propunerilor formulate direct în ședință. În schimb, instituțiile de credit încurajează acționarii care au posibilitatea statutară să

propună completarea ordinii de zi³² în timpul prevăzut în Legea societăților comerciale (cu cel mult 15 zile anterior ședinței A.G.A.), astfel încât să poată realiza asigurarea unei informări corecte și echilibrate a tuturor acționarilor care urmează să participe la ședințele A.G.A., prin republicarea ordinii de zi modificate.

Votul secret este utilizat în cazurile prevăzute expres și limitativ în Legea societăților comerciale³³. Pentru toate celelalte chestiuni aflate pe ordinea de zi a A.G.A. se utilizează votul deschis. Actul constitutiv al nici unei instituții de credit nu prevede extinderea votului secret la alte materii decât cele strict reglementate de dreptul comun al societăților comerciale.

Dreptul acționarilor deținând minimum 5% din capitalul social de a formula, în scris, întrebări care să fie adresate conducerii societății, nu a fost exercitat de către aceștia decât în rare ocazii. Aproape în toate cazurile în care acționarii au înțeles să se prevaleze de acest drept conferit de lege, au solicitat informații despre situațiile financiare ale instituției de credit.

4. DEȚINĂTORII DE INTERESE (STAKEHOLDERS)

În relația cu partenerii de afaceri (clienții), toate instituțiile de credit chestionate au declarat că au o politică "orientată spre client".

Problema fundamentală în relația băncilor cu clientela nu o reprezintă, însă, practicile de marketing ale instituțiilor de credit, ci măsura în care membrii Consiliului de Supraveghere, ai Directoratului, respectiv membrii Consiliului de Administrație și directorii băncilor ar trebui să datoreze obligații fiduciare (de diligență, prudență și loialitate) deponenților.

Natura specială a unei bănci presupune protecția publică a deponenților împotriva managementului oportunist al bancherilor. În orice caz, natura specială a băncilor afectează relația dintre acționari și administratori. Acționarii pot dori ca administratorii să-și asume riscuri crescute comparativ cu riscul general acceptat ca fiind optim, în vreme ce autoritatea de supraveghere are o preferință pentru administratorii care își asumă riscuri scăzute sau moderate, înclinație care se explică prin preocuparea acestora pentru stabilitatea sistemului financiar³⁴.

Laureatul Premiului Nobel pentru Economie, Joseph Stiglitz, aprecia că dificultatea financiară pe care lumea o traversează este rezultatul unei colaps al încrederii³⁵. Cu alte cuvinte, aceasta criză financiar-economică este în mare măsură o criză fiduciară, a capitalismului „care și-a pierdut capul” (cum spunea reputatul economist), debusolat de reducerea încrederii în actorii piețelor financiare. De aceea, probabil că una dintre cele mai importante provocări ale guvernanței corporative în perioada post-criză este întărirea sistemului de obligații fiduciare ale membrilor administrației și conducătorilor instituțiilor de credit (dar și ai entităților acționând pe piața asigurărilor, a fondurilor de investiții și de pensii, precum și pe piața de capital).

Un prim element se referă la ridicarea standardului obligației de diligență și prudență al membrilor administrației în raport cu toate cercurile interesate și, în special, la posibilitatea recunoașterii unei astfel de obligații în beneficiul creditorilor clienți, mai cu seama deponenți.

În general, creditorilor societăților comerciale obișnuite, doctrina³⁶ și jurisprudența internaționale le recunosc tot mai intens dreptul de a pretinde managementului respectarea unor obligații fiduciare întocmai ca și cele legalmente prevăzute în raporturile dintre management și societate, respectiv management și acționari³⁷. Dacă în dreptul comun al societăților comerciale, există încă o animată dezbateră³⁸ cu privire la existența și intensitatea obligației de prudență și de loialitate față de alte categorii interesate decât acționarii, în dreptul bancar trebuie să avem în vedere că administratorii și directorii băncilor gestionează economiile deponenților și plasamentele unor entități cu rol semnificativ în bunul mers al economiei, activitatea instituțiilor de credit devenind ea însăși un veritabil bun de interes public. Asumarea riscurilor de către bănci este o chestiune de *public policy*, întrucât afectează stabilitatea economică, fluctuațiile ciclurilor de afaceri și creșterea economică în general.

Studii recente³⁹ au aratat că în bănci, deținătorii capitalului social au stimuli mai puternici pentru a spori asumarea riscurilor de către bancă, în vreme ce deținătorii de simple creanțe comerciale sau provenite din depozite depind în mod critic de strategia de risc a băncii. De aceea, există un conflict potențial destul de ridicat între acționarii băncilor și clienții acestora, care trebuie mediat de principiile guvernanței corporative, pentru a nu se ajunge în situația în care asumarea riscurilor de către bancă în vederea maximizării profiturilor acționarilor pune în pericol interesele deponenților și celorlalți creditori bancari sau, pentru a spune adevărul, pentru a se evita situațiile în care finanțarea ori chiar salvarea băncilor este făcută pe banii contribuabililor și pe riscul deponenților.

În aceste circumstanțe, deponenții și, în general, clienții băncilor au aceleași interese legitime cu ale acționarilor bancari și, până la urmă, au aceeași strategie cu acționarii – plasarea unor investiții sau economii în condiții sigure și rentabile. De aceea, ar trebui să le fie acordate deponenților anumite pârghii de control asupra managementului băncilor, similare cu cele recunoscute acționarilor băncii. Cu ce se deosebește încrederea unui deponent într-o instituție bancară, de încrederea unui acționar al băncii în Consiliul de Administrație al acesteia? Dacă dreptul societar apără riscul și investițiile (în definitiv, a fi acționar înseamnă a risca un aport), organizând protecția juridică a celor care investesc, dacă acționarii se tem în mod legitim ca investițiile lor să nu fie deturnate de administrația companiei, atunci de ce nu s-ar așeza deponenții pe același plan al protecției? De ce obligațiile Consiliului de Administrație și directorilor față de acționari, nu s-ar recunoaște în mod similar și față de clienții deponenți?

Pare că soluția juridică a unei astfel de recunoașteri nu trebuie căutată mai departe de Legea societăților comerciale, care în cuprinsul art. 144¹ nu prevede expres în beneficiul căror părți interesate este instituită obligația de prudență (acționarii,

salariații, creditorii furnizori, creditorii bancari?)⁴⁰. Într-adevăr, obligația de loialitate este clar stipulată în același text în favoarea intereselor societății, însă cea de prudență și diligență este numai în mod general reglementată. Dar am putea merge și mai departe. Creanțele acționarilor - și acest lucru este bine cunoscut - devin reziduale în caz de dificultate financiară sau insolvență a băncii, cele ale deponenților fiind prioritare. În aceste condiții, ne întrebăm ce ne-ar împiedica să recunoaștem o obligație de loialitate a administratorilor, direct față de creditorii sau clienții băncii⁴¹? Ca ultim argument, art. 73 din Legea societăților comerciale prevede că acțiunea în răspundere împotriva administratorilor aparține și creditorilor societății, iar mențiunea că aceștia o vor putea exercita numai în caz de deschidere a procedurii insolvenței nu împiedică recunoașterea obligațiilor fiduciare în favoarea creditorilor, ci doar amenajează eficacitatea acestor obligații, pe care o întârzie, în mod firesc, până la momentul intrării înreinderii comerciale în dificultate.

Suntem de părere, alături de alți autori⁴², că extinderea obligațiilor fiduciare prin reducerea libertății managementului de acționa în mod exclusiv în interesul acționarilor, ar constitui unul dintre cele mai valoroase instrumente de guvernanță corporativă bancară, în contextul dificultăților inerente de supraveghere a băncilor.

Se apreciază că, în materie de supraveghere, în cea mai mare parte a sa, integrarea s-a realizat deja. Pe de o parte, un număr tot mai mare de reguli sunt adoptate la nivelul Uniunii Europene prin mecanismul directivelor nivel 1 - adoptate de către Consiliu și de Parlament, în opoziție cu directivele Comisiei. Implementarea detaliată a acestor directive este opera comitetelor nivel 2, respectiv comitetul bancar, cel al asigurărilor și pensiilor ocupaționale și, în fine, a comitetului pentru piață de capital. Comitetele nivel 3, având rolul unor comitete de supraveghere, sunt mai bine cunoscute după acronimele lor englezești: *CEBS* (Comitetul European al Supraveghetorilor Bancari), *CEIOPS* (Comitetul European al Supraveghetorilor din Asigurări și Pensii Ocupaționale) și *CESR* (Comitetul Supraveghetorilor Europeni de Valori Mobiliare)⁴³. Pe de altă parte, în viitor, este esențial ca acele activități care sunt similare activităților bancare și care implică un risc semnificativ pentru consumator ori pentru stabilitatea financiară, să fie posibil a fi incluse în sfera de preocupări ale organismelor de supraveghere prudențială⁴⁴.

Reforma procesului Lamfalussy, anterior descris, a fost anticipată prin Raportul *de Larosière*⁴⁵, asumat mai întâi de Comisia Europeană⁴⁶ și apoi de Consiliul European⁴⁷. Pe plan european, se conturează tot mai clar suplimentarea autorităților de supraveghere⁴⁸.

Astfel, ca urmare a punerii în practică a recomandărilor formulate în Raportul *de Larosière*, va lua naștere Sistemul European al Autorităților de Supraveghere Financiară (*European System of Financial Supervisors - ESFS*) format din trei noi autorități europene de supraveghere, obținute prin transformarea comitetelor de supraveghere (comitetele Lamfalussy nivel 3), care împreună cu autoritățile naționale de supraveghere financiară vor forma o rețea puternică, ce va fi capabilă să lucreze

în parteneriat cu de asemenea nou creatul Consiliu European pentru Riscuri Sistemice (*European Systemic Risk Board - ESRB*)⁴⁹ pentru a asigura soliditatea financiară la nivelul societăților financiare individuale și protecția utilizatorilor de servicii financiare („supraveghere microprudențială”).

Noua rețea europeană va fi întemeiată pe responsabilități comune, care se consolidează reciproc, combinând supravegherea la nivel național a firmelor cu centralizarea anumitor sarcini la nivel european. Scopul său ar fi sporirea încrederii între autoritățile naționale de supraveghere garantându-se, printre altele, că autoritățile de supraveghere din țara gazdă au un cuvânt de spus în stabilirea politicilor legate de stabilitatea financiară și de protecția consumatorului și că riscurile transfrontaliere pot fi astfel gestionate mai eficient⁵⁰.

În raporturile acestora cu colectivitatea, putem concluziona că băncile manifestă atenție pentru programe de responsabilitate socială. În acest sens, pe de o parte, s-au implicat în finanțarea campaniilor și proiectelor care promovau, spre exemplu, conștiința ecologică și protecția mediului înconjurător, iar pe de altă parte, au creat produse financiare dedicate acestor activități, cele mai noi fiind creditele pentru achiziționarea de surse alternative de producere a energiei sau pentru eficientizarea consumului de energie.

Pe baza răspunsurilor oferite, am remarcat că instituțiile de credit care desfășoară activitate în România sunt preocupate de condițiile de muncă și de starea de sănătate a propriilor angajați, ceea ce rezultă din conformarea la cerințele legislației muncii (spre exemplu, toate băncile suportă cheltuielile pentru controlul medical anual al tuturor salariaților, tot așa cum asigură condiții propice pentru desfășurarea activității profesionale în imobile adecvate). În fine, s-a constatat că nicio bancă dintre cele evaluate nu contribuie la fondurile de pensii facultative pentru angajații lor.

5. STRUCTURILE ORGANIZAȚIONALE

5.1. Structurile de conducere

Cu toate că fiecare instituție de credit are un Cod de Governanță Corporativă, nici una dintre acestea nu realizează rapoarturi anuale care să privească măsura în care se conformează celor enunțate în aceste coduri.

Responsabilitățile angajaților sunt fixate, pentru fiecare în parte, în fișa postului. De asemenea, aceștia trebuie să respecte normele care privesc întreaga bancă sau departamentul (direcția) din care fac parte. Angajații sunt informați constant despre modificările intervenite în normele interne ale băncii, cele mai importante dintre acestea fiind luate la cunostință sub semnătură.

Toate instituțiile de credit chestionate au un Departament (Direcție) de Resurse Umane, însă, în principiu, au procedat la externalizarea activității de calcul a salariilor și a îndeplinirii celorlate obligații legate de calitatea băncilor de plătitor de venituri salariale.

5.2. Strategia și planificarea

Strategia băncii este decisă de acționari, pe baza propunerilor formulate de conducerea executivă. Toate instituțiile de credit chestionate au declarat că au făcut strategii pe termen scurt, mediu și lung, pe care le revizuiesc în mod constant.

6. TRANSPARENȚA

O formulare cu un conținut antonimic poate părea curioasă în materie de transparență, dar în ea rezidă un adevăr: criza a scos la lumină opacitatea băncilor. De altfel, această lipsă de transparență a băncilor, materializată în special la nivelul situațiilor financiare, este una dintre caracteristicile care diferențiază în mod substanțial industria bancară de celelalte societăți comerciale, care acționează în alte sectoare economice⁵¹.

Din perspectiva guvernanței corporative, analiza problematicii transparenței instituțiilor de credit în sectorul bancar impune, în opinia noastră, abordarea a două aspecte: (i) transparența activității Consiliului de Administrație și (ii) transparența acelor instituții de credit care au calitatea de emitent de valori mobiliare.

Transparența privind activitatea Consiliului de Administrație constituie un element esențial pentru guvernanța corporativă, deoarece funcționarea Consiliului de Administrație, Directoratului și Consiliului de Supraveghere, reprezintă unul dintre fundamentele bunei guvernări corporative⁵².

Cât de eficientă este activitatea consiliilor? Considerăm că ar trebui să figureze în prevederile legale sau, cel puțin, în codurile interne ale băncilor (deși ne putem întreba cât de eficientă mai este autoreglementarea în condițiile scăderii credibilității în sistem), îndatorirea președintelui Consiliului de Administrație de a prezenta un raport distinct asupra modului în care a funcționat Consiliul, cum a fost pregătit, de câte ori a fost convocat, cum s-au desfășurat ședințele, care au fost principalele hotărâri adoptate. Este firesc să se dea socoteală acționarilor, arătându-li-se în ce măsură administratorii și-au exercitat atribuțiile, de câte ori au absentat, care sunt persoanele pe ale căror sfaturi și-au fundamentat deciziile, în baza căror proceduri, pe baza căror documente și de la ce persoane s-au cerut documentele care au servit drept fundament al deciziilor. O parte a raportului ar trebui să indice care au fost procedurile de control intern desfășurate la nivelul societății, cum anume se previn și detectează erorile decizionale și contabile, cum se asigură circuitul și fiabilitatea informațiilor financiare, pentru a se garanta conformitatea deciziilor și practicilor companiei cu reglementările și cu interesele acționarilor și altor categorii de persoane⁵³. Desigur, controlul intern nu este o obligație de rezultat, ci rămâne una de mijloace, însă implementarea concretă a unor proceduri este o veritabilă obligație de rezultat⁵⁴.

Prin intermediul unui astfel de raport anual, s-ar oferi un minim de transparență și la nivelul activității Consiliului de Administrație, ale cărui lucrări

sunt în continuare mult prea protejate de dreptul român, în numele apărării secretului și confidențialității specifice mediului de afaceri financiar.

Aspect prezentat deja și în secțiunile anterioare, transparența este legată și de participarea instituției de credit pe piața de capital. Registrul Acționarilor nu este public, astfel încât un acționar nu poate cunoaște deținerile altuia. Cu toate acestea, unele informații legate de deținerile anumitor persoane, se impune a fi declarate. Astfel, toate băncile solicită membrilor Consiliului de Administrație care dețin acțiuni ale respectivei instituții de credit, să facă rapoarte complete asupra tranzacțiilor pe care le-au angajat cu acțiunile societății pe care o administrează. De asemenea, codurile de guvernanță corporativă impun membrilor Consiliului de Administrație care dețin acțiuni, obligația de a nu face tranzacții cu acțiunile instituției de credit, înainte de publicarea situațiilor financiare, pentru a nu influența piața.

7. CONFORMAREA, MANAGEMENTUL RISCULUI, AUDITUL ȘI CONSULTANȚA EXTERNĂ

7.1. Conformarea

Departamentul (Direcția) de Conformare - *Compliance Unit* - figurează în organigrama fiecărei instituții de credit, iar una dintre funcțiile pe care le îndeplinește la toate băncile incluse în cercetare este aceea de elaborare a reglementărilor privind prevenirea și combaterea spălării banilor.

7.2. Managementul riscului

Departamentul (Direcția) de Management al Riscului - *Risk Management Unit* - există în organigrama fiecărei instituții de credit, așa cum deja am arătat.

În plus, băncile utilizează acest departament și într-un alt sens decât cel consacrat prin reglementările autorității de supraveghere. Prin normele interne, acestui departament i se conferă în general sarcina de a se implica în redactarea și evaluarea impactului noilor norme pe care instituția de credit urmează să le pună în vigoare.

De asemenea, băncile interogate au arătat în răspunsurile lor ca dintre relațiile de afaceri în care este banca angajată, numai cele considerate mai importante (e.g. expunerea per client) sunt supuse analizei specialiștilor încadrați în cadrul acestui departament.

Totodată, credem că la acest punct este interesant să prezentăm practica relevantă de cercetarea noastră în materia constituirii de provizioane. Băncile au declarat că majoritatea provizioanelor se constituie pentru creditele neperformante. De altfel, legislația secundară bancară obligă instituția de credit să constituie provizioane pentru debitele rezultate din activitatea de creditare după 90 de zile de la data la care împrumutul a devenit scadent sau de la data începerii executării silite împotriva

debitorului rău-platnic⁵⁵. În același timp, creditele neperformante atrag instituțiile de credit în cele mai multe și mai semnificative litigii (litigiile de muncă sau cele cu furnizorii băncilor nereprezentând pentru acestea riscuri semnificative). Ca urmare a acestei stări de fapt, instituțiile de credit au arătat în răspunsurile oferite la chestionarul aplicat în cadrul cercetării întreprinse că nu constituie provizioane pentru litigii⁵⁶. În paralel, o altă explicație dată a fost aceea că afectarea profitului ar fi semnificativă în cazul în care s-ar constitui provizioane pentru litigii.

7.3. Auditul

Dintru' început trebuie arătat că, pentru Legea contabilității⁵⁷, instituțiile de credit fac parte din specia persoanelor juridice de interes public⁵⁸, cărora le incumbă obligația legală de auditare a situațiilor financiare, acestea fiind totodată supuse auditului statutar⁵⁹. Deși O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului face trimitere în mod expres la Legea contabilității și impune printr-un text clar instituțiilor de credit respectarea normelor acesteia din urmă, prevederea din Legea contabilității se reia, mai întâi la nivel de principiu, și apoi prin prescripții normative detaliate⁶⁰ și aplicabile doar instituțiilor de credit în O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului. Conformarea băncilor la cerințele legislației se realizează prin contractarea serviciului de audit financiar. La nivelul fiecărei entități bancare, legislația impune organizarea auditului intern potrivit normelor autorității de supraveghere⁶¹.

Departamentul de Audit Intern se găsește, la toate instituțiile de credit supuse cercetării, în subordinea Consiliului de Administrație, potrivit reglementărilor băncii centrale. Cu toate acestea, așa-numitele "linii de raportare" (*reporting lines*) sunt deschise nu numai către Consiliul de Administrație, ci în egală măsură și către Comitetul de Audit și nemijlocit către Directorul General (*CEO*).

Regulile desfășurării auditului intern sunt întotdeauna congruente cu procedurile pe care societatea de audit extern la utilizează în îndeplinirea misiunii contractuale asumate.

De menționat că unele instituții de credit și-au îndreptat atenția într-o măsură mai accentuată spre valorificarea concluziilor, constituind în acest scop un comitet specializat pentru analiza concluziilor formulate de auditorul financiar.

7.4. Consultanța externă

Băncile cu activitate în România nu par foarte interesate de aspectele teroretice ale guvernanței corporative, ceea ce a rezultat din inexistența instruirilor în această materie. Concluzia aceasta este întărită de faptul că nicio instituție de credit, dintre cele asupra cărora s-a concentrat cercetarea noastră, nu utilizează consultanți în domeniul guvernanței corporative.

Consultanții externi, în general, sunt reprezentați de specialiști ai domeniului juridic, cu care băncile colaborează pe chestiuni juridice punctuale (proiecte) sau litigii de importanță deosebită. Este o practică larg răspândită aceea de a utiliza resursele interne ale băncii pentru gestiunea afacerilor juridice cotidiene.

Criteriile comune tuturor băncilor studiate, criterii în baza cărora sunt selectați acești colaboratori externi, sunt costul asistenței juridice acordate și performanțele anterioare ale ofertantului prestator de servicii.

8. ETICĂ, POLITICI ȘI PROCEDURI

8.1. Etica

Băncile sunt în mod notoriu mult mai opace din perspectiva comunicării informațiilor ce privesc activitatea lor⁶². Secretul bancar și confidențialitatea atât față de clienți, cât și față de băncile concurente intensifică problemele ce țin de transparența afacerilor, ca exigență universală a unei bune guvernări corporative. Această lipsă de transparență instrinsecă activității bancare, este dublată de o opacitate tehnică a situațiilor financiare ale băncilor, iar atunci când peste această neclaritate de ordin tehnic se suprapune o "contabilitate creativă"⁶³, care manipulează informația în scopul atingerii unor prețuri anormal de ridicate pentru acțiuni, această imaginație financiară vine la putere la nivel contabil, informația financiară oferită investitorilor conducând la falsificarea funcționării pieței. Toate acestea determină scepticism asupra veridicității și sincerității conturilor marilor companii financiare și ale băncilor.

În aceasta duală opacitate financiară a instituțiilor de credit, devine prea puțin probabil ca investitorii și creditorii să dispună de mijloacele clasice de supraveghere a administrației și de îmbunătățire a guvernantei corporative.

Evaluarea activelor unei bănci este extrem de dificil de verificat de către investitorii care nu cunosc activitatea efectivă și procedurile interne ale băncii, astfel încât mecanismele de informare obișnuite ale pieței nu sunt suficiente pentru un control veritabil al managementului⁶⁴. În companiile obișnuite, prin exercitarea obligațiilor de transparență și publicitate se oferă pârgii rezonabile de informare și control din partea investitorilor. Însă, în cazul băncilor, datorită unei mai mari asimetrii de informare între *insider investors* și *outside investors*, este mai dificil pentru titularii de creanțe de capital și de creanțe de împrumut să monitorizeze managementul, după cum este mai lesne pentru manageri să exploateze controlul asupra informației în vederea maximizării veniturilor lor și ale acționariatului de control.

În aceste condiții, în care nici dreptul, și nici contabilitatea nu oferă soluții miraculoase, principalul gând trebuie să se îndrepte spre etică și morală, spre reapropierea economiei de etică⁶⁵.

La nivelul instituțiilor de credit s-au adoptat coduri de etică, însă Codul de etică funcționează doar pentru conducerea băncii. În plus, nicio banca nu a declarat că acesta ar fi fost vreodată încălcat de către cei carora li s-a adresează. Ceilalți

angajați se supun normelor cuprinse în Regulamentul de Organizare și Funcționare și în Codul de conduită, care prevede procedura de cercetare a abaterilor constatate și, totodată, stipulează sancțiuni clare pentru acestea.

Băncile nu solicită nici unui angajat sau persoane aflate în raporturi de mandat cu instituția de credit (membru al Consiliului de Administrație, al Directoratului, membrii conducerii executive) să depună declarații de interes. Așa după cum deja am precizat, singurele informații care trebuie deoalate sunt tranzacțiile cu acțiunile instituției de credit.

De asemenea, a rezultat existența unei cerințe comune de integritate, constând în îngăduința acordată membrilor Consiliului de Administrație și persoanelor din conducerea băncilor de a primi cu titlul gratuit, în timpul sau în legătură cu exercitarea funcției deținute, numai cadouri simbolice, care pot fi incluse în categoria produselor de protocol.

8.2. Politici și proceduri

La nivelul tuturor băncilor din România există instituit un sistem de circulație al documentelor.

Nu există la nici una dintre băncile incluse în cercetare un sistem intern prin care propriii angajați pot sesiza conducerii departamentale, ori conducerii centrale, violările reglementărilor interne. Se consideră că descoperirea acestora cade în sarcina Departamentului de Control Intern, iar punerea în operă a unui asemenea sistem ar tensiona atmosfera de lucru.

În schimb, instituțiile de credit au pus la punct o procedură de soluționare a reclamațiilor și sesizărilor venite dinspre clienți. Toate băncile urmează aceeași procedură, ceea ce ne îndreptățește să afirmăm că procedura este una neoficial standardizată în întreg domeniul bancar: sesizarea se înregistrează, răspunsul este formulat de Departamentul Juridic, cu concursul specialiștilor din cadrul departamentelor vizate de sesizare, iar ulterior se prezintă Consiliului de Administrație un raport sintetic în care sunt descrise principalele sesizări și măsurile care s-au dispus în legătură cu acestea. Acest raport poate conține și sugestii pentru îmbunătățirea activității acelor sectoare care au făcut obiectul sesizărilor clienților.

Toate instituțiile de credit recunosc rolul angajaților de a participa la elaborarea normelor interne. Cu toate acestea, băncile au răspuns ca numai angajații având în acest sens obligații de serviciu participă efectiv la crearea de norme sau regulamente.

9. ÎN LOC DE CONCLUZII

Criza actuală poate fi văzută ca o oportunitate pentru teoria și practica guvernanței corporative în sectorul bancar, deoarece de pe urma traversării acestei perioade dificile, câteva lecții pot fi învățate pentru îmbunătățirea aplicării principiilor

guvernanței corporative. Altele, însă, așa cum voci autorizate s-au grăbit deja să o facă⁶⁶, nu vor fi niciodată asimilate.

Funcția de bază a băncilor comerciale este intermedierea financiară, adică să constituie depozite din disponibilitățile pe diferite maturități și să acorde credite. Firește, principalul risc pe care și-l asumă o bancă comercială este cel de nerambursare a creditului de către debitori. Creșterea semnificativă a creditelor restante și îndoielnice din 2007 și până în 2010 arată că băncile nu au calculat bine acest risc, neluând în calcul faptul că în procesul de atragere a resurselor și plasarea acestora pot să apară decalaje - nepotrivire între maturități pe parte de active și respectiv pasive (aici având de-a face cu unul dintre riscurile semnificative din activitatea unei bănci comerciale). Concordanța între maturități pe partea de active și pasive permite unei bănci să nu fie supusă salturilor din piața monetară, care pot apărea ca urmare a modificării factorilor de pe piața internă și externă. În România, în anul 2008, băncile comerciale își procurau resursele din depozite care erau 95% pe termen scurt, iar creditele acordate erau în proporție de peste 75% pe termen mediu și lung (situație ce se menține și în acest moment). Astfel, băncile din România au suportat costul manifestării riscurilor pe care și le-au asumat în ceea ce privește structura pe maturități și pe valute a activelor și pasivelor lor. Totuși, stoparea pierderilor din sectorul bancar nu se poate face prin falimentarea clienților⁶⁷.

Din punctul de vedere al guvernanței corporative, reîntoarcerea la activitatea tradițională a unei bănci (cea care trebuie să prevaleze imediat în România) înseamnă reaşezarea relației cu cea mai importantă categorie de *stakeholders*, și anume clienții, în sensul stabilirii unei relații pe termen lung cu clientul, a cunoașterii acestuia, a necesităților lui și a provocărilor ce stau în fața clientului, precum și găsirea căilor de a dezvolta și adânci parteneriatul cu clientul (deoarece acesta creează valoare nouă, pe care banca poate să o potențeze, și de aici se formează sursele de profit pentru client, pentru bancă și sursele de rambursare a finanțărilor obținute de acesta de la bancă). Un bancher are două soluții pentru recuperarea unui credit de la un client ale cărui venituri se diminuează. Pe de o parte este soluția pe termen scurt prin care își pune în dificultate clientul cerând rambursarea pe moment. Acest comportament generalizat la nivelul întregului sector bancar nu poate decât să creeze risc sistemic, pentru că se propagă în lanț atât neplata între agenții economici, cât și între agenții economici și bănci, iar în final între bănci. A doua variantă impune o perspectivă pe termen lung a bancherului, în care esențială este relația cu clientul și nu profitabilitatea pe moment. Acest lucru presupune asumarea unor marje de câștig mult mai mici pe termen scurt, dar consolidarea unei relații profitabile pe termen lung cu clientul. Sigur că, nu toate cazurile de debitori pot fi tratate astfel, pentru că și o astfel de atitudine generalizată ar putea duce la risc sistemic. Analiza trebuie făcută de la caz la caz, dar ea necesită o schimbare de model de activitate, așa cum se amintea mai înainte.

- ¹ Această lucrare este parte a rezultatelor grantului de cercetare nr. 385/01.10.2007 acordat de Consiliul Național al Cercetării Științifice din Învățământul Superior (C.N.C.S.I.S.).
- * Conferențiar, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai Cluj Napoca; rcatana@gmail.com.
- ** Doctorand, Facultatea de Științe Economice și Gestiunea Afacerilor, Universitatea Babeș-Bolyai Cluj Napoca; adrian.claudiu.popa@gmail.com.
- ² În limba engleză, persoana care deține interese legitime în buna funcționare a întreprinderii comerciale, alta decât acționarul sau proprietarul, este desemnată prin termenul generic "stakeholder".
- ³ J. Jones, W.Y.Lee, T. Yeager, *Opaque Banks, Price Discovery, and Financial Instability* (January 2010). Disponibil la adresa <http://ssrn.com/abstract=1458575>
- ⁴ L. Bercea, *Regula judecării de afaceri: despre noul regim al răspunderii administratorilor societății pe acțiuni*, Pandectele Române nr. 8/2007; L. Bercea, *Regula judecării de afaceri: despre involuția instituției înainte de nașterea sa*, Pandectele Române nr. 6/2006.
- ⁵ A se vedea Planul de acțiune al Comisiei Europene [*Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward*] asumat de Comisie prin Comunicarea nr. 2003/284 din 21.05.2003 făcută Consiliului și Parlamentului European, disponibilă la http://www.ecgi.org/commission/documents/com2003_0284en01.pdf
- ⁶ A se vedea comunicările Comisiei privind *corporate governance* în instituțiile financiare și politicile remuneratorii COM [2010] 285 final, 286 final, adresate Consiliului și Parlamentului European, disponibile la <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0284:FIN:EN:PDF>
- ⁷ "Better regulation through better governance". A se vedea, Raportul final al Grupului Mandelkern asupra unei mai bune reglementări din 13 noiembrie 2001 [*Mandelkern Group on Better Regulation, Final Report, 13 November 2001*].
- ⁸ A se vedea Comunicarea Comisiei nr. COM (2010) 543 final din 8.10.2010, adresată Consiliului, Parlamentului European și Comitetului Economic și Social, intitulată "Smart Regulation in the European Union", disponibilă la adresa http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/com_2010_0543_en.pdf
- ⁹ Vezi, Camera Comunelor, Comitetul pentru Trezorerie, *Banking Crisis: reforming corporate governance and pay in the City*, 15 mai 2009, p. 47-66, și Camera Comunelor, Comitetul pentru Trezorerie, *Banking Crisis: reforming corporate governance and pay in the City: Government, UK Financial Investments Ltd and Financial Services Authority Responses to the Ninth Report from the Committee*, 24 iulie 2009.
- ¹⁰ Vezi, Comitetul Basel pentru Supraveghere Bancară, *The Basel Committee's Response to the Financial Crisis: Report to the G20 [Răspunsul Comitetului Basel la criza financiară: Raport pentru G20]*, octombrie 2010.
- ¹¹ Comitetul Basel pentru Supraveghere Bancară, *Principles for Enhancing Corporate Governance [Principii pentru îmbunătățirea guvernanței corporative]*, octombrie 2010, pct. 17.
- ¹² M. Bennedsen, H.Ch. Kongsted, K. Meisner Nielsen, *The Causal Effect of Board Size in the Performance of Small and Medium-Sized firms*, Journal of Banking & Finance, Volume 32, no. 6/2008, p. 1098-1109.
- ¹³ R. Adams, H. Mehran, *Corporate Performance, Board Structure and its Determinants in the Banking Industry*, Federal Reserve Bank, New York, Staff Report no. 330, 2008. Sursa: http://www.newyorkfed.org/research/staff_reports/sr330.pdf

- ¹⁴ Legea nr. 441 din 27 noiembrie 2006 pentru modificarea și completarea Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, republicată, și a Legii nr. 26/1990 privind registrul comerțului, republicată, publicată în M.Of. nr. 955 din 28 noiembrie 2006 a introdus în Legea nr. 31/1990 art. 137¹ alin. (3), care dispune: "Pe durata îndeplinirii mandatului, administratorii nu pot încheia cu societatea un contract de muncă. În cazul în care administratorii au fost desemnați dintre salariații societății, contractul individual de muncă este suspendat pe perioada mandatului."
- ¹⁵ Art. 138¹ din Legea societăților comerciale prevede că, în cazul în care într-o societate pe acțiuni are loc delegarea atribuțiilor de conducere către directori, majoritatea membrilor consiliului de administrație va fi formată din administratori neexecutivi.
- ¹⁶ Potrivit Legii societăților comerciale (art. 138² alin. 2), criteriile pentru ca un administrator să fie considerat independent sunt următoarele:
- a) să nu fie director al societății sau al unei societăți controlate de către aceasta și să nu fi îndeplinit o astfel de funcție în ultimii 5 ani;
 - b) să nu fi fost salariat al societății sau al unei societăți controlate de către aceasta ori să fi avut un astfel de raport de muncă în ultimii 5 ani;
 - c) să nu primească sau să fi primit de la societate ori de la o societate controlată de aceasta o remunerație suplimentară sau alte avantaje, altele decât cele corespunzând calității sale de administrator neexecutiv;
 - d) să nu fie acționar semnificativ al societății;
 - e) să nu aibă sau să fi avut în ultimul an relații de afaceri cu societatea ori cu o societate controlată de aceasta, fie personal, fie ca asociat, acționar, administrator, director sau salariat al unei societăți care are astfel de relații cu societatea, dacă, prin caracterul lor substanțial, acestea sunt de natură a-i afecta obiectivitatea;
 - f) să nu fie sau să fi fost în ultimii 3 ani auditor financiar ori asociat salariat al actualului auditor financiar al societății sau al unei societăți controlate de aceasta;
 - g) să fie director într-o altă societate în care un director al societății este administrator neexecutiv;
 - h) să nu fi fost administrator neexecutiv al societății mai mult de 3 mandate;
 - i) să nu aibă relații de familie cu o persoană aflată în una dintre situațiile prevăzute la lit. a) și d).
- ¹⁷ Fl. Shou-Acquaye, *The Independent Board of Directors and Governance in the US: Where Is this Heading*, Whittier Law Review no.27, 2005-2006, p. 725.
- ¹⁸ Un alt exemplu de import legislativ care își caută încă aplicarea în practica judiciară din România este regula judecătorească de afaceri (*business judgment rule*). A se vedea aserțiuni critice referitoare la acest aspect în R. N. Catană, *Legal Transplants in Romanian Corporate Law: Seeking for Success*, Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Seria *Negotia*, no. 2/2009, p. 35.
- ¹⁹ J. Hill, *Regulating Executive Remuneration: International Developments in the Post-Scandal Era*, European Company Law, vol. 3, issue 2, 2006, p. 64.
- ²⁰ Ch. Harper, Bloomberg, 17 ianuarie 2008, <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=aHPBhz66H9eo>
- ²¹ Pentru detalii, a se vedea studii referitoare la rolul pe care sistemul de remunerare al managementului instituțiilor financiare l-a avut în criza financiară: L. Bebchuk, *Regulating bankers' pay*, Georgetown Law Journal, Vol. 98, No. 2/2010, p. 247; A. Raviv, Y. Landskroner, *The 2007-2009 Financial Crisis and Executive Compensation. An Analysis and a Proposal for a Novel Structure*, disponibil la http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1420991

- ²² R.A.G. Monks, N. Minnow, *Corporate Governance*, 4th ed., Wiley, Chichester, UK, p. 218 și urm.
- ²³ A se vedea Sullivan&Cromwell LLP, *The Financial Crisis and the Business Judgment rule*, în blogul *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, disponibil la adresa http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/files/2008/12/sc_publication_the_financial_crisis_and_the_business_judgment_rule.pdf
- ²⁴ În limba engleză: *independent director* sau *outside director*.
- ²⁵ M. Hilb, *Redesigning Corporate Governance: Lessons Learnt from the Global Financial Crisis*, *Journal of Management and Governance*, DOI 10.1007/s10997-010-9131-8, 4 februarie 2010.
- ²⁶ Foarte cunoscute sub acronimul englezesc IFRS (*International Financial Reporting Standards*).
- ²⁷ [Revised] *Model Business Corporation Act (MBCA)* în *Corporations and other business organizations. Statutes, rules, materials and forms*, Thomson Reuters, 2009, p.697. Este un model de reglementare pus la dispoziția statelor americane de către Asociația Americană a Barourilor de Avocați (*American Bar Association*). În prezent, acest model este urmat de 24 de state americane, printre care se număra Arizona, Florida, Georgia, Illinois, Carolina de Nord, Carolina de Sud, Washington și Wisconsin.
- ²⁸ L. Lennarts, *Directors' and Shareholders Liability as a Mean of Protecting Creditors of the BV*, *European Business Organization Law Review*, 2007, p. 131.
- ²⁹ V. Cocris, M. Ungureanu, *Why are Banks so Special? An Approach from the Corporate Governance Perspective*, Iasi, Alexandru Ioan Cuza University, 2007, p. 57.
- ³⁰ Această constrângere este impusă de art. 12 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului.
- ³¹ Potrivit art. 235 din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital, membrii Consiliului de Administrație al societăților admise la tranzacționare pe o piață reglementată *pot fi aleși* prin metoda votului cumulativ. La cererea unui *acționar semnificativ* (deținând 10% din capitalul social), alegerea pe baza acestei metode se face în mod obligatoriu.
- ³² Potrivit art. 117¹ din Legea societăților comerciale, au dreptul de a cere introducerea unor noi puncte pe ordinea de zi unul sau mai mulți acționari reprezentând, individual sau împreună, cel puțin 5% din capitalul social. Cererile se înaintează Consiliului de Administrație, respectiv Directoratului, în cel mult 15 zile de la publicarea convocării, în vederea publicării și aducerii acestora la cunoștință celorlalți acționari. Ordinea de zi completată cu punctele propuse de acționari trebuie publicată cu cel puțin 10 zile înaintea Adunării Generale a Acționarilor.
- ³³ Potrivit Legii societăților comerciale (art. 130 alin. 2), "votul secret este obligatoriu pentru numirea sau revocarea membrilor Consiliului de Administrație, respectiv a membrilor Consiliului de Supraveghere, pentru numirea, revocarea ori demiterea cenzorilor sau auditorilor financiari și pentru luarea hotărârilor referitoare la răspunderea membrilor organelor de administrare, de conducere și de control ale societății."
- ³⁴ T.G.Arun, *Banking Corporate Governance in Developing Economies: Concepts and Issues*, *Corporate Governance: an international review*, vol.12, nr.3/2004, p.371.
- ³⁵ CNN, September 2008. Sursa: <http://edition.cnn.com/2008/POLITICS/09/17/stiglitz.crisis/>
- ³⁶ A. Keay, *The Duty of Directors to Take Account of Creditors' Interests: Has it Any Role to Play?*, *Journal of Business Law*, iulie 2002, p. 379.
- ³⁷ A. Keay, *A Theoretical Analysis of the Director's Duty to Consider Creditor Interests the Progressive School's Approach*, *Journal of Corporate Law Studies*, octombrie 2004, p. 307.

- ³⁸ Exista vii controverse în legătura cu exclusivitatea acționarilor asupra beneficiilor rezultate din instituirea obligației de fidelitate în sarcina administratorilor.
- ³⁹ L. Laeven, R. Levine, *Bank Governance, Regulation and Risk Taking*, Journal of Financial Economics vol.93 nr.2/2009, p.259
- ⁴⁰ Chiar dacă, reglementând ulterior regula judecătii de afaceri, textul legal raportează indirect îndatorirea de prudență și diligență, la noțiunea de „interes al societății”.
- ⁴¹ *The Expressive Function of Directors’ Duties to Creditors*, Stanford Journal of Law, Business and Finance, no. 2/2007, p. 224.
- ⁴² J. Macey, M. O’Hara, *The Corporate Governance of Banks*, Economic Policy Review, April 2003, p. 91.
- ⁴³ E. Wymeersch, *The Future of Financial Regulation and Supervision in Europe*, 2005, p. 3.
- ⁴⁴ Lord A.Turner, *The Financial Crisis and the Future of Financial Regulation*, London, 2009, p.16.
- ⁴⁵ În noiembrie 2008, Comisia Europeană a încredințat unui grup la nivel înalt prezidat de Jacques de Larosière misiunea de a propune Comisiei recomandări cu privire la modalitățile de consolidare a mecanismelor europene de supraveghere. Raportul final a fost prezentat de Grupul de Larosière la 25 februarie 2009 și a propus o nouă viziune asupra unui sistemului de supraveghere financiară europeană.
- ⁴⁶ În Comunicarea Comisiei Europene din 4 martie 2009 la Consiliul European de primăvară [COM(2009) 114 final] intitulată *Stimularea redresării economice europene*, Comisia a salutat și sprijinit concluziile principale ale recomandărilor grupului de experti condus de Jacques de Larosière. Pornind de la recomandările din Raportul de Larosière, Comunicarea Comisiei Europene a înfățișat un plan de acțiune orientat către reformarea modului de reglementare și supraveghere a piețelor financiare. Noul cadru de supraveghere a fost deja prezentat, sub forma propunerilor de regulamente.
- ⁴⁷ *Consiliul European, 18 - 19 iunie 2009, Concluziile Președintei, Bruxelles*, 19 iunie 2009, 11225/09, pag. 6-9. Sursa: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/RO/ec/108629.pdf
- ⁴⁸ M. Vasconcelos, *A New Constitution for the Financial Market System [O noua constituție pentru sistemul financiar european]*, în The European Journal, editia electronica din 25.06.2009. Sursa: http://europeanjournal.typepad.com/my_weblog/2009/06/a-new-constitution-for-the-financial-market-system.html
- ⁴⁹ Consiliul European pentru Riscuri Sistemice (ESRB) va monitoriza și evalua pericolele potențiale pentru stabilitatea financiară care rezultă în urma evoluțiilor macroeconomice și a celor din cadrul sistemului financiar în ansamblu („supraveghere macroprudențială”). În acest scop, misiunea ESRB ar fi aceea de a emite din timp avertismente cu privire la riscurile sistemice susceptibile de a apărea și, dacă este necesar, recomandări cu privire la măsurile care se impun în vederea gestionării riscurilor respective. Crearea ESRB va soluționa una dintre problemele fundamentale evidențiate în contextul crizei, și anume vulnerabilitatea sistemului financiar în fața unor riscuri sistemice sectoriale și transsectoriale interconectate complexe. Sursa: *Comunicarea Comisiei referitoare la supravegherea financiară europeană*, Bruxelles, 27.5.2009, COM(2009) 252 final.
- ⁵⁰ Sursa: *Comunicarea Comisiei referitoare la supravegherea financiară europeană*, Bruxelles, 27.5.2009, COM(2009) 252 final.

- ⁵¹ Alte elemente de diferențiere ar fi: regulile prudențiale stringente referitoare la riscul de lichiditate și management, gradul înalt de interconectivitate (cele mai multe afaceri sunt făcute cu alte bănci, ceea ce înseamnă că partenerii de afaceri reprezintă totodată și concurența, de unde rezultă și un însemnat risc de contrapartidă, și în final, un însemnat risc de contagiune), deținerea de derivative (care pot să le modifice băncilor dramatic profilul de risc), băncile sunt entități strict supravegheate și reglementate datorită importanței lor fundamentale, dar și datorită vulnerabilității lor. Sursa: P. O. Mülbart, *Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis - Theory, Evidence, Reforms (April 2010)*, European Corporate Governance Institute (ECGI), *Law Working Paper* no. 130/2009.
- ⁵² *Ibidem*
- ⁵³ Fr. Peltier, *La corporate governance au secours des conseils d'administration*, Dunod, 2005, p.89
- ⁵⁴ De exemplu, rapoartele asupra verificărilor efectuate de compartimentele/departamentele de control intern nu trebuie să fie comunicate doar președintelui Consiliului de Administrație sau directorului general/executiv, ci întregului *Board*! Această practică, des întâlnită, considerăm că este eronată. În opinia noastră, ar fi mai potrivit ca acestea să fie comunicate și comitetului de audit al băncii, din care ar trebui să facă parte cel puțin doi (deși, cea mai bună soluție ar include trei) dintre membrii ne-executivi ai *Board*-ului. La rândul său, Comitetul de Audit ar trebui să verifice performanța băncii, disciplina internă, modul în care se respectă procedurile interne etc.
- ⁵⁵ Regulamentul B.N.R. nr. 3 din 19 martie 2009 privind clasificarea creditelor și plasamentelor, precum și constituirea, regularizarea și utilizarea provizioanelor specifice de risc de credit, publicat în M.Of. nr. 200 din 30 martie 2009.
- ⁵⁶ Considerăm ca această concepție ar putea suferi o dramatică revizuire din partea băncilor comerciale în contextul creat de apariția și aplicarea O.U.G. nr. 50 din 9 iunie 2010 privind contractele de credit pentru consumatori, publicată în M.Of. nr. 389 din 11 iunie 2010 (aserțiunea noastră are în vedere forma O.U.G. nr. 50/2010 la data de 01.12.2010, când legea de aprobare, modificare, completare sau respingere a acestei ordonanțe de urgență se află încă în dezbaterile Parlamentului României).
- ⁵⁷ Art. 34 alin. (2) din Legea contabilității.
- ⁵⁸ Legea include în această categorie a "persoanelor juridice de interes public" următoarele tipuri de entități: instituțiile de credit; instituțiile financiare nebancare, definite potrivit reglementărilor legale, înscrise în Registrul general; societățile de asigurare, asigurare-reasigurare și de reasigurare; entitățile autorizate, reglementate și supravegheate de Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private; societățile de servicii de investiții financiare, societățile de administrare a investițiilor și organismelor de plasament colectiv, autorizate/avizate de Comisia Națională a Valorilor Mobiliare; societățile comerciale ale căror valori mobiliare sunt admise la tranzacționare pe o piață reglementată; companiile și societățile naționale; persoanele juridice care aparțin unui grup de societăți și intră în perimetrul de consolidare de către o societate-mamă care aplică Standardele Internaționale de Raportare Financiară (IFRS).
- ⁵⁹ În temeiul art. 2 din O.U.G. nr. 75 din 1 iunie 1999 privind activitatea de audit financiar, publicată în M.Of. nr. 256 din 4 iunie 1999 și republicată în M.Of. nr. 598 din 22 august 2003, auditul financiar cuprinde și auditul statutar.
- ⁶⁰ În acest sens, a se vedea art. 152-158 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului.

- ⁶¹ Norme nr. 17 din 18 decembrie 2003 privind organizarea și controlul intern al activității instituțiilor de credit și administrarea riscurilor semnificative, precum și organizarea și desfășurarea activității de audit intern a instituțiilor de credit, publicate în M.Of. nr. 47 din 20 ianuarie 2004, cu modificările și completările ulterioare.
- ⁶² P. O. Mülberr, *precitat*, p. 11.
- ⁶³ R. Vrânceanu, *Dereglementarea necinstei. Învățăminte din scandalurile corporatiste americane*, în D. Dăianu, R. Vrânceanu (coord.), *Frontiere etice ale capitalismului*, Editura Polirom, Iași, 2006, p. 262.
- ⁶⁴ D. Morgan, *Rating banks: Risk and Uncertainty in an Opaque Industry*, *American Economic Review*, vol. 92, no. 4 (septembrie), p. 874-888, 2002.
- ⁶⁵ A. Sen, *On Ethics and Economics*, Blackwell, Londra, 1988, p. 28.
- ⁶⁶ L. Croitoru, *The Financial Crisis and Some Lessons that We Never Learn*, septembrie 2009. Sursa: <http://www.bnro.ro/Puncte-de-vedere-4011.aspx>, L. Croitoru, *Marea lecție a crizei financiare*, interviu acordat publicației Business Standard, în data de 20 aprilie 2009. Autorul afirmă: "Care va fi marea lecție a acestei crize? Vom învăța că nu piețele libere, ci proasta administrare a capitalismului duce, în final, la o criză profundă. Dar nu vom învăța imediat, ci după ce economia reală se va scufunda. Cred că în următoarele două decenii se vor acumula condițiile ca lecția să fie învățată. Atât ne va lua să învățăm că nu putem bea și mânca pe gratis. Dar se pare că la nivel colectiv nu putem ține minte pentru mult timp, ci poate pentru încă două decenii. Se spune că cei care nu învață din istorie sunt condamnați să o repete. Iată de ce cred că Geenspan avea dreptate când spunea că într-un secol avem două-trei crize majore". Sursa: <http://www.bnro.ro/Puncte-de-vedere-4011.aspx>.
- ⁶⁷ N. Dănilă, *Rolul sistemului bancar din România în reluarea creșterii economice*, conferință în cadrul proiectului educațional al BNR "Zilele porților deschise pentru studenții economiști 2010", Universitatea 1 Decembrie 1918, Alba Iulia, 12 octombrie 2010. Sursa: <http://www.bnro.ro/Rolul-sistemului-bancar-din-Romania-in-reluarea-cresterii-economice-6092.aspx>

**ORALITY IN THE LAW OF CONTRACT: MANIFESTATION
AND PROOF OF INTENT IN ANCIENT AFRICAN
AND ROMAN SOCIETIES¹**

Gardiol J. van NIEKERK*

Abstract. *There are many intersections in ancient Roman and African law and a superficial analysis of orality in the Roman law of contract provides insights that one could usefully employ in understanding the African law of contract. In Roman law, contracts could be constituted by words only but to incur liability the words had to be concretised by an “outward ritual”. In African law purely verbal agreements did not give rise to legal liability. Transfer of property, related or unrelated to performance in terms of the contract gave rise to liability and in that sense contracts in African law differed from real contracts in Roman law. The prevalence and endurance of the stipulatio in early Roman law have been ascribed to the importance of the Roman virtue of fides. It was the non-specialised nature of African law rather than the lack of fides that explains why purely verbal contracts were unknown in African law.*

Keywords: *ancient African law; customary law; ancient Roman law; sources of law; preliterate; jurisprudential framework; contract; orality; language; writing; verbal contracts; stipulatio; concretisation of words; outward ritual; formalism; fides; non-specialised nature; manifestation and communication of intent; ritualistic declarations*

1 Introduction

Before commencing with this discussion it is important to consider the sources available on ancient African law. By tradition, ancient African culture may be characterised as preliterate. That means that those early societies had no written language. In consequence, no ancient written sources exist authored by indigenous Africans themselves. Non-legal materials are the earliest written sources of knowledge of pre-contact or ancient African law. These include texts of early European travellers² dated from the fifteenth century onwards, and anthropological and ethnological writings on African culture, which started appearing in the mid-nineteenth century.

It is not an easy task to extricate information on African customary law from these sources since their main focus was not substantive law. Importantly, though, these works contain information on the traditional African law which has

not been adulterated by the interpretations of jurists with preconceived European ideas.³ Moreover, they prove that as early as at least the fifteenth century, southern African societies were socially and politically well-organised and had established legal orders with reasoned laws and institutions, albeit different to the familiar European model.

Other sources of law are colonial reports of commissions of enquiry and parliamentary committees. Although there was initially little interest in the laws and institutions of the indigenous populations in Southern Africa, the colonial administrators soon realised that African customary law was there to stay and that they needed formal instruments regulating the application of that law. In addition they had insufficient knowledge of the substantive law. From the 1830s onwards, then, reports were compiled on African customary law and the regulation of its application. These yield more information on law since some of the reports deal exclusively with the substantive law. The first book in South Africa on African customary law appeared in 1858⁴ but it took more than half a century before further works on that law were published.⁵ A Code of Zulu was promulgated in 1878.

Scientific analyses of African law are generally moulded in what is accepted as universally, or rather “European” intelligible legal language. In view of the fact that there are superficial likenesses in the legal phenomena of most legal systems in the primitive and the early stages of their development, the Roman jurisprudential framework, which is the most widely known, is generally preferred to explain African law.⁶ This analytical method unfortunately often resulted in the imposition of Roman legal rules and fundamental postulates on the traditional African law and consequently the attribution of dubious characteristic features to that law. Further, as a result of the reliance on a “non-African” framework to explain and interpret African customary law its continued existence came under threat.⁷

In this article the goal is to rethink existing interpretations of selected aspects of ancient African customary law of contract by way of a comparative analysis with ancient Roman law and with reference to some of the earliest sources of African law. One of the shared characteristic features in these two ancient societies is a general emphasis on orality which was manifest in legal, political and economic life.⁸

The pre-eminence of orality in African culture is understandable, given its preliterate tradition. In Roman law, though, this feature is rather unexpected, bearing in mind that it was from early on a literate culture. It is well-known that the Twelve Tables were inscribed on tablets in the fifth century BC, but there are conflicting views on when exactly writing was first introduced in private legal acts.⁹ By the late Republic, though, legal documentation was firmly established in legal practice.¹⁰

But be that as it may, what is important for this analysis is that purely verbal contracts existed. The focus here will be limited to the best-known verbal contract in Roman law, the *stipulatio*, and the way in which the intention of the parties was communicated.¹¹

2 Words and intent

The relationship between the objective verbal utterances and the subjective intention of the parties to verbal contracts and the extent to which the Roman-law principles may cast a light on ancient African contracts will be considered first.

2.1 Roman law

In Roman law, form and the spoken word were inextricably linked. In order to have legal significance attached to a verbal contract, the words used to reach agreement had to be in a specific form and liability was incurred only if the parties conformed to the necessary ritualistic formal requirements.

Until the post-classical era, Romans did not distinguish between an external and internal component in the verbal contract, that is, between the external declarations (*verba*) of the parties and their internal intentions (*voluntas*).¹²

The formal declarations were not intended as communication to the outside world and did not serve as publication of the real intention of the parties to outsiders, but manifested intent only between the parties themselves. Watson¹³ accordingly states that the ritualistic declarations were merely to show to the parties themselves “that they intended to make a *contract*”. There was thus not necessarily a correlation between the formal words uttered and the subjective will of the parties and the words could thus neither be regarded as a manifestation nor provided proof of their intent.

It appears that it was rather the formality, the external ritual,¹⁴ which served as judicial proof that the contract had been concluded.¹⁵ However, this formality did not exactly function as evidence of the real intention of the parties, the object of the obligation, or whether one or both of the parties were obligated to perform in future.¹⁶ The law gave consequence to and enforced the actual wording of the *stipulatio* without looking into the surrounding circumstances of the promise or undertaking, and did so even if the words did not reflect the intention of the promisor and had no connection with actual reality.¹⁷

The introduction of the *exceptio doli* and *exceptio metus causa* by the end of the Republic enabled the judge to start taking cognisance, to a limited extent, of the surrounding circumstances in which the contract had been concluded and so to contextualise it. That made the reason for its conclusion and the intention of the parties more relevant.¹⁸ Nevertheless, it still did not change the fact that as a rule the law still gave consequence to the formal words rather than the will of the parties. It was only in post-classical law that the emphasis shifted to the protection of the parties and that formalities were aimed at securing proof in case of litigation.¹⁹

2.2 African law

While it is true that in accordance with Africa's oral tradition, agreements were always entered into verbally and that, unlike Roman law, the words did not have to be moulded in a specific form, words alone were nevertheless not sufficient to create liability²⁰ or *per se* to convey the intention of the parties. This is illustrated by the maxims that "yesterday's word does not slaughter an ox"²¹ or "nobody buys the footprints of a bullock".²²

The parties' verbal communication had to be transformed into a concrete experience which occurred through the exchange of gifts, or performance in terms of the contract, or the physical pointing out of the object of the contract together with a specific verbal description.²³

The parties' intention was accordingly manifested in the words together with some physical activity. Confirmation of this may be found in the description of the cattle trade with the Khoi, the original inhabitants of the Cape of Good Hope by Grevenbroek, a seventeenth-century traveller. He observed that they did not consider themselves contractually bound unless an exchange of gifts had taken place.²⁴

In contrast to Roman law, agreement was reached by a protracted process of deliberation between the parties and between members of their respective families.²⁵ Further, since a special etiquette was attached to all social and legal relationships, there were specific conventions as regards behaviour and taboo that had to be upheld in order to create an obligation. The various language taboos illustrate the close affinity between language, magic and religion in African culture.²⁶ Cattle, for example, were regarded as an important form of legal tender and a complex cattle terminology existed. Terms referring to cattle differed depending on whether they were used in a legal, religious or kinship context.²⁷ Animals were very specifically identified in transactions, using established, refined and complex linguistic colour-pattern terminology as well as personal names.²⁸

Also kinship terminology was complex and differed from one ethnic group to another. Among the Nguni tribes, for example, parents-in-law and children-in-law had to avoid using words phonetically resembling each other's names.²⁹

3 Concretisation of words

Although the verbal agreements had to be concretised in both Roman and African law, the way in which this occurred differed.

3.1 Roman law

The emphasis on orality in Roman law did not reduce the significance of formalism. In fact, the most distinguishable feature of early Roman law was what Schulz referred to as "actional formalism", meaning that all legal acts had a specific form.³⁰ Thus, in the *stipulatio*, not the actual words but the form or external ritual

created the legal bond; liability did not flow from the agreement of the parties but rather from the exchange of the prescribed formal phrases.³¹

The requirements for the “outward ritual”³² of the *stipulatio* were that the communication had to be in the form of oral³³ questions and answers,³⁴ *inter praesentes*;³⁵ that there had to be exact correspondence between question and answer (the verb in the question and answer had to be the same),³⁶ and that the answer had to follow immediately after the question (*unitas actus*).³⁷

It was ritualistic formalism, then, not writing, that served as the concretisation of the spoken word in the *stipulatio*.³⁸ The predominant opinion among scholars is that although in classical law it was usual to reduce the oral agreement to writing, this was not a requirement for the validity of a contract but was purely for evidentiary purposes.³⁹ During the pre-classical period of Roman law, written documentation was not regarded as a legal formality.⁴⁰ The most obvious reasons for this phenomenon were that the physical presence of the parties was regarded as a guarantee against misunderstanding and enhanced clarity;⁴¹ and general illiteracy, the available methods of writing and time restraints.⁴² It was only in post-classical law that the oral *stipulatio* was superseded by a written contract.⁴³

However, there are also other views. Meyer, for instance, has shown that writing on *tabulae* was part of the *stipulatio* from very early on and she argues that although Roman jurists never explicitly mentioned writing as a prerequisite for or a part of the *stipulatio*, one should nevertheless bear in mind that “their analytical world left much out”: Accordingly, Gaius never mentioned that there must be a *continuus* or *unitas actus* for a valid stipulation.⁴⁴ Moreover, she maintains that Gaius never claimed his assessment of the *stipulatio* to be a complete and comprehensive description of that contract and that he intended it rather to be a description of its “core nature”⁴⁵; that his description lends itself to speculation and that it certainly does not prove conclusively that the *stipulatio* was not written but oral.⁴⁶

3.2 African law

Although there were no formalities as regards the actual communication of the intentions of the parties and although no form or ceremony was required for a contract to be regarded as valid, contracts in African law were nonetheless not completely without form. There were certain ritualistic behavioural requirements that had to be observed, some of which correspond with the outward ritual of Roman law. Thus, both parties had to be present and actual words had to be spoken.⁴⁷

The transfer of property, related or unrelated to performance in terms of the contract, was crucial in legal transactions⁴⁸ and served as a manifestation and proof of the intention of the parties.

There are many examples of the transfer of property independent of the performance due in terms of the agreement.⁴⁹ An agreement for the transfer of marriage goods (similar to *dos* in Roman law), for instance, was confirmed in a

physical way when an animal was slaughtered. This animal did not form part of the marriage goods. It was a manifestation of the intention of the parties and served as proof of such.⁵⁰ This, then, is where African contracts differ from real contracts in Roman law.

Confirmation of this practice may be found in two letters, written in the late nineteenth century in Tswana (an African language) to a Tswana News Paper.⁵¹ In view of the dearth of early written sources in any African vernacular, by indigenous Africans, this is indeed rare. What contributes to the value of the letters is that they do not contain second-hand interpretations of cultural information by non-Africans, but narratives of Africans themselves.⁵²

4 *Fides*

The prevalence and endurance of the *stipulatio* in early Roman law have been ascribed to the importance of the Roman virtue of *fides*. This immediately begs the question whether the absence of purely verbal contracts in African customary law was related to the possible absence of *fides* in that culture.

4.1 Roman law

Abundant literature on the topic affirms that *fides* which in Roman culture implied trust and trustworthiness formed a fundamental postulate of Roman religious, socio-political and legal life.⁵³ For Romans it was the most sacred thing in life.⁵⁴ It formed the foundation of the binding effect of obligations, not only in the *ius gentium*, but also in the *ius civile*. Everybody, irrespective of nationality, was expected to observe the duty to keep his or her word.⁵⁵

The centrality of *fides* in Roman life was not an attribute conceived of by modern Romanists. *Fides* is a recurring theme in the works of Cicero,⁵⁶ and is referred to by Seneca,⁵⁷ Cornelius Nepos,⁵⁸ and others. The Greeks, too, commented on the exceptional trustworthiness of the Romans. Polybius⁵⁹ notes that bound by their pledge of *fides*, even Roman officials, who were *ex officio* most exposed to the temptation, were restrained from skimming public funds.⁶⁰

Cicero saw *fides* as “*fit quod dicitur*”⁶¹ and associated it with justice (*iustitia*) and other related virtues. In fact, according to him *fides* formed the very foundation of justice.⁶² Within the context of the *stipulatio*, his proposition that *fides* derived from a promise made good, is certainly appropriate and underwrites its importance in legal conduct.⁶³

Interestingly, in contrast to the opinion of modern Roman-law scholars, Seneca⁶⁴ and Cornelius Nepos⁶⁵ saw the formality of the *stipulatio* as evidence of the absence of *fides*. In their view informal agreements should suffice between friends and *fides* should eliminate the necessity for formal contracts.

4.2 African law

The first logical reason that comes to mind for the absence of purely verbal contracts in African law is that *fides* did not play a central role in that culture. Nevertheless, although a purely verbal agreement did not give rise to legal liability it was regarded as morally reprehensible to break a promise.⁶⁶

But trust between people, specifically neighbours, was certainly important in ancient Africa. Gluckman, who did extensive empirical research among the Barotse of Zambia, observed that all legal relationships in their law were based on “generosity and the utmost good faith”.⁶⁷ The pre-eminence of trust in social and legal relationships was likewise reported for the Birwa of Botswana. Among these people, neighbours within the same settlements formed neighbourhood sets that interacted frequently with each other. These sets of people were not jurally defined units like households, but were informally dependent upon each other’s co-operation for their welfare and safety. Special relationships of trust existed between such neighbours who assisted each others in various activities like reciprocal labour exchanges, and who contracted with each other, among others, to acquire livestock.⁶⁸

It is indeed not the lack of *fides* that explains why purely verbal contracts were unknown in African law, but rather the fact that African law and culture were characteristically non-specialised. This feature manifests itself in the lack of separation, differentiation, classification, and delimitation of, amongst others, knowledge, concepts, ideas, duties and interests; and hence in a concomitant lack of abstraction.⁶⁹

In African law then, there was an emphasis on the concrete and legal reasoning was founded in sensory observation which was also a natural corollary of the general pre-literate condition of ancient Africa and abstract principles had to be concretised as explained earlier.

5 Conclusion

There are many intersections in ancient Roman and African contracts and a superficial analysis of orality in the Roman law of contract provides insights that one could usefully employ in understanding the African law of contract.

Roman society found legal certainty in formalism, which is the extreme adherence to form, because well-defined form made legal acts memorable. In the *stipulatio* form was manifested in specific ritualistic words.

In African society the emphasis on the concrete and the lack of abstraction excluded words as formality. However, specific behavioural conventions, which were not limited to delivery in terms of the contract, conferred form and created legal certainty, gave rise to liability, and were regarded as manifestations of the intention of the parties. Contrary to the traditional view, performance or part performance in terms of the contract was not the only way in which the verbal agreement could be confirmed and in that sense contracts in African law differed from real contracts in Roman law.

Further, unlike the Roman *stipulatio*, where abstract form completely overshadowed the subjective expectations of the parties, in African law, contracts were posited in reality. The parties retained their specific identities defined by their membership of specific family groups. The object of the contract never became a “colorless commodity”⁷⁰ and the intention of the parties remained of paramount importance.

¹ This is a paper read at the 64th Session of the Société Internationale “Fernand de Visscher” pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité on “Communication et Publicité dans l’Antiquité: Profils, Juridiques, Sociaux, économiques”, held 28 September to 2 October 2010 in Barcelona, Spain.

* Professor, Department of Jurisprudence, School of Law, University of South Africa; Vniekgj@unisa.ac.za

² The following works deal specifically with Southern Africa: Olfert Dapper, *Kaffrarie, of Lant der Hottentots* (1668), Willem ten Rhyne *Schediasma de Promontorio Bonae Spei* (1686) and Johannes Gulielmus de Grevenbroek *Gentis Africanae circa Promontorium Capitis Bona Spei Vulgo Hottentotten Nuncupatae Descriptio* (1695). These works, with translations and annotations, were published in 1933 by The Van Riebeeck Society, Cape Town, as *The Early Cape Hottentots* edited by I. Schapera & B. Farrington. Other works from further afield are, e.g., those of Ioannis Leonis Africani *De Totius Africae Descriptione, Libri IX* (1556) and, at the end of the nineteenth century, John Mensah Sarbah’s *Fanti Customary Laws* (1897), published in London by William Clowes & Sons Ltd. This work deals with the customary laws of the Fanti and Akan tribes of the Gold Coast and is based on the works of travellers of the fifteenth, sixteenth and seventeenth centuries. It also contains judicial decisions on customary laws.

³ “European” is not a precise term but is used here as referring to what F. Wieacker “Foundations of European Legal Culture” 1990 (38) *American J. of Comparative Law* 1 at 5, calls the Atlantic-European legal orders which include not only Western Europe, but also European settlements in North America, parts of Central and South America, Australia, New Zealand and Southern Africa.

⁴ It was Colonel Maclean’s *Compendium of Kafir Laws and Customs* which was a compilation of various sources on the laws of the amaXhosa. Colonel Maclean was Chief Commissioner in British Kaffraria. His *Compendium* consisted, among others, of papers of a certain Reverend Dugmore, initially published in 1846 and 1847 in *The Christian Watchman*; a letter from Maclean; notes of Warner, Tambookie agent in British Kaffraria in 1856; and notes of Brownlee, Commissioner of the Gaika People.

⁵ W.M. Seymour’s *Native Law and Custom* was published by Juta & Co in Cape Town in 1911. During the 1950s the School of Oriental and African Studies embarked upon the first comprehensive project on the restatement of indigenous African private law in the former British colonies.

⁶ W. Menski *Comparative Law in a Global Context* Cambridge University Press, Cambridge (2006) 466 observes that there is a common perception that unlike other legal systems, African law has never progressed beyond its primitive stage. However, since early Roman law, too, had many features which scholars have regarded as relics of the primitive stage of its

- development, such as the extreme formalism, ritual, symbolism and the ubiquitous magic it was only natural to use its jurisprudential framework to explain African law. With regard to relics of primitivism in Roman law see generally GY. Diódsi *Contract in Roman Law. From the Twelve Tables to the Glossators* Akadémiai Kiadó, Budapest, (1981) 42-43; G. MacCormack “Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law” 1969 (37) *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 439; C. Wasserstein Fassberg “Form and Formalism: A Case Study” 1983 (31) *American. J. of Comparative Law* 627-630; K. Tuori “The Magic of Mancipatio” 2008 *RIDA* 499ff.
- ⁷ In South Africa, today, only fractions of the true traditional African law form part of the official State law. Some sixty years ago already, Anthony Allott, warned that the traditional African law was rapidly being displaced by the imposed colonial law: See A.N. Allott “Introduction” in J.O. Ibik *Malawi II: The Law of Land, Succession, Movable Property, Agreements and Civil Wrongs* London, Sweet & Maxwell, London (1971) v.
- ⁸ It is not surprising then that agreements were always entered into verbally and that oral communication of intent in juristic acts prevailed in both African and Roman law. However, the function and consequences of words in legal acts differed. This feature was not limited to these two ancient societies. See generally M. Kaser *Das römische Privatrecht* Vol. I (1971) 39ff., 230ff.; Vol. II (1975) 73ff., on orality and formalism in early Roman law.
- ⁹ See, e.g., Kaser I (n. 8) 230-231; F. Schulz *History of Roman Legal Science* University Press, Oxford (1953) 25; E. Meyer *Legitimacy and Law in the Roman World. Tabulae in Roman Belief and Practice* Cambridge University Press, Cambridge, (2004) 36ff.
- Evidence exists that legal acts may have been recorded in writing as early as the sixth century BC. However, the fact that orality dominated in private legal acts and that legal documents were not an essential component of the legal process in early Roman law are confirmed by the Twelve Tables, Tab. VI.1 which states: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* (When a person makes bond and conveyance, according as he specified with his tongue so shall be the law): Translation by the Yale Law School’s Avalon Project at http://avalon.law.yale.edu/ancient/twelve_tables.asp (accessed 31 August 2010).
- ¹⁰ Cicero clearly distinguishes between written and unwritten law, and specifically refers to legal documentation in *mancipatio* and *stipulatio*. See, e.g., Cicero *Ep. Att.* 12.17: [*T*]amen velim des operam, ut investigates ex consponsorum tabulis, sitne ita ... (I should be glad if you would verify the truth of that statement from the account books of other surities ...); *Ep. Att.* 16.11.7: *Etsi nondum stipulationes legerem* ... (Though I have not yet read the agreements ...), *de Orat.* 2.100: *At vero in foro, tabulae, testimonia, pacta conventa, stipulationes ... tota cognoscenda est* (But in the law courts, documents, evidence, informal agreements, formal contracts ... must all be examined). Nevertheless, Roman scholars debate the significance of the documentation of legal acts: cf. the discussion under 3.1 below.
- ¹¹ Anecdotal evidence of this contract abounds in the literature: see, eg., Plautus *Bacch.* 880-883; Cicero *Rhet. Her.* 2.13-14 and *Ep. Att.* 16.11, *De Or.* 2 100, *De Leg.* 1 14. On verbal contracts, see generally Ulp. *Inst.* 3.15; D. 45.1; Kaser I (n. 8) 538-543.
- ¹² In fact, the intention of the parties in verbal contracts was not of primary concern: R. Zimmermann *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* Juta & Co., Cape Town 1990) 563-565, 622, 626.
- ¹³ Watson “Artificiality, Reality and Roman Contract Law” 1989 (57) *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 151.
- ¹⁴ S. Amos *The History and Principles of the Civil Law of Rome* Kegan Paul, London (1883) 203 refers to it as an “outward ritual”.
- ¹⁵ Amos (n. 14) 202-4, 215, 219.

- ¹⁶ Amos (n. 14) 202; F. De Zulueta *The Institutes of Gaius Part II Commentary* Clarendon Press, Oxford (1953) 151-152; Zimmermann (n.12) 70 83-84; Wasserstein Fassberg (n. 6) 627.
- ¹⁷ Watson “Artificiality” (n. 13) 155-156; Amos (n. 14) 202. Validity of the legal act came from its form not from *consensus*: J.A. Harrill “The Influence of Roman Contract Law on Early Baptismal Formulae” Papers Presented at the Thirteenth International Conference on Patristic Studies, Oxford 1999 Belgium 2001 (35) *Studia Patristica* 276ff. Cf. D.G. Kleyn “The Reality of Real Contracts” 1995 (58) *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 16 at 16-17.
- ¹⁸ See, e.g., Gaius 4.116a: Thus, if I have taken a stipulatory promise from you of a sum of money, on the understanding that I will advance you the amount on loan, and then I do not advance it, it is undeniable that an action lies against you for the money; for you are legally liable to pay it, being bound by the stipulation; but, because it is inequitable that you should be condemned on this account, it is settled that you must be protected by an *exceptio doli mali*. Cf. De Zulueta II (n. 16) 147-148, 151; Nicholas *An Introduction to Roman Law* Oxford University Press, London (1962) 22 164; J.A.C. Thomas *The Institutes of Justinian* Juta, Wynberg (1975) p. 209.
- ¹⁹ The Romans were surprisingly indifferent to problems of evidence which were regarded as the domain of the judge, not the jurist. The contracting parties relied principally on *fides* as security: Zimmermann (n.12) 70, 89, 624-625. Kaser I (n. 8) 39f., II (n. 8) 73f., indicates that in certain instances something additional was required to formal words to bring about public knowledge and to serve as evidence of the intention of the parties.
- ²⁰ It is generally accepted that in African law liability ensued only where one party had in fact partially or totally fulfilled his obligation. M. Gluckman *The Ideas in Barotse Jurisprudence* Manchester University Press, Manchester (1972) 181 points out that it was not enough to merely point out the goods, but that delivery had to take place before an obligation could be created. But constructive delivery was sufficient. See generally *idem* 177-182; see, too, M.W. Prinsloo & L.P. Vorster “Elements” in A.C. Myburgh *Indigenous Contract in Bophuthatswana* Van Schaik, Pretoria (1990) 6-7 10-11; F.P. van R. Whelpton *Inheemse Kontraktereg*, unpublished LL.D. Thesis, University of South Africa, (1991) 81-83.
- ²¹ “Lentswe la maabane ga le thlabe kgomo”.
- ²² “*Obi nto nantwi ammon*”: Sarbah (n. 2) 93.
- ²³ This ancient custom still persisted in the early twentieth century in South Africa. See, e.g., *Xapa v Ntsoko* 1919 EDL 177 esp. at 181.
- ²⁴ See, e.g., Grevenbroek (n 2) 136 137. See also Sarbah (n. 2) 93ff., who observed that “trama” or earnest money was required to “bind the contract”.
- ²⁵ In Tswana law this process was described as “go tshitsinya”, which literally means “to introduce”: Whelpton (n. 20) 81-83
- ²⁶ A.C. Myburgh “Language” in in AC Myburgh (ed) *Anthropology for Southern Africa* Van Schaik, Pretoria (1981) Myburgh140-144.
- ²⁷ Gluckman *Barotse Jurisprudence* (n. 20) 183; M. Poland, D. Hammond-Tooke & L.Voight *The Abundant Herds. A Celebration of the Cattle of the Zulu People* Fernwood Press Simon’s Town (2003) 34.
- ²⁸ Poland, Hammond-Tooke & Voight (n. 27) 36-37; they point out that this intricate naming and classification has significant alliterative and lyrical qualities.

- ²⁹ The restrictions on the use of certain words reminds of the limitation in Roman law of the use of *spondeo* to Roman citizens with its possible religious origins in the oath before the Roman gods: Gaius 3.92; Harrill (n. 17) 277; De Zulueta II (n. 16) 153; Gaius 3.92, points out that the *sponsio* was restricted to Roman citizens but that other forms of stipulation were also available to foreigners and that other languages could even be used, as long as the parties could understand each other.
- ³⁰ Schulz *Roman Legal Science* (n. 9) 25-26.
- ³¹ According to Harrill (n. 17) 279, the the longest surviving non-legal description of the *stipulatio* may be found in Varro *Rust.* 2.2.5-6.
- ³² A phrase coined by Amos (n. 14) 202; for a general discussion of this ritual see Zimmermann (n.12) 72-75; Kaser I (n. 8) 539ff.; Meyer (n. 9) 116-117; W.W. Buckland *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian* (1966) 434-435.
- ³³ Gaius 3.105: That a dumb man can neither stipulate or promise is obvious. The same is accepted also in the case of a deaf man, because it is necessary both that the stipulator should hear the words of the promissor and that the promissor should hear those of the stipulator.
- ³⁴ Gaius 3.92: A verbal contract is formed by question and answer, thus: ‘Dost thou solemnly promise that a thing shall be conveyed to me?’ ‘I do solemnly promise.’ ‘Wilt thou convey?’ ‘I will convey.’ ‘Dost thou pledge thy credit?’ ‘I pledge my credit.’ ‘Dost thou bid me trust thee as guarantor?’ ‘I bid thee trust me as guarantor.’ ‘Wilt thou perform?’ ‘I will perform.’ The requirement of specific words – originally limited to Latin, *spondere*, and for Roman citizens – was relaxed in classical times when any words could be used: Buckland *Textbook* (n. 32) 434-435 *contra* B. Nicholas “The Form of the Stipulation in Roman law” 1953 (69) *The Law Quarterly Review* 63 at 65ff. There is however recent documentary evidence that slaves and foreigners could make use of the *sponsio*: J. Urbanik “Sponsio Servi” 1998 (28) *Journal of Juristic Papyrology* 185-201, quoted in Harrill (n. 17) 278 n. 2.
- ³⁵ Gaius 3.136: “[A] verbal obligation cannot be formed between parties at a distance”; see also Gaius 3.138. Cf. Meyer (n. 9) 255.
- ³⁶ Gaius 3.102.
- ³⁷ Venuleius D 45.1.137pr.: *continuus actus*; Modestinus D 44.7.52.2; Ulpianus D 46.4.8.3; Gaius D.44.7.52.2; De Zulueta II (n. 16) 153; Nicholas “The Form of the Stipulation” (n. 34) 64-65; Buckland *A Manual of Roman Private Law* (1939) 264; Cf Meyer (n. 9) 116-117.
- ³⁸ See Zimmermann (n.12) 80-82 for a discussion of the conversion of the verbal contract into a written one.
- ³⁹ Zimmermann (n.12) 79; Kaser I (n. 8) 540ff., II (n. 8) 373; G. MacCormack “The Oral and Written Stipulation in the Institutes” in P.G. Stein & A.D.E. Lewis *Studies in Justinian’s Institutes in Memory of J.A.C. Thomas Sweet & Maxwell*, London (1983) 96ff; P.J. du Plessis “The Roman Concept of Lex Contractus” 2006 (3) *Roman Legal Tradition* 79-80. Nicholas “The Form of the Stipulation” (n. 34) 77ff., 233ff. De Zulueta II (n. 16) 155 observes that Cicero, as layman, was wrong to assume that *stipulationes* were among the *res quae ex scripto aguntur*: written *stipulationes* were valid only if orally confirmed and oral *stipulationes* were valid irrespective of whether they had been documented; see further 156 -157.
- ⁴⁰ M. Kaser *Das römische Zivilprozessrecht* (2nd ed. by Hackl (1996)) 10-11; E. Metzger “Roman judges, case law, and principles of procedure” 2004 (22-2) *Law and History Review* 264ff; Meyer (n. 9) 2 36-39.
- ⁴¹ Schulz *Roman Legal Science* (n. 9) 25-26.

- ⁴² E. Metzger “Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure” 2004 (22-2) *Law and History Review* 246 at 262ff.
- ⁴³ Harrill (n. 17) 275 at 276; Buckland *Manual* (n. 37) 263; Zimmermann (n. 12) 71 esp. n. 20. Nicholas *Introduction* (n. 18) at 196 points out that there is some controversy regarding exactly when the written *stipulatio* replaced the oral one, but some scholars are of the opinion that the time could be fixed at 472 with a rescript of Emperor Leo which removed the requirement of the formal words. Nicholas “The Form of the Stipulation” (n. 34) 62ff., argues, though, that the rescript of Leo abolished the use of specific formal words, but not the oral contract. See also Thomas (n. 18) 209; Kleyn (n. 17) 18-19.
- ⁴⁴ See Meyer (n. 9) at 117; see further 116-117 and the sources quoted in nn.102-106; 253-261. Based on Roman texts, scholars have debated the possibility also of various other actions being part of the *stipulatio* such as the pouring of libations, offering the right hand as a symbol of the *fides*, a combination of these two actions and holding and breaking a reed.
- ⁴⁵ *Contra* Nicholas “The Form of the Stipulation” (n. 34) 65ff, who argues that Gaius provided an exhaustive list of formal words. This would disprove the argument that Gaius described only the core nature of the contract.
- ⁴⁶ Diósdí (n. 6) at 52, too, is of the opinion that that the predominance of orality had not endured that long and that already during classical times the speaking of formal words was no longer necessary where there was a written document in place. He claims that the Roman jurists “were not interested in whether the parties had recited the *stipulatio* contained in the document” and that this polemic was merely an issue of modern scholarly debate: See generally *idem* 51ff.
- ⁴⁷ As in Roman law, the nod of a head was not an indication of the intention of a party.
- ⁴⁸ See Gluckman *Barotse Jurisprudence* (n. 20) 176; *contra* L.P. Vorster “Independent service” in A.C. Myburgh *Indigenous Contract in Bophuthatswana* (n. 20) 52-53.
- ⁴⁹ E.g., among the Tswana, a verbal agreement with several people to perform a specific task was concretised in the slaughtering of an animal which was divided among those who agreed to do the work. The gift of the meat could not be regarded as payment for the services which would be rendered in terms of the contract.
- ⁵⁰ The custom of transferring marriage goods differed among the different ethnic groups: L.P. Vorster *et al. Urbanites’ Perceptions of Lobolo: Mamelodi and Atteridgeville* Unisa Press, Pretoria (2000) 76. Betrothal or the agreement to transfer marital guardianship over a women to the family of the prospective husband was concretised when the boy’s family offered a gift to the girl’s family to ratify the verbal agreement: J. Church “Betrothal and Marriage: Contractual Aspects” in A.C. Myburgh *Indigenous Contract in Bophuthatswana* Van Schaick, Pretoria (1990) 84-86. In infant betrothals the family of the baby boy would give a goat and a cow to the family of the baby girl as part performance and to confirm liability to transfer the girl in marriage when she reaches a marriagable age.
- ⁵¹ The London Missionary Society published the newspaper *Mahoco a Becwana* during the years 1883-1896. T.M. Mgadla and S.C. Volz translated into English and edited a selection of the letters that Africans had written to the editor of the newspaper. These were published as Vol. 37 of the Second Series of the Van Riebeeck Society in Cape Town in 2006 as *Words of Batswana. Letters to Mahoko a Becwana 1883-1896*.

- ⁵² See Baruni Makutle's letter in Magadla & Volz *idem* at 145-146 and the letter of Paramount Chief Montshiwa Tawana at 161.
- ⁵³ See among others A.R. Fromchuck *The Concept of Fides in the Histories of Tacitus*, unpublished Ph.D. Thesis, Bryn Mawr College, University of Michigan Ann Arbor (1972) 1ff; D.H. Van Zyl *Justice and Equity in Cicero* Van Schaik, Pretoria (1991) *passim*; Meyer (n. 9) 150ff; Zimmermann (n.12) 68-70; F. Schulz *Principles of Roman Law* Clarendon Press, Oxford, (1936) 223ff (especially 326-328 for its significance in law).
- ⁵⁴ See Cicero in *Verr.* 2.3.3.6: *fidem sanctissimam in vita qui putat*.
- ⁵⁵ See, e.g., Kaser I (n. 8) 27, 33, 35, 39, 87 esp. his references to the connection between *fides* and sacral law.
- ⁵⁶ See, e.g., *de Rep.* 4.7, *ad Fam.* 16.10.2, *de Offic.* 1.7.23. *de Part. Orat.* 22.78 Cicero observes: "That part of virtue displayed ... in matters of trust [is called] faith."
- ⁵⁷ *Ben.* 3.15.1-2.
- ⁵⁸ *Att.* 9.5.
- ⁵⁹ *Hist.* VI 56.14-15: "... whereas among the Romans those who as magistrates and legates are dealing with large sums of money maintain correct conduct just because they have pledged their faith by oath. 15. Whereas elsewhere it is a rare thing to find a man who keeps his hands off public money, and whose record is clean in this respect, among the Romans one rarely comes across a man who has been detected in such conduct ...". Also Cicero remarked on the role of *fides* in affairs or relationships of trust: *de Part. Orat.* 22.78: *in creditis rebus fides*; cf. Van Zyl (n. 53) 97-98.
- ⁶⁰ At 21 Meyer (n. 9) comments that "it was at first rare (although eventually better known) for suspicion of corruption to touch the Romans themselves".
- ⁶¹ *de Rep.* 4.7: *Fides enim nomen ipsum mihi videtur habere, cum fit, quod igitur*. (Faith seems to me to get its very name from the fact that what is promised is performed).
- ⁶² *de Offic.* 1.7.23: *fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas, ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiusdam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est, appellatam fidem ...*. Cf. Van Zyl (n. 53) 123.
- ⁶³ In his *de Offic.* 1.7.23 he wrote that undertakings and agreements (*dictorum conventorumque*) should be upheld and the resulting obligations be discharged. This applied in both public and private acts.
- ⁶⁴ *Ben.* 3.15 1-2: 1 *Utinam nulla stipulatio emptorum venditori obligaret nec pacta conventaque impressis signis custodirentur, fides potius illa servaret.* 2 *Sed necessaria optimis praetulerunt et cogere fidem quam expectare malunt ...*.
- ⁶⁵ *Att.* 9.5: "[H]e came to the rescue and lent her the money without interest and without any contract, considering it the greatest profit to be known as mindful and grateful, and at the same time desiring to show that it was his way to be a friend to mankind and not to their fortunes ...".
- ⁶⁶ I. Schapera in M. Gluckman (ed.) *Ideas and Procedures in African Customary Law* Oxford University Press, Oxford (1969) 327-328 reported for the Tswana of Botswana that executory contracts created legal liability. However, this is not a general view and Epstein & Gluckman note that he may have interpreted the law incorrectly: Gluckman *Barotse Jurisprudence* (n. 20) 180, 182-183; at 182-185, he explains the divergence of the centrality of good faith in all spheres of African life and the fact that a mere agreement did not incur liability as follows: Liability in contract is indeed only incurred when performance has taken place or property transferred, but when the obligation is created, it is governed by good faith (not in the modern ethical sense). Cf., further, N. Mahoney "Contract and Neighbourly Exchange among the Birwa of Botswana" 1977 (21) *J of African Law* 40 at 59.

⁶⁷ Gluckman *Barotse Jurisprudence* (n. 20) 175 and generally 174-176.

⁶⁸ Mahoney (n. 66) 40, 49-53; cf. Gluckman *Barotse Jurisprudence* (n. 20) 170ff.

⁶⁹ A.C. Myburgh *Papers on Indigenous Law* Van Schaik Pretoria (1985) 2ff.

⁷⁰ See C.T. Wonnell "The Abstract Character of Contract Law" 1990 (22) *Connecticut L.R.* 437 at 438-441.

**L'INTEGRATION JURIDIQUE EUROPEENNE ET LES
METHODES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE –
QUELQUES OBSERVATIONS¹**

Alina OPREA*

Résumé. *Les méthodes auxquelles le droit international privé fait appel afin de gérer la diversité législative portent aujourd'hui l'empreinte de l'intégration juridique européenne. Le rappel des techniques utilisées par le législateur de l'Union pour réaliser cette intégration permet de vérifier que celle-ci n'implique pas nécessairement la disparition des conflits de lois ; mais si habituellement les conflits sont réglés par la mise œuvre soit des règles de conflit, soit d'éventuelles lois de police, la prise en compte de la donnée européenne apporte des modifications non négligeables dans la place respective de chacune de ces méthodes, du moins pour les situations intra-européennes. L'exemple de la directive sur les offres publique d'acquisition sert d'illustration pour le nouvel équilibre, marqué par une forte perte de terrain des lois de police nationales et, corrélativement, par la valorisation des règles de conflit.*

Mots – clés : *intégration juridique, uniformisation, harmonisation, conflits de lois, règles de conflit, lois de police ; lex societatis, lex auctoritatis, offres publiques d'acquisition.*

1. Par l'intermède des politiques d'unification et d'harmonisation, l'essentiel des efforts de la Communauté et de l'Union européenne a été consacré à la réduction des divergences (profondes) entre les lois des Etats membres² et, ainsi, à la limitation des risques des distorsions de concurrence entre les opérateurs entraînés par ces divergences³; avec l'émergence des valeurs et principes fondamentaux de source européenne, les systèmes juridiques des Etats membres, inspirés par les mêmes politiques et les mêmes objectifs liés au projet de la construction européenne⁴, partagent un fond commun. La diminution du nombre des réglementations divergentes de source purement nationale et, corrélativement, la multiplication des normes de source européenne dans ces législations influent nécessairement sur la conception qu'on se fait sur les conflits des lois et sur les modalités adéquates pour leur résolution.

2. Centrée sur la place que la méthode des règles de conflit de lois et celle des lois de police peuvent et doivent avoir dans le futur au sein de l'espace européen intégré, la présente étude essayera de dégager les principaux aspects de cette influence. La recherche des implications que l'équivalence des législations des Etats membres a sur les deux méthodes mentionnées sera précédée, dans ce qui suit, d'une mise en revue des formes de réalisation de l'intégration juridique utilisées par le législateur européen - occasion de vérifier précisément que les conflits de lois ne sont pas supprimés dans l'Union européenne, et qu'avec cela, les règles de droit international privé gardent toute leur importance.

I. Formes/techniques de réalisation de l'intégration

3. Pour des raisons liées en particulier à l'absence de compétence législative des institutions communautaires⁵, le droit privé matériel intégré se trouve limité dans l'Union européenne à des secteurs spécifiques ; cette « *mosaïque, constituant une entité incohérente et présentant souvent des contradictions internes* »⁶, se présente non pas sous la forme du droit unifié, mais surtout sous la forme du droit harmonisé.

Unification et harmonisation sont des concepts spécifiques à l'intervention législative communautaire/européenne⁷, ayant chacun une influence différente sur l'avenir des méthodes de résolution des conflits de lois en Europe.

4. **A. Unification.** L'unification est une technique de remplacement des droits jusqu'au là distincts par un droit unique. Le phénomène est bien connu en droit international, où on dispose des conventions unifiant le droit matériel, substantiel⁸ ou le droit international privé des Etats⁹. On le rencontre aussi dans le droit de l'Union européenne, sous la forme des règlements qui, par leur application directe, simultanée et uniforme dans tous les Etats membres, sont un instrument parfait d'unification. Ils n'exigent pas de transposition, donc les divergences des législations sont évitées. Ils favorisent la sécurité juridique des transactions transfrontières et permettent une protection uniforme et sans disparité des personnes privées au sein de l'UE, empêchant les distorsions de la concurrence.

En dépit de cet instrument adapté, le droit privé matériel uniforme de source européenne se présente assez modestement dans les Etats membres. En effet, il y a peu de règlements dont le but est l'unification du droit privé dans l'Union (unification comprise comme la création des normes communes couvrant toute situation ou couvrant uniquement des situations transnationales). Le nombre des secteurs où on peut trouver des exemples est assez réduit : le droit social¹⁰, les sociétés communautaires¹¹, la propriété industrielle¹², la protection des consommateurs dans le secteur des transports aériens¹³, la propriété intellectuelle en matière agricole¹⁴ ou, plus récemment, avec les compétences communautaires en matière de coopération judiciaire civile, le droit international privé¹⁵. Les normes européennes ainsi créées (le droit privé uniforme) se substituent dans la plupart des cas aux normes nationales ayant le même objet. Mais l'unification réalisée n'est toutefois que très partielle -

les textes instituant ce droit privé uniforme sont rares, ponctuels et parfois incomplètes; ils s'insèrent dans le droit matériel national¹⁶, auquel font souvent référence comme complément¹⁷.

5. En raison de ces particularités, l'unification du droit matériel des Etats membres ne fait pas disparaître les règles de droit international privé. Lorsque le droit unifié en cause vise toute type de relation - purement interne ou transfrontière -, le caractère sectoriel et parcellaire de l'unification réalisée, qui conduit à l'insertion dans le droit national, implique nécessairement l'appel à des règles de conflit; cela est vrai même lorsque le droit unifié en cause est propre aux relations transfrontières¹⁸, l'explication étant également liée au caractère incomplet des ces réglementations¹⁹. L'unification du droit matériel des Etats membres a, en revanche, une influence plus néfaste sur les lois de police ; en effet, sauf pour ce qui se trouve en dehors du domaine de cette unification, il n'y aura plus de place pour une technique dérogatoire – telle la technique des lois de police -, expression des particularismes locaux et de la protection des intérêts du for. Le droit unifié s'appliquera, dans les relations entre les Etats membres, comme droit unifié.

6. **B. L'harmonisation.** L'harmonisation peut être définie comme la « réalisation, dans le respect de la pluralité des droits étatiques, d'une *équivalence des règles nationales, ou plus précisément d'une équivalence des coûts et avantages socio-économiques ou des situations juridiques résultant de leur application* »²⁰. Dans la construction européenne, cette technique occupe une place centrale. Elle se présente sous plusieurs formes²¹, en fonction de l'intensité normative des textes adoptés.

7. **Harmonisation totale ou complète.** L'harmonisation complète, moins rencontrée et limitée à des domaines spécifiques²², vise les cas dans lesquels il est interdit aux Etats membres d'ajouter des prescriptions supplémentaires dans la matière couverte (le texte d'harmonisation, une directive, ayant un caractère exhaustif)²³ ou d'invoquer les exceptions légales prévues par le Traité aux libertés de circulation ou les exigences impératives d'intérêt général dégagées dans la jurisprudence de la Cour de justice (le texte européen ayant pris déjà des mesures de sauvegarde des objectifs de santé ou sécurité publique et prévu des contrôles à cette fin)²⁴. Selon A. Mattera, « on est en présence d'une harmonisation totale lorsqu'une directive impose des règles qui se substituent entièrement aux règles nationales existantes en la matière... ; l'effet d'une telle mesure est de 'dessaisir' les Etats membres de leurs compétences dans les secteurs spécifiquement réglementés au niveau communautaire »²⁵.

La méthode connaît des applications en droit européen des obligations, avec les directives sur la responsabilité des produits²⁶, sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs²⁷, sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur²⁸. Même si les Etats membres doivent transposer les directives en cause, avec l'harmonisation totale on arrive à la création des réglementations très proches.

8. Harmonisation minimale. L'harmonisation minimale est l'approche suivie après l'adoption de l'Acte Unique Européen. Elle représente le niveau le plus faible d'harmonisation, s'expliquant soit par la complexité des certains domaines, soit par la volonté des institutions européennes de réaliser seulement des avancées progressives, graduelles²⁹ et de respecter les exigences du principe de subsidiarité et de l'(ancien) article 3h) CE, qui prévoyait l'intervention communautaire en vue du rapprochement des législations nationales seulement « *dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun* ». Dans l'esprit de cette harmonisation minimale, les législateurs nationaux ne sont pas empêchés d'étendre le domaine et l'étendue de la protection requise par les directives en cause, avec des dispositions plus strictes³⁰, sans pouvoir toutefois se distancer trop du texte source. L'harmonisation minimale a été la règle, pour longtemps, dans le domaine de protection des parties faibles³¹ : en sont des exemples la plupart des directives européennes ayant réglementé la protection des consommateurs en relation avec des produits spécifiques (*le crédit de consommation*³², *l'utilisation à temps partiel d'un bien immobilier*³³, *les voyages, les vacances et les circuits à forfait*³⁴) - ou avec des modes spécifiques de commercialisation (*vente à distance*³⁵, *démarchage*³⁶).

9. Les dernières années ont apporté un changement de philosophie au niveau des institutions européennes et un renversement de technique peut être constaté : afin d'éviter la création des barrières supplémentaires au commerce intra-communautaire, générées par la transposition des directives, au lieu de la précédente « harmonisation minimale » la Commission soutient à présent plutôt une approche « harmonisation totale »³⁷. Ils en sont des exemples la directive concernant les contrats de crédit aux consommateurs³⁸, la nouvelle directive time-sharing³⁹ et le projet de directive-cadre sur les droit de consommateurs qui envisage la réforme des directives *démarchage, clauses abusives, contrats à distance et vente et garanties des biens de consommation*⁴⁰.

II. Equivalence des législations des Etats membres et méthodes du droit international privé

10. Par l'harmonisation, les institutions européennes se sont données pour mission de créer des équivalences dans les législations des Etats membres⁴¹ ; l'intérêt général et le niveau de sa protection sur le territoire européen sont directement déterminés par ces institutions, à travers les actes adoptés. A partir du moment où on accepte l'idée que les directives imposent aux Etats membres un certain objectif à atteindre, la tentation est grande d'affirmer qu'en dépit du fait que les Etats ont le libre choix des moyens pour y parvenir, les lois nationales de transposition seraient équivalentes au regard du droit international privé, en ce qu'elles garantissent toutes un résultat identique⁴².

Il a été affirmé que dans le plan des méthodes, cela conduit à deux conséquences : effacement même de la règle de conflit ; impossibilité d'utiliser les lois de police contre des telles législations harmonisées. A notre avis, si la première peut être discutée, la seconde s'impose.

11. Effacement de la règle de conflit. Concernant la première de ces conséquences, l'effacement même de la règle de conflit, Mme. A. Quiñones Escámez écrivait dans son "*Communication sur le droit européen des contrats*": « *Brevitatis causa: hors des domaines coordonnés par les directives il faut vérifier in casu si les dispositions nationales applicables constituent des entraves susceptibles d'être justifiées par les objectifs communautaires (test de proportionnalité). Néanmoins, dans les domaines coordonnés par les directives, même minimales et favorisant des mesures nationales plus strictes pour les entreprises nationales (discrimination à rebours), la théorie ou présomption de l'équivalence des législations (résultats) gomme les faux ou prétendument faux conflits de lois* »⁴³.

Toute la doctrine n'est pas d'accord, toutefois, avec cette conséquence⁴⁴. Nombreux auteurs considèrent que si les lois de transposition garantissent à la base un niveau équivalent de protection, elles ne devraient, pour autant, être qualifiées d'identiques au sens du droit international privé⁴⁵.

En effet, les directives laissent aux Etats membres un certain degré de liberté dans la transposition : elles établissent simplement les objectifs que les Etats membres sont tenus d'atteindre, mais la manière de réalisation de ceux-ci dépend des choix du chaque Etat, de sorte que les textes finaux de transposition peuvent varier d'un Etat membre à autre; également, même des règles formelles identiques peuvent être et ont été interprétées de façon différente par les tribunaux des différents Etats, de sorte que l'uniformisation n'élimine pas nécessairement les différences et que le conflit de lois demeure présent. De plus, même en présence de résultats juridiques identiques, il peut être important de savoir s'il a été fait l'application de la *lex fori* ou d'une loi étrangère, en raison du régime différent qui est réservé à chacune de deux lois devant la Cour de cassation⁴⁶.

Tout cela confirme que l'harmonisation européenne ne fait pas disparaître la discipline des conflits de lois⁴⁷; au contraire, par les équivalences instituées, elle crée le cadre adéquat pour la mise en œuvre des règles traditionnelles de conflit.

12. Impossibilité d'utilisation des lois de police dans les relations entre les Etats membres. Une position toute opposée - impossibilité d'utilisation dans les relations entre les Etats membres - peut être retenue pour ce qui est de la technique des lois de police.

Les arguments en faveur de cette position tournent autour du fait qu'après l'harmonisation d'un domaine, les différences juridiques entre les Etats membres semblent, du point de vue du droit européen, négligeables, de sorte que la protection du son droit par l'Etat membre du for ne peut plus être considérée comme un impératif d'ordre public. La jurisprudence de la Cour de justice indique que les Etats membres perdent leur compétence relative à la détermination de leur intérêt général dans la mesure où, en vertu du Traité, des actes européennes viennent d'harmoniser les dispositions législatives, réglementaires et administratives du droit interne⁴⁸; la solution est la même aussi lorsque le texte européen offre des options

aux Etats ou se contente d'une harmonisation minimale - l'objectif de ces directives est de réduire les différences juridiques de telle manière qu'à l'égard des différences mineures qui vont persister entre les législations Etats membres il est possible de se montrer tolérant. Un Etat membre ne pourra plus prétendre que les objectifs fondamentaux poursuivis à travers sa législation (résultant de la transposition) vont être ruinés suite à l'application d'une loi étrangère (d'un autre Etat membre), car celle-ci aura un contenu très proche, sinon identique à celui de sa propre loi ; l'application nécessaire de cette dernière ne semble plus légitime⁴⁹.

La prétention d'un Etat membre d'imposer, par le biais de la technique des lois de police, sa norme de transposition au détriment de celle édictée par un autre Etat membre et qui serait applicable au rapport de droit apparaît incompatible avec les principes du droit de l'Union européenne⁵⁰ : comme instrument d'harmonisation des législations des Etats membres, la directive se caractérise par la faculté laissée aux Etats de choisir de façon autonome les moyens pour la réalisation de l'objectif établi par le législateur européen ; la prétention d'un Etat de faire prévaloir ses propres normes de transposition sur les normes des autres Etats membres autrement rendues compétentes par l'application des règles habituelles de conflit se traduirait par une méconnaissance de cette faculté⁵¹.

13. Une observation supplémentaire s'impose. En commençant cette étude, on précisait que l'intervention du législateur européen a visé principalement des domaines où les Etats membres pouvaient encore, suite à la décision *Cassis de Dijon*⁵², invoquer des lois de police – lois justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. Si avec M. Fallon, on accepte qu'« *il existe un lien fonctionnel entre l'affirmation jurisprudentielle d'une raison impérieuse, l'attribution d'une compétence au législateur communautaire pour rapprocher les droits nationaux dans la matière concernée et la consécration de la valeur en cause au rang d'une « politique » de la Communauté à l'occasion d'une révision du Traité CE* »⁵³, il ne faut pas considérer que les normes européennes d'harmonisation (et les lois de transposition) qui se substituent aux précédentes lois de polices nationales en empruntent ce caractère. Cette qualification « par contagion » impliquerait que dans les droits nationaux existent des « matières » relevant des lois de police et les Etats se mettent d'accord sur cette qualification, ce qui n'est pas évidemment le cas en pratique⁵⁴.

Tenant compte de ces éléments, la diminution, sinon la disparition, du champ d'intervention des lois de police nous semble la suite naturelle de l'harmonisation⁵⁵.

14. L'émergence des règles de conflit européennes spécifiques dans des matières régies par des lois de police – l'exemple de la réglementation sur les offres publiques transfrontières. La communauté de droit, conséquence de l'harmonisation, favorise plutôt l'émergence des facteurs de rattachement qui permettent l'accomplissement des objectifs poursuivis traditionnellement par des lois de police. L'exemple de la réglementation européenne sur les offres publiques transfrontières illustre le propos.

15. Traditionnellement, les conflits de lois en matière d'offres publiques d'acquisition étaient réglés par une méthode de combinaison de la *lex societatis* et de la *lex auctotaris*, cette dernière intervenant à titre de loi de police, lorsque la société cible était cotée sur son marché d'origine et sur des marchés étrangers⁵⁶. En effet, si la compétence de la *lex societatis* était justifiée par le fait que les OPA intéressent directement le fonctionnement de la société et la réglementation afférente constitue un droit spécial des sociétés, avec des sanctions typiques du droit des sociétés, il n'est pas moins vrai que beaucoup de normes de la *lex auctoritatis*, destinées à assurer des objectifs particuliers, tels la protection et l'information des actionnaires, la transparence, l'égalité et l'intégralité du marché, la loyauté des transactions et la compétition saine, prétendaient à s'appliquer immédiatement et impérativement à toute société, à toute opération se déroulant sur le marché de l'Etat édictant ces normes⁵⁷. Dans une affaire de 1998, *Intek International*, la Cour d'Appel de Paris affirmait, à propos de la réglementation française sur les offres publiques d'acquisition, que « ces dispositions d'ordre public économique s'imposent à tout opérateur qui intervient sur un marché réglementé français »⁵⁸. La situation en France était similaire à celle rencontrée dans d'autres pays européens⁵⁹.

16. Avec la directive sur les OPA, la situation a changé significativement. Afin de conserver les spécificités nationales (compatibles avec les libertés communautaires) et de ménager les préoccupations des Etats en ce domaine⁶⁰, la directive 2004/25/CE recourt à la méthode conflictuelle pour préciser, dans son article 4, l'autorité compétente et la loi applicable lorsque plusieurs Etats membres sont concernés⁶¹. Ce faisant, elle change les solutions antérieures assez radicalement, mais seulement pour ce qui est des *relations intra-européennes*, car la directive entend s'appliquer seulement aux offres publiques visant les titres, vendus sur un marché européen, des sociétés dont le siège social est situé dans l'espace économique européen⁶².

Premièrement, pour ce qui est de la compétence des autorités, si dans une affaire il y a concordance entre le lieu du siège social et le lieu de cotation de la société en cause, l'article 4§2 a) de la directive dispose que l'autorité compétente en vue de contrôler l'offre est celle de l'Etat membre dans lequel la société a son siège⁶³. En cas de dissociation, l'autorité compétente est celle du lieu de cotation⁶⁴. En cas de multi-cotation, prioritaire c'est le critère chronologique⁶⁵; dans l'hypothèse de multi-cotation simultanée réalisée avant 20 mai 2006, les Etats membres et à défaut la société cible désigneront l'autorité compétente; si la multi-cotation simultanée est réalisée après 20 mai 2006, la société cible désigne l'autorité compétente.

Ensuite, pour ce qui est de la loi applicable, la directive a préféré, en cas de dissociation entre le lieu du siège social et celui de cotation, désigner deux autorités compétentes et de combiner la compétence des deux lois⁶⁶: l'article 4§2 e) de la directive dispose que *la loi du lieu de cotation s'applique pour ce qui est des aspects concernant la contrepartie offerte (le prix), la procédure de l'offre (informations sur la décision prise par l'initiateur de l'offre, sur le contenu de l'offre, sur la divulgation*

de celle-ci) ; en revanche, *la loi du siège social* s'applique aux questions tenant à l'information qui doit être fournie aux salariés de la société cible et aux celles de droit des sociétés (les défenses anti-OPA, les dérogations à l'obligation de lancer une offre, le nombre des votes nécessaire pour obtenir le contrôle)⁶⁷. Si le critère de ventilation est proche de celui proposé par H. Synvet en 1974⁶⁸, certaines inconvénients, liés par exemple aux risques de conflits positifs ou négatifs, demeurent⁶⁹.

17. Quoi qu'il en soit de l'adéquation de ces règles, ce qui nous intéresse ici est que la démarche en cours est celle des règles de conflit bilatérales. Le texte en son ensemble n'est pas préoccupé de l'applicabilité de la directive, mais il organise la coexistence et la diversité des droits des Etats membres (pour la question spécifique) ; l'analyse qu'il impose n'est pas celle des normes qui définissent unilatéralement leur domaine d'application (même si on pourrait penser à cela en raison du fait que la directive est destinée à intervenir pour ce qui est des titres d'une société dont le siège social est situé dans l'espace économique européen)⁷⁰, mais celle des règles traditionnelles de droit international privé (les règles de conflit) qui œuvrent en vue de réaliser l'uniformité des solutions. L'explication de ces changements réside probablement dans le caractère évolutif de la qualification de « lois de police » appliquée à ces réglementations économiques, en raison de leur diffusion de plus en plus large et du partage et de la reconnaissance dans d'autres Etats (membres) des intérêts pris en charge par ces lois⁷¹ ; l'harmonisation conduit à la création d'une communauté de droit, dans laquelle la règle de conflit peut fonctionner adéquatement⁷².

18. **Conclusion.** Si à première vue, le processus de rapprochement européen des législations des Etats membres semble impliquer un effacement des mécanismes de droit international privé – car la convergence des règles matérielles dans tous les Etats membres se traduirait par de faux conflits, qui rendraient superflues les démarches de recherche de la loi applicable et justifieraient la simple application de la *lex fori*, la réalité est plus complexe que cela. Malgré l'intégration assez poussée, les conflits de lois entre les Etats membres ne disparaissent pas, en chaque cas devant être déterminée la loi nationale de transposition compétente à intervenir ; le rapprochement réalisé invite plutôt à considérer l'espace européen comme l'espace d'une communauté de droit qui favorise le jeu normal de la règle de conflit. En revanche, du même coup, la technique des lois de police voit son domaine de plus en plus réduit, car elle ne peut plus être utilisée lorsque des standards équivalents ont été introduits dans toute l'Union; témoignant des toutes les dernières différences suffisamment importantes entre les législations des Etats membres, les lois de police de source nationale sont progressivement vouées à la disparition.

¹ Studiu finanțat dintr-un grant CNCSIS, competiția 2008, proiect IDEI, cod. 2442, coordonator conf. dr. Dan Andrei Popescu, Facultatea de Drept, UBB Cluj-Napoca.

* Asistent univ., FSEGA, UBB Cluj-Napoca, alinaxoprea@yahoo.fr

- ² Même si après la décision *Cassis de Dijon* (CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, *Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*) l'intégration positive des législations des Etats membres, réalisée par introduction des règles harmonisées, a connu une certaine régression en UE en raison de l'utilisation très généreuse du principe jurisprudentiel de reconnaissance mutuelle comme une « arme » d'intégration négative, l'harmonisation n'est ni inutile, ni abandonnée par les autorités européennes. Elle permet la réduction au minimum des différences existantes entre ces législations et l'accès au marché intérieur est garanti par l'application des règles ayant une source commune et pouvant faire l'objet d'une interprétation uniforme, grâce à l'intervention de la Cour de justice.
- ³ L'harmonisation législative est réservée à des situations exceptionnelles dans lesquelles *le droit primaire permet encore l'existence des réglementations doubles* (lorsque des arguments suffisamment forts peuvent être invoqués pour justifier l'application des lois impératives qui restreignent le commerce intracommunautaire - S. Weatherill, « *Pre-emption, harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market* », in C. Barnard, J. Scott, **The law of the Single European Market, Unpacking the Premises**, Hart Publishing, 2002, p. 51; S. Grundmann, J. Stuyck, « *An academic Green Paper on European Contract Law - Scope, Common Ground and Debated Issues* », in **Academic Green Paper on European Contract Law** (eds. S. Grundmann et J. Stuyck, 2002), p. 3, 20) ou *pour corriger les distorsions de concurrence liées aux divergences entre les législations nationales* (V. par exemple la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 *sur la responsabilité du fait des produits*, JOCE, n° L. 210, du 7 août 1985, dont le premier considérant est très clair: « ... un rapprochement des législations des Etats membres en matière de responsabilité du producteur pour les dommages causés par le caractère défectueux de ses produits est nécessaire du fait que leur disparité est susceptible de fausser la concurrence, d'affecter la libre circulation des marchandises au sein du marché commun et d'entraîner des différences dans le niveau de protection du consommateur contre les dommages causés à sa santé et à ses biens par un produit défectueux » ; de même, v. le considérant 4 de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 *relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, JOCE L 149, du 11 juin 2005, qui précise que les disparités des législations des Etats membres « entraînent une incertitude quant aux règles nationales applicables aux pratiques commerciales déloyales portant atteinte aux intérêts des consommateurs et créent de nombreuses entraves touchant les entreprises et les consommateurs. Ces entraves augmentent le coût à supporter par les entreprises pour exercer les libertés liées au marché intérieur (...) »).
- ⁴ A coté toutefois des objectifs communs, l'impératif du respect de la variété des intérêts qui ont pu stimuler les législateurs nationaux est également pris en compte dans le processus législatif européen: dans l'exercice de leur compétence législative, les autorités européennes veillent à l'équilibre qui doit être réalisé entre ces impératifs nationaux, en cherchant des solutions qui satisfassent les attentes et qui répondent aux préoccupations de tous les Etats membres.
- ⁵ C'est l'article 5 CE (« 1. *La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité.* 2. *Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en*

raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. 3. L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ») qui a tracé le cadre de la compétence des institutions communautaires, avec le principe d'attribution (article 5§1 CE), le principe de subsidiarité (article 5§2 CE) et le principe de proportionnalité (article 5§3 CE). Les termes du Traité supposent que les institutions communautaires n'agissent, dans le domaine du marché intérieur, que pour en assurer le « bon fonctionnement » ; cette condition, très importante, impose pratiquement la preuve que l'harmonisation projetée tend à résorber une « entrave sensible » aux échanges – v. M. Fallon, « *Le droit international privé en 2004, entre jus commune, codification et droit privé européen* », p. 225-267, in **Le code civil entre jus commune et droit privé européen**, Bruylant, 2005, sp. p. 259 ; aussi, L. Idot, « *Rapport introductif* », in (dir.) J.S. Bergé, M.L. Niboyet, **La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres**, Actes du Colloque international organisé à l'Université Paris X, le 28 janvier-1^{er} février 2003, Bruylant, 2003, p. 17, sp. p. 21-24. Même si après la réforme intervenue avec le traité de Lisbonne, l'article 5 du Traité UE (ex. article 5 CE) a un contenu plus élaboré (« 1. *Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences. 2. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres. 3. En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole. 4. En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité* »), la condition mentionnée demeure.

⁶ B. Fauvarque-Cosson, W. Van Gerven, « *La convergence des droits en Europe* », LPA, 19 avril 2007, n° 79, p. 63 et s.

⁷ V. en détail sur ces différentes formes, A. Jeammaud, « *Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?* », **Actes et débats du Colloque « Vers un Code européen de la Consommation »**, Lyon, 12 et 13 décembre 1997, dir. F. Osman, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 35-55 ; aussi, A.-M. de Matos, **Les contrats transfrontières de consommation conclus par les consommateurs au sein de l'Union Européenne**, PUAM, 2001, p. 335 et s., n° 556 et s.

⁸ V. par exemple la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980).

- ⁹ V. par exemple la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, 9 juin 1980 (JO L 266 du 9.10.1980), la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 299 du 31.12.1972), les Conventions de la Haye (www.hcch.net).
- ¹⁰ Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 *relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté*, (JO L 257 du 19.10.1968, version consolidée du 30.04.2006) ; Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, *relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté*, JO L 149 du 5.7.1971, version consolidée du 07.07.2008.
- ¹¹ V. Règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 *relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE)*, JO L 199 du 31.7.1985 ; Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 *relatif au statut de la société européenne (SE)*, JO L 294 du 10.11.2001; Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 *relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC)* JO L 207 du 18.8.2003.
- ¹² V. Règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 *sur la marque communautaire* (version codifiée), JO L 78 du 24.3.2009 (abrogeant le Règlement (CE) n° 40/94) ; Règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, *instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales*, JO L 227 du 1.9.1994 (version consolidée du 31.01.2008) ; Règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 *sur les dessins ou modèles communautaires* (JO CE n° L 3 du 5.1.2002).
- ¹³ Règlement (CE) n° 2027/97 du Conseil du 9 octobre 1997 *relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident*, JOCE, 1997, L. 285 du 17.10.1997; Règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 *établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol*, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91, JO L 46 du 17.2.2004.
- ¹⁴ Règlement (CE) n° 510/2006 du Conseil du 20 mars 2006 *relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires*, JO L 93 du 31.3.2006 (abrogeant le règlement 2081/92); Règlement (CE) n° 509/2006 du Conseil du 20 mars 2006 *relatif aux spécialités traditionnelles garanties des produits agricoles et des denrées alimentaires*, JO L 93, du 31.3.2006 (abrogeant le règlement 2082/92 du 14 juillet 1992, relatif aux attestations de spécificité).
- ¹⁵ V. ainsi, par exemple, le Règlement 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 *relatif aux procédures d'insolvabilité* (JO L 160, du 30.6.2000), le Règlement 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 *sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)* (JO L 199, du 31.7.2007), le Règlement 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, (JO L 177, du 4.7.2008), le Règlement 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires* (JO L 7, du 10.1.2009).

¹⁶ Il s'agit des « îlots de droit communautaire dans l'immense océan du droit privé matériel national non unifié » - K. Kreuzer, « *La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives* », in **Droit global, Unifier le droit : le rêve impossible ?**, 2001/1, Ed. Panthéon-Assas, sous la dir. de L. Vogel, p. 97, sp. p. 101.

¹⁷ Par exemple, l'article 88 du Règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires (JOCE L 3, du 5.1.2002) dispose : „Droit applicable. 1. Les tribunaux des dessins ou modèles communautaires appliquent les dispositions du présent règlement. 2. Pour toutes les questions qui n'entrent pas dans le champ d'application du présent règlement, le tribunal des dessins ou modèles communautaires applique son droit national, y compris son droit international privé”

¹⁸ Par exemple, les articles 9 et 10 du Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) (JO L 294 du 10.11.2001) disposent, en matière de loi applicable : « Article 9. 1. La SE est régie: a) par les dispositions du présent règlement; b) lorsque le présent règlement l'autorise expressément, par les dispositions des statuts de la SE, ou c) pour les matières non réglées par le présent règlement ou, lorsqu'une matière l'est partiellement, pour les aspects non couverts par le présent règlement par: i) les dispositions de loi adoptées par les États membres en application de mesures communautaires visant spécifiquement les SE; ii) les dispositions de loi des États membres qui s'appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire; iii) les dispositions des statuts de la SE, dans les mêmes conditions que pour une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire. 2. Les dispositions de loi adoptées par les États membres spécifiquement pour la SE doivent être conformes aux directives applicables aux sociétés anonymes figurant à l'annexe I. 3. Si la nature des activités exercées par une SE est régie par des dispositions spécifiques de la législation nationale, celles-ci s'appliquent intégralement à la SE. Article 10. Sous réserve des dispositions du présent règlement, une SE est traitée dans chaque État membre comme une société anonyme constituée selon le droit de l'État membre dans lequel la SE a son siège statutaire ».

¹⁹ V. en ce sens K. Kreuzer, *op. cit.*, p. 97 et s.

²⁰ A. Jeammaud, *op. cit.*, p. 35-55.

²¹ V., de façon détaillée, M. Fallon, **Droit matériel général de l'Union européenne**, 2^e éd., Bruylant, 2002, sp. p. 215 et s.

²² Ex. politique agricole commune, achèvement du marché intérieur. La directive européenne sur les agents commerciaux (Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, JO L 382 du 31.12.1986) est un exemple de texte d'harmonisation complète ; elle coordonne les droits nationaux relatifs aux rapports juridiques entre les agents commerciaux permanents et les mandants, essayant de garantir davantage de protection sociale pour les agents. La directive contient des dispositions sur la rémunération et sur l'indemnisation/réparation dont l'agent doit jouir en cas de rupture du contrat par le mandant, elle impose impérativement aux parties de porter attention à l'intérêt de l'autre et d'agir avec diligence et bonne-foi ; elle contient aussi des dispositions impératives sur la forme, la durée, la rupture des contrats.

- ²³ V. CJCE, 12 juillet 1988, aff. 60/86, *Commission c. Royaume-Uni* (litige portant sur la directive 76/756 relative à l'installation de dispositifs d'éclairage et de signalisation lumineuse des véhicules à moteur).
- ²⁴ V. par exemple CJCE, 5 octobre 1977, aff. 5/77, *Tedeschi c. Denkavit*.
- ²⁵ A. Mattera, **Le Marché Unique Européen**, 2^{ème} éd, 1990, Jupiter, p. 180, cité par L. Dubouis, C. Blumann, **Droit matériel de l'Union Européenne**, Montchrestien, Paris, 2001, p. 320.
- ²⁶ Directive 85/374/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (JO L 210, 7.8.1985) ; v., aussi, CJCE, 25 avril 2002, C-52/00, *Commission c. France*, §24, D. 2002, Jur. 2462, note C. Larroumet.
- ²⁷ Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, JOCE L 271, 9 octobre 2002.
- ²⁸ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, JO L 149 du 11.6.2005.
- ²⁹ A.M. de Matos, *op. cit.*, p. 337-338.
- ³⁰ V. par exemple l'article 14 de la directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière des contrats à distance, JOCE, n° L 144 du 4 juin 1997; v. M. Tenreiro, « *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993* », Contrats, concurrence, consommation, juillet 1993, Chr., p. 1 – 4; Europe, mai 1993, p. 1- 4; aussi, CJCE, 16 mai 1989, C-382/87, *Buet*; CJCE, 11 décembre 2003, C-322/01, *Doc Morris*.
- ³¹ Pour une approche des développements du droit européen en matière de protection des consommateurs, v. N. Reich, « *Protection of Consumers' Economic Interests by the EC* », 14 Sydney Law Review, 1992, p. 23 ; « *Protection of Consumers' Economic Interests by EC Contract law – Some Follow-up Remarks* », 28 Sydney Law Review, 2006, p. 37-62.
- ³² V. la directive 87/102 du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, JOCE n° L 42 du 12 février 1987; ce texte a pour but un rapprochement minimal des législations des États membres et une protection minimale du consommateur, les États membres restant libres d'adopter des législations plus strictes. La directive 87/102 a été modifiée par une directive 90/88 du Conseil du 22 février 1990 (JOCE L 61, du 10 mars 1990) et une directive 98/7 du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998 (JOCE L 101, du 1^{er} avril 1998).
- ³³ Directive 94/47 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de bien immobiliers, JOCE, n° L 280 du 26 octobre 1994.
- ³⁴ Directive 90/314 du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, JOCE L 158 du 23 juin 1990, sur laquelle v. B. Stauder, « *Les voyages à forfait – quelques réflexions sur la réglementation communautaire* », in **Actes et débats du Colloque « Vers un Code européen de la Consommation »**, *op. cit.*, p. 151-163.

- ³⁵ Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 *concernant la protection des consommateurs en matière des contrats à distance*, JOCE, n° L 144 du 4 juin 1997, sur laquelle v. J.M. Rothmann, « *La vente à distance* », in **Actes et débats du Colloque « Vers un Code européen de la Consommation »**, *op. cit.*, p. 139-150.
- ³⁶ Directive 85/577 du Conseil, *concernant la protection des consommateurs dans le cas des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux*, JOCE, n° L 372, du 31 décembre 1985.
- ³⁷ V. Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « *Un droit européen des contrats, un plan d'action* », 12 février 2003, COM(2003) 68 final, sp. p. 16, §50 ; Commission, Rapport non législatif de P. Whitehead, « *Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006* », adopté par le Parlement européen le 13 mars 2003, A5-0023/2003 (qui établit l'harmonisation totale comme le nouveau objectif des politiques communautaires en matière de pratiques commerciales et du droit de la consommation); Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « *Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre* », 11 octobre 2004, COM(2004)651 final, sp. p. 3 et 4 ; V. Programme de la Commission, 6 avril 2005, COM(2005) 115 final). Dans le « progress report » (COM (2005) 456 final), la Commission présente deux options pour son travail futur : « vertical/horizontal approach » ; on ne retrouve pas une orientation politique ou une orientation juridique dans la présentation de la Commission, la question du choix entre l'harmonisation minimale et celle totale est évitée. Dans le *Livre Vert* sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, présenté le 8 février 2007, COM(2006)744 final (sur lequel v. G. Paisant, « *La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs* », JCP, 2007, I, n° 152, p. 9-15 ; H.-W. Micklitz, N. Reich, „*European Consumer Law – quo vadis? Comments on the Commission's Green Paper on the Review of the Consumer Acquis of 8.2.2007*”, disponible sur http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/micklitz_reich.pdf), la Commission s'est exprimée en faveur de l'harmonisation maximale – en effet, la fragmentation de l'acquis communautaire existant est vue comme le problème principal de la législation actuelle, en raison de l'incertitude persistant quant au niveau de protection offert aux consommateurs dans chaque Etat membre.
- ³⁸ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008, JOUE, L. 133, 22 mai 2008.
- ³⁹ Directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 janvier 2009, *relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange*, JOUE L 33, 3 février 2009, sur laquelle v. G. Busseuil, « *La nouvelle directive Timeshare : une première étape dans la révision de l'acquis communautaire en droit des contrats* », REDC, 2-3/2009, p. 468 et s.
- ⁴⁰ Proposition de directive-cadre du Parlement européen et du Conseil du 8 octobre 2008 *relative aux droits des consommateurs*, 2008/0196 (COD), COM(2008) 614 final, sur laquelle v. C. Castets-Renard, « *La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats* », D., 2009, p. 1158 et s.

- ⁴¹ V. C. Blanchin, **Sources et méthodes du droit international privé de l'Union européenne. L'exemple des contrats transfrontières de consommation**, thèse dactyl., Paris II, 2000, n° 292, p. 222.
- ⁴² L. Gannagé, « *La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation* », **Liber amicorum Jean Calais Auloy, Etudes de droit de la consommation**, Dalloz, 2004, p. 421, sp. p. 436.
- ⁴³ A. Quiñones Escámez, "Communication sur le droit européen des contrats", *Marché intérieur, harmonisation minimale et contrats de consommation (proposition de modification de l'article 5 de la Convention de Rome*, disponible sur: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.13.pdf, V., dans le même sens, les observations de G. Abbamonte (« *The Unfair Commercial Practices Directive: an Example of the New European Consumer Protection Approach* », *Colum. J. Eur. L.*, 2005/2006, vol. 12, p. 695-712, p. 702) à propos de la directive *pratiques commerciales déloyales*: "Given the maximum harmonization brought about by the Directive and its level of detail, the question of the applicable law should become much less relevant. The directive should reduce considerably the differences between the laws of the member states and so make the issue of whether the law of the country of origin or of the country of destination is applicable in cross-border cases of little importance".
- ⁴⁴ V. par exemple les propos de P. Mayer, **Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé** (Cours général de droit international privé), RCADI, 2003, t. 327, p. 9-378, sp. p. 78, n° 59 : « ...même si le droit privé communautaire venait à s'étoffer par l'adoption d'un corps des règles de droit civil, il ne serait pas justifié de dire qu'une relation de droit privé est régie par le droit communautaire. Elle serait régie par tel ou tel droit national dans lequel serait intégré le droit de source communautaire. Il en résulte aussi qu'une relation privée présentant des liens avec deux Etats membres susciterait un conflit de lois, même si toutes les règles ayant vocation à la régir dans ces Etats étaient de source communautaire ».
- ⁴⁵ Dans ses observations sous l'affaire *Ingmar* (CJCE, 9 novembre 2000, C-381/98), L. Idot écrit : « le rapprochement communautaire des législations n'élimine nullement les conflits des lois », RCDIP, 2001, p. 114; V. dans le même sens, C. Blanchin, *op. cit.*, p. 23, n° 11 : « L'articulation entre les législations des Etats membres passe encore par la médiation des raisonnements propres au droit international privé aux fins de règlement des conflits de normes. La survie des règles conflictuelles vaut non seulement à l'égard des Etats tiers, mais cette méthode conserve aussi pleinement son utilité entre les Etats de la Communauté européenne ».
- ⁴⁶ D. Bureau, H. Muir-Watt, **Droit international privé**, PUF, 2007, coll. « Thémis », t. 1, p. 376-377, n° 377.
- ⁴⁷ M. Fallon, **Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré - l'expérience de la Communauté européenne**, RCADI, 1995-III, p. 185 ; A. Nuyts, « *L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)* », RCDIP, 1999, p. 259 ; L. Idot, *op. cit.*, p. 114, n° 9 ; H.S. Sonnenberger, « *Uniformisation européenne du droit des contrats* », RCDIP, 2002, p. 420.

- ⁴⁸ V. CJCE, *Commission c. Irlande*, 17 novembre 1992, aff. 235/91 ; CJCE, 23 mai 1996, C-05/94, *Lomas* ; V. aussi les observations de A. Racllet, **Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales**, Dalloz, 2002, n° 481, p. 440 : « *En toute orthodoxie juridique, nous sommes donc tenus de considérer que le domaine d'exercice des prérogatives de puissance publique nationale est amené à se réduire à mesure que l'intérêt général communautaire se développe* ».
- ⁴⁹ « *Le droit communautaire harmonisé élimine parmi les États membres la vocation de "loi de police" des normes transposées. Les directives obligent à adopter des dispositions impératives destinées à garantir au consommateur un standard minimum de protection, et bien que ce minimum de protection puisse être élevé dans un Etat membre à l'occasion de la transposition de la directive, cette protection renforcée ne peut pas être opposée à l'État membre compétent puisque ce dernier offre, lui aussi, et par hypothèse, le seuil minimum de protection du consommateur. Si la règle impérative appartient à un domaine harmonisé, la logique, l'économie et le bon sens imposent que les règles comprises dans la loi compétente (articles 3 et 4) soient appliquées comme équivalentes puisque elles dérivent d'un même instrument communautaire* » - A. Quiñones Escámez, *op. cit.* ; dans le même sens, v. L. Idot, *op. cit.*, p. 115, n° 12 ; E. Pataut, Note sous l'arrêt *Mazzoleni* (CJCE, 15 mars 2001, C-165/98), RCDIP, 2001, p. 503, sp. p. 511 ; M.N. Jobard-Bachelier, « *L'acquis communautaire du droit international privé des conflits de lois* », in (dir.) J.S. Bergé, M.L. Niboyet, **La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres**, *op. cit.*, p. 195. Aussi, à propos de la directive *agents commerciaux*, G. Virassamy, M. Behar-Touchais, **Les contrats de distribution**, LGDJ, 1999, p. 416 et s., n° 786.
- ⁵⁰ A la condition que cette norme de transposition appartenant à la *lex cause* étrangère soit toutefois conforme aux dispositions de la directive...
- ⁵¹ Les intérêts poursuivis par la loi de transposition du for étant pris en compte par la loi normalement applicable, la technique brutale des lois de police se verra exclue entre les Etats membres ; les règles les plus empreintes de l'objectif de protection des intérêts du for n'ont pas de place dans un contexte d'unification, dans un marché réellement intégré.
- ⁵² CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, *Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*.
- ⁵³ M. Fallon, **Droit matériel général de l'Union Européenne**, Bruylant, 2^{ème} éd., 2002, p. 241. Cette idée peut d'ailleurs être illustrée avec des exemples tirés de la pratique, parmi lesquels le plus connu est celui de la protection des consommateurs – en effet, après la décision *Cassis de Dijon*, qui a consacré la protection des consommateurs parmi les exigences impérieuse d'intérêt général qui peuvent justifier l'existence d'une mesure nationale restreignant la libre circulation, le Traité de Maastricht a introduit dans le Traité CE un titre dédié à la protection des consommateurs, permettant à la Communauté de légiférer dans ce domaine.
- ⁵⁴ Pour exemple, on peut citer le cas de la France et de la Belgique avec leurs lois en matière de protection des agents commerciaux. Si en Belgique une approche en termes de lois de police est retenue (v. A. Nuyts, « *L'application des lois de police dans l'espace. Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire* », RCDIP, 1999, p. 31-74 et 245-265), la Cour de Cassation française a une position opposée (V. l'arrêt *Allium*, 28 novembre 2000, JDI, 2001, p. 511, note J.M. Jacquet).

- ⁵⁵ Une conclusion similaire est possible aussi pour ce qui est de la place de l'exception d'ordre public international ; la convergence des droits des Etats membres réalisée suite à l'intervention européenne devrait réduire les risques des contradictions manifestes, choquantes entre eux et donc les motifs d'invoquer l'exception d'ordre public - V. P. Hammje, « *L'ordre public international et la distinction entre Etats membres et Etats tiers* », in **Droit international privé, Etats membres de l'Union européenne et Etats tiers**, (dir.) S. Sana-Chaillé de Néré, Litec, 2009, p. 65, sp. p. 73. En ce dernier cas, il est possible de reprendre pour le compte de la construction européenne ce qu'il a été écrit à propos de l'influence de l'adoption de la CEDH sur le jeu de l'ordre public en matière de reconnaissance des décisions : « *à condition que le pays d'origine et le pays de reconnaissance appartiennent tous les deux au Continent mentionné, la base de référence est identique. [... La convention] a encore rapproché les niveaux respectifs de résistance et, en uniformisant partiellement les conceptions de base, elle a aussi rendu plus rare le recours à l'ordre public et en a réduit le besoin* » - K. D. Kerameus, « *Observations comparatives sur l'ordre public en procédure civile* », in **Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit**, publication de la Société de législation comparée, Paris, 1999, p. 293-301, sp. p. 301.
- ⁵⁶ Pour l'état des solutions, v. J. Béguin, G. Bourdeaux, A. Couret, B. Le Bass, D. Mainguy, M. Menjuq, H. Ruiz Fabri, C. Seraglini, J.M. Sorel, **Droit du commerce international**, Litec, 2005, p. 184 et s., n° 474 et s.
- ⁵⁷ Sur la question de l'articulation de la *lex societatis* et de la loi boursière, v. en matière d'obligations d'informations, les décisions rendues dans l'affaire *Banque Ottomane*, Trib. Com. Paris, 19 octobre 1982, RCDIP, 1984, p. 93, note H. Synvet ; RJC, 1983, p. 252, note H. Gaudemet – Tallon ; Paris, 3 octobre 1984, RCDIP, 1985, p. 527, note H. Synvet, JDI, 1985, p. 160, note B. Goldman. V. aussi, F.J. Garcimartin Alférez, **Cross-Border Listed Companies**, RCADI, 2007, t. 328, p. 9-174, sp. p. 113 et s.
- ⁵⁸ Paris, 13 janvier 1998, Bull. Joly Bourse, 1998, p. 258 et s.; Rev. Soc., 1998, p. 572, note P. le Cannu. En espèce, la loi française du 2 juillet 1996 (de modernisation des activités financières) et le Règlement général du Conseil des Marchés financiers ont reçu application dans une affaire impliquant une prise de contrôle indirecte faite par une société italienne, par le biais de sa filiale néerlandaise, par l'achat de plus de 95% d'une holding italienne détenant plus de 63% des titres d'une société française cotée au second marché.
- ⁵⁹ Pour plus des détails, v. X. Boucoba, **L'acquisition internationale de société**, LGDJ, 1998 ; F.J. Garcimartin Alférez, *op. cit.*, p. 71-85 ; H. Muir-Watt, « *Global regulatory governance : an outsider's perspective* », http://www.law.nyu.edu/kings-buryb/fall06/globalization/speakers_papers.html; par exemple, dans le cas de l'offre mixte Mittal Steel/Arcelor, l'autorité luxembourgeoise du lieu de siège social (CCSF) a précisé que sa compétence et l'application corrélatrice de la loi luxembourgeoise (*lex societatis*) étaient établies sans préjudice « *des dispositions d'ordre public et autres normes obligatoires relatives au bon fonctionnement du marché des Etats membres sur le territoire desquels les autres marchés concernés sont situés* » – V. A. Tenenbaum, « *La compétence internationale des autorités de surveillance des marchés financiers en matière d'offre publique. Réflexions à propos de l'offre publique de la société Mittal Steel sur les titres de la société Arcelor* », RCDIP, 2006, p. 557 et s.

- ⁶⁰ Une première proposition de directive sur les OPA a été proposée à la fin des années 80 ; promouvant une unification des législations nationales en la matière, elle a été considérée trop contraignante par les Etats membres et le projet a été abandonné. Voir sur cette question, C. London, « *OPA/OPE : la voie communautaire ?* », JCP, éd. E, 1990, II, 15762 ; A. Pézard, « *Les projets communautaires en matière d'offres publiques* », Rev. dr. banc. et de la bourse, n° 22, novembre-décembre 1990, p. 231 ; « *L'offre publique : sur le marché boursier, les conflits d'intérêts en présence* », **Actes du colloque des 4 et 5 avril 1995**, Petites Affiches, n° 143, 29 novembre 1995.
- ⁶¹ On y trouve aussi des dispositions substantielles, mais celles-ci sont d'une importance secondaire : même si l'objectif déclaré de la directive est celui de « *coordonner, en vue de les rendre équivalentes dans toute la Communauté, certaines garanties que les États membres exigent, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, des sociétés relevant du droit d'un État membre et dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé d'un État membre* » (premier considérant) ce but peut être facilement méconnu. Par exemple, dans ce nouveau droit se distinguent des règles sur les devoirs des organes d'administration de la société cible de rester neutres et sur la neutralisation des restrictions statutaires à la cession des titres (article 9 et 11) ; conformément à l'article 12, les Etats membres peuvent se réserver le droit de ne pas exiger à leurs sociétés de se conformer auxdites dispositions ; ainsi, les normes nationales restantes peuvent enrayer l'effet unificateur de la directive.
- ⁶² La directive ne s'applique ni aux offres visant les titres des sociétés établies en dehors du territoire des Etats membres, même si elles sont cotées sur le marché d'un Etat membre, ni aux offres visant les titres de sociétés établies sur le territoire communautaire, mais cotées intégralement sur un/des marché(s) des Etats non-communautaires. Pour ces situations, les règles de DIP des Etats membres restent compétentes – v. F.J. Garcimartin Alférez, *op. cit.*, p. 151-152. Pour ce qui est de la France, l'article L. 433-1 III renvoie au Règlement général de l'Autorité des marchés financiers, qui prévoit la *possibilité* pour l'AMF d'appliquer les normes sur les OPA même pour ce qui est des titres émis par des sociétés dont le siège social ne se situe pas dans l'EEE, mais sont admis sur un marché réglementé français ; sur l'interprétation de cette règle, v. E. Bouretz, « *Autorité compétente et loi applicable aux opérations boursières : l'exemple des offres publiques transfrontières* », in (dir.) M. Audit, H. Muir-Watt, E. Pataut, **Conflits de lois et régulation économique. L'expérience du marché intérieur**, LGDJ, 2008, p. 111.
- ⁶³ Article 4§2 a) : « *L'autorité compétente pour le contrôle de l'offre est celle de l'État membre dans lequel la société visée a son siège social, lorsque les titres de cette société sont admis à la négociation sur un marché réglementé de cet État membre* ».
- ⁶⁴ Article 4§2 b) al. 1^{er} : « *Si les titres de la société visée ne sont pas admis à être négociés sur un marché réglementé de l'Etat membre dans lequel cette société a son siège, l'autorité compétente pour le contrôle de l'offre est celle de l'Etat membre sur le marché réglementé duquel les titres de la société ont été admis à être négociés* ».
- ⁶⁵ Article 4§2 b) al. 2 : « *Si les titres de la société visée sont admis à la négociation sur les marchés réglementés de plus d'un État membre, l'autorité compétente pour le contrôle de l'offre est celle de l'État membre sur le marché réglementé duquel les titres de la société ont été admis à la négociation en premier lieu* ».

- ⁶⁶ V. E. Bouretz, *op. cit.*, p. 106-107 ; A. Tenenbaum, *op. cit.*, p. 557 et s.
- ⁶⁷ Ces règles peuvent être comprises comme un compromis entre les différences existantes en plan international entre les législations en la matière, tout comme un compromis entre les différents intérêts des Etats du siège et du marché. En plus, elles résolvent certains conflits, pour les cas où aucun droit d'un Etat européen ne se déclarerait aujourd'hui compétent (exemple société autrichienne cotée seulement à Frankfurt et Londres ; à présent, les règles autrichiennes sur les OPA exigent une cotation sur le marché autrichien, alors que le droit anglais et allemand sur les OPA entendent s'appliquer seulement en cas de société autochtone cotée ; la directive conduit à l'application du droit autrichien – comme droit du siège – et du droit soit allemand, soit anglais comme droit du marché).
- ⁶⁸ H. Synvet, **L'organisation juridique du groupe international de sociétés**, thèse dactyl., Rennes, 1979, p. 377, n° 461.
- ⁶⁹ V. E. Bouretz, *op. cit.*, p. 106-107 ; V. aussi M. Siems, **The Rules on Conflict of Laws in the European Takeover Directive**, ECFR 4/2004, p. 458 et s., sp. p. 473-474: la *dépeçage* entre la *lex societatis* et la loi du marché est problématique. Selon ce dernier auteur, même si les exemples retenus donnent des orientations, on ne sait pas exactement comment les différentes autorités vont comprendre la portée des dispositions en cause. D'un côté, un domaine large de la *lex societatis* est soutenable, car les sociétés par actions sont principalement créées afin de pouvoir participer au marché des capitaux. D'un autre côté, le droit du marché peut aussi intervenir pour gouverner des domaines du droit des sociétés, car l'objectif de protection des investisseurs peut justifier, par exemple, des règles sur le vote ou sur la gouvernance corporative appropriée d'une société cotée. En plus, l'argument selon lequel en cas de cotation sur plusieurs marchés le droit applicable dépend de la première cotation et de l'option de la société n'est pas convaincant. La prévalence de la place de la première cotation est arbitraire, car celle-ci n'indique pas quel marché et quels investisseurs sont principalement affectés.
- ⁷⁰ Selon F.J. Garcimartin Alferez (*op. cit.*, p. 151), « *the directive lays down a system of 'bilateral conflict rules' ad intra, but delimits its scope of application 'unilaterally' ad extra* ».
- ⁷¹ Autres explications sont aussi possibles ; pour ce qui est de la police des marchés de capitaux, la participation par un Etat au marché global s'accompagne de la renonciation de l'exigence du respect de ses lois de police, qui auraient pu résulter de la compartimentation des marchés (v. H. Kronke, **Capital Markets and the Conflict of Laws**, RCADI, 2000, t. 286, p. 249-385); par la reconnaissance mutuelle des réglementations impératives étrangères, les Etats gagnent suite à la mobilité des parties ; l'application impérative de leurs lois aux situations qui leur échappent partiellement perd de place en faveur à la mobilité des parties, qui soutient l'efficacité économique – v. H. Muir-Watt, **Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)**, RCADI, 2005, vol. 307, p. 25-384, sp. p. 159.
- ⁷² Trouvent ainsi une illustration les propos du Savigny qui, admettant l'existence des « *lois d'une nature positive rigoureusement obligatoire* » qui « *échappent à cette communauté du droit, en général si désirable* », affirmait aussi qu'« *...on peut espérer que, par suite du développement naturel du droit chez les différents peuples, le nombre de ces cas exceptionnels tendra constamment à diminuer* » - **Traité de droit romain**, t. VIII, traduction Ch. Guénoux, 1860, réédité en 2002 (avant-propos H. Synvet), §349.

**AFECTAȚIUNEA – CAUZĂ DE INADMISIBILITATE A
ACTIUNII ÎN REVENDICARE A IMOBILELOR PRELUATE
ÎN MOD ABUZIV DE CĂTRE REGIMUL COMUNIST?¹**

Ovidiu PODARU*

Résumé . L'affectation – fin de non-recevoir de la revendication des immeubles nationalisés de façon abusive par le régime communiste? *L'affectation – le deuxième critère principal qui doit être rempli pour qu'un bien puisse être considéré comme appartenant au domaine public - représente une question juridique trop peu étudiée par notre droit administratif. Ses implications dans le processus d'implémentation de la Loi no. 10/2001 ont été analysées encore moins. L'affectation peut-elle empêcher la restitution à l'ancien propriétaire ou à ses héritiers d'un bien confisqué de façon abusive pendant l'ancien régime?*

Cette question constitue l'objet d'étude du présent article. Ainsi, dans le "droit commun" (administratif), le principe consiste à considérer que l'annulation du titre de l'État (ou de l'unité administrative territoriale) entraîne l'annulation du régime domanial (l'inaliénabilité spécifique de celui-ci n'étant pas en mesure d'empêcher la restitution du bien à l'ancien propriétaire). Cependant, d'autre part, notre système juridique a emprunté le principe français (contraire au principe allemand), selon lequel le bien lui-même est inaliénable, et pas seulement son affectation. Malgré ça, la loi spéciale établit une solution partiellement différente pour les diverses situations qui peuvent apparaître en pratique:

a) dans l'hypothèse où les terrains sont soumis à des servitudes légales ou à des aménagements d'utilité publique rurale ou urbaine, l'affectation, cause de l'inaliénabilité, prévaut à la restitution en nature; autrement dit, l'affectation, qui exprime l'intérêt public, l'emportent sur le caractère abusif de la nationalisation du bien, de sorte qu'en guise de réparation il y aura restitution d'un équivalent;

b) dans l'hypothèse des immeubles – bâtiments destinés à l'usage d'un service public, l'immeuble doit être restitué en nature; cependant, l'affectation subsiste – temporairement – de sorte que c'est elle et non pas le bien qui est "inaliénable" pour quelque temps.

Le traitement différent s'explique par des raisons pécuniaires et de mutabilité du service public.

Rezumat. *Afectațiunea – cel de-al doilea criteriu principal care trebuie îndeplinit pentru ca un bun să poată fi considerat ca aparținând domeniului public – reprezintă o problemă juridică prea puțin studiată în dreptul nostru administrativ. Cu atât mai puțin au fost analizate implicațiile acesteia în procesul de punere în aplicare a Legii nr. 10/2001. Poate fi afectarea un motiv de împiedicare a restituirii unui bun preluat în mod abuziv în perioada vechiului regim, fostului proprietar ori moștenitorilor acestora?*

*Acesta este obiectul de studiu al prezentului articol. Astfel, în „dreptul comun” (administrativ) principiul este în sensul că desființarea titlului statului (ori unității administrative teritoriale) atrage după sine desființarea regimului domenal (inalienabilitatea specifică acestuia nefiind în măsură să împiedice restituirea bunului fostului proprietar). Pe de altă parte însă, sistemul nostru de drept a preluat principiul francez (contrar celui german) potrivit căruia **bunul în sine** este inalienabil, iar nu doar afectațiunea sa. Cu toate acestea, legea specială stabilește o soluție parțial diferită pentru diversele situații care apar în practică:*

a) în ipoteza terenurilor afectate de servituți legale ori amenajări de utilitate publică rurală ori urbană, afectațiunea, cauză a inalienabilității, prevalează restituirii în natură; cu alte cuvinte, afectațiunea, expresie a interesului public, înfrânge caracterul abuziv al preluării bunului, astfel că măsurile reparatorii acordate vor fi în echivalent;

b) în ipoteza imobilelor – construcții afectate utilizării unui serviciu public, imobilul trebuie restituit în natură; afectațiunea însă subzistă – temporar – astfel că ea, și nu bunul, este „inalienabilă” pentru o perioadă de timp.

Diferența de tratament se explică pe considerente pecuniare și de mutabilitate a serviciului public.

Mots-clés: *domaine public, affectation, utilité publique, immeuble nationalisé de façon abusive, restitution en nature / en équivalent*

Cuvinte cheie: *domeniu public, afectațiune, utilitate publică, imobil preluat abuziv, restituire în natură / în echivalent*

Despre problemele cauzate de aplicarea Legii nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989² doctrina ultimilor 10 ani a scris (poate prea) mult. Rândurile care urmează însă, ar trebui să facă o notă distinctă, din cel puțin două puncte de vedere: primul, că abordarea subiectului nu este unul specific civilist; or, subiectele legate de aplicarea Legii nr. 10/2001 nu au constituit niciodată un punct de atracție pentru autorii de drept administrativ, deși poate s-ar fi convenit. Al doilea, că subiectul însuși este unul extrem de rar abordat în dreptul nostru public: problema afectării (pentru utilitate publică) a unui bun imobil care astfel devine parte integrantă a domeniului public.

Dar ce legătură există între afectațiunea unui bun domenal și aplicarea Legii nr. 10/2001? Răspunsul nu pare prea greu de găsit: în ipoteza bunurilor care, între momentul preluării abuzive și cel în care se pune problema retrocedării lor au fost afectate unei utilități publice, reparația trebuie făcută în natură sau în echivalent?

În ciuda tuturor aparențelor, o soluție clară nu este facilă. Pe de o parte pentru că, așa cum o să arătăm, principiile generale ale domeniului public impun o anumită soluție; pe de altă însă, realitățile vieții practice, precum și dispozițiile exprese ale legii speciale impun o alta, dar nu neapărat una coerentă. Pentru o analiză a situației, vom aborda mai întâi problema abstractă a afectațiunii – criteriu de domencialitate (A), după care vom analiza implicațiile afectațiunii în procesul de aplicare a Legii nr. 10/2001 (B).

A. Afectațiunea – criteriu de domencialitate

1. Criteriile de domencialitate

În doctrina română au existat prea puține preocupări în sensul unei teorii analitice cu privire la criteriile de domencialitate³. Vom încerca, prin urmare, să raportăm criteriile semnalate în doctrina franceză la realitățile legislative și jurisprudențiale de la noi. Se pot distinge, astfel, două criterii principale⁴, după care un bun poate fi încadrat în domeniul public.

a) Titlul. Dacă în sistemul francez, acest criteriu a stârnit numeroase discuții⁵, în doctrina noastră, autorii par a se fi resemnat cu dispoziția constituțională de la art. 136 alin. 2 din Constituție, potrivit căreia „*Proprietatea publică este garantată și ocrotită prin lege și aparține statului sau unităților administrativ-teritoriale*”, text care pare a simplifica la maximum problema: nu numai că titularul dreptului de proprietate publică este o persoană publică, dar acesta este expres arătat: Statul sau dezmembrămintele sale teritoriale. În alte cuvinte, *proprietatea publică este o formă de proprietate*, specificul său constând, între altele, și în aceea că are un titular special.

b) Afectarea pentru cauză de utilitate publică. Pentru ca unui bun aflat în patrimoniul general al statului sau al unităților administrativ-teritoriale să i se aplice regimul domencial, el trebuie să fie afectat unei utilități publice. Aceeași concepție o adoptă și Legea nr. 213/1998, bunurile proprietate publică fiind „*de uz sau de interes public*”.

Iată așadar că legiuitorul pare a utiliza un criteriu alternativ (dualist). Cu toate acestea, ca formulare textul este criticabil. Astfel, sintagma „*de interes public*” este, pe de o parte, prea vagă, pentru că nu precizează în nici un fel acest interes și, pe de alta, prea vastă, pentru că, evident, o include și pe cealaltă „*de uz public*”. Pentru că nu vedem cum s-ar putea ca un bun utilizat în comun de toți oamenii să nu fie și „*de interes public*”. Doctrina noastră, asimilând această clasificare, a mers în general pe această linie⁶, fără a se preocupa de o eventuală analiză și critică a acesteia. În ce ne privește, considerăm mult mai exact criteriul dualist utilizat în doctrina și jurisprudența franceză: bunuri afectate uzului public sau unui serviciu public⁷, astfel încât, *de lege ferenda*, propunem ca art. 1 al Legii nr. 213/1998, în partea sa finală să aibă următorul conținut: „*...asupra bunurilor care, potrivit legii sau prin natura lor, sunt afectate uzului public sau prestării unui serviciu public (subl. ns.)*”. Așadar, criteriul alternativ de afectațiune ar trebui să fie:

i. Uzul public. Apărut primul din punct de vedere cronologic, acesta a fost o perioadă îndelungată singurul criteriu utilizat. Adică până în sec. al XVIII-lea, când serviciile publice au început să se dezvolte, iar totalitatea bunurilor proprietate publică se suprapunea peste ceea ce astăzi formează doar o parte a acesteia: domeniul public natural.

Pentru ca acest criteriu să fie aplicabil, bunul trebuie să fie destinat totalității utilizatorilor, și nu numai unei părți din aceasta (rezervată)⁸.

Uneori, distincția nu este atât de ușor de făcut însă, în principiu nu există afectațiune pentru uzul public decât dacă particularii pot utiliza bunul direct pentru ei, nu și atunci când obiectivul lor final este de a utiliza serviciul public instalat pe bun (de pildă, cazul căilor ferate)⁹.

ii. Serviciul public. Odată cu apariția acestui criteriu, la începutul secolului XX, exista pericolul ca domeniialitatea să se extindă în mod nejustificat. Tocmai de aceea, doctrina franceză, urmată îndeaproape de jurisprudență, a propus câteva criterii „reductoare”: bunul să fie afectat unui serviciu public esențial și să joace în funcționarea acestuia un rol preponderent (G. Jèze); bunul să fie indispensabil serviciului public, astfel încât, dacă ar fi înlăturat brusc de către administrație, n-ar putea fi înlocuit fără inconvenient de către un altul¹⁰ (M. Waline); bunul să reprezinte chiar obiectul serviciului, iar nu doar unul din mijloacele prin care serviciul își îndeplinește misiunea (M. Latournerie)¹¹.

Aceste criterii reductoare n-au avut însă decât un efect temporar în jurisprudența franceză, singurul asemenea criteriu aprobat în prezent fiind acela al amenajamentului special, dar și acesta cu rezerve. De asemenea, aceste criterii restrictive au fost respinse și de doctrina română interbelică¹², pe motiv că „nu rezistă nici unei critici serioase” și „complică, în loc să simplifice chestiunea”. În ce ne privește, noi credem că aceste criterii reductoare ar trebui să fie luate în seamă întrucât, spre deosebire de amenajamentul special, ele ar avea o însemnată importanță practică. Astfel, pe de o parte, bunurile care fac obiectul serviciului public (cărțile dintr-o bibliotecă, tablourile dintr-un muzeu etc.), este firesc să fie declarate inalienabile, căci fără ele n-ar exista serviciul; în schimb, rafturile pe care se află cărțile, sistemele de protecție ale tablourilor etc. pot oricând să fie înstrăinate și înlocuite cu altele. Pe de altă parte, un troleibus sau mai multe ar putea fi vândute în măsura în care numărul total al acestora ar depăși necesitățile locale; în schimb, una dintre puținele mașini ale Ambulanței dotate cu aparate ultramoderne, esențială pentru funcționarea serviciului, n-ar putea fi vândută. Din păcate, însă, marele neajuns al acestor teorii este acela de a fi imprecise și de a lăsa domeniialitatea la latitudinea unei aprecieri concrete, de moment¹³.

2. Raporturile dintre domeniialitate și afectațiune

Această problemă a reprezentat capul de afiș al unei interesante dezbateri doctrinare ai cărei protagoniști au fost L. Jansse¹⁴, R. Capitant¹⁵ și A. de Laubadère¹⁶.

După L. Jansse, domeniialitatea nu are nimic de-a face cu afectațiunea. Astfel, există bunuri afectate ce nu fac parte din domeniul public, după cum, tot așa, există bunuri din domeniul public ce nu sunt afectate niciunei utilități publice. De fapt, regimul domeniial are, în realitate, un alt scop: nu să satisfacă afectațiunea, ci să conserve substanța fondurilor în mâna pusă în mod absolut și irevocabil de către administrație. De aici vine ideea de inalienabilitate. Mai mult, precaritatea

ocupațiilor domeniiale are drept scop de a permite colectivităților administrative să se debaraseze de consecințele contractelor încheiate imprudent¹⁷. Chiar dacă a fost criticată de către A. de Laubadère¹⁸ care, arătând că abandonarea criteriului afectațiunii nu poate semnifica decât „un gest de oboseală provocat de dificultățile sale”, a avertizat că adoptarea acestei teorii nu poate conduce decât la crearea unui domeniu public prin determinarea legii, ideile lui Jansse sunt interesante, iar realitatea românească nu pare a fi departe de acestea.

Astfel, pe de o parte, într-un sistem democratic, liberal, este evident că inalienabilitatea trebuie să provină din afectațiune; un bun neafectat trebuie să circule. Restricția intervine atunci când bunul interesează întreaga colectivitate, potrivit principiului după care interesul public – văzut ca o sumă de interese private – trebuie să prevaleze față de un interes privat, văzut *ut singuli*. Sintagma „bunul este inalienabil pentru că este clasat”¹⁹ (sau „pentru că așa spune legea”) sugerează mai degrabă un regim autoritar sau unul în care termenul „administrație” este sinonim cu formalismul și birocrația. Pe de altă parte, potrivit aceluiași art. I din Legea nr. 213/1998, dreptul de proprietate publică se exercită asupra bunurilor care „...**potrivit legii** (subl. ns.) *sau prin natura lor sunt de uz sau de interes public*”, ceea ce trebuie să ne dea de gândit. Uzul sau interesul public se determină, în mod firesc, de la caz la caz, **în fapt**, de regulă după natura și utilizarea bunului. A determina prin lege utilitatea publică abstractă a anumitor categorii de bunuri poate constitui, de la caz la caz, un fapt periculos (a) sau protector (b) al acestor bunuri.

a) *Periculos*, căci aduce atingere liberei lor circulații, chiar dacă nu e nevoie de o asemenea restricție. Într-un sistem autoritar, în care Statul tinde să acapareze totul, aceasta ar fi o regulă perpetuă, dar nefericită;

b) *Protector*, căci ar limita dreptul discreționar al administrației de apreciere a utilității publice. Iar într-un sistem zis democratic, dar cu o administrație coruptă, aceasta ar (putea) fi o soluție temporară binevenită.

Oricum, merită a reflecta puțin pe marginea teoriei lui Jansse despre domencialitate și afectațiune și aplicabilitatea acesteia la actualitatea juridică românească²⁰.

R. Capitant, fiul mult mai celebrului H. Capitant, se situează în cealaltă extremă: domencialitatea se confundă cu afectațiunea și, în consecință, prima ar trebui să dispară. Astfel, în loc să spunem că bunurile domeniiale sunt inalienabile, ar trebui să arătăm că nu se poate face nici un act contrar afectațiunii. Plecând de la o decizie de speță²¹, acesta mai arăta că inalienabilitatea nu privește chiar domeniul, ci doar afectațiunea acestuia; în consecință, o eventuală înstrăinare a bunului nu are ca efect decât prelungirea afectațiunii în mâinile noului proprietar. Ca o variantă a acestei teorii, R. Capitant a susținut că regimul domencial e un regim mixt, care se formează prin suprapunerea a două noțiuni cu regimuri diferite: proprietatea, care relevă dreptul privat și afectațiunea, care relevă dreptul public. Sau, altfel spus, ca melanjul să fie mai vizibil, afectațiunea este o servitute a proprietății publice.

Aceste idei, au atras, timp de 20 de ani, atât aprecieri, cât și critici din partea autorilor de drept public: dacă admitem că inalienabilitatea privește doar afectațiunea, înseamnă că cumpărătorul va achita prețul, însă nu va putea utiliza bunul (Waline); mai mult, dacă vom conveni că singurul concept ar trebui să fie afectațiunea, practicienii ar fi forțați să tragă ei toate concluziile de aici, știind doar un singur lucru: că trebuie să protejeze afectațiunea (Laubadère); mai mult, afectațiunea nu poate fi o servitute de interes general, pentru că: lipsește fondul dominant (a); Statul și-ar aservi propriile sale fonduri; or, *nemine res sua servit* (b); în fine, dreptul utilizatorului de a circula pe drumul public nu poate fi un drept real, căci particularii trebuie văzuți ca o masă anonimă, iar nu *ut singuli*²².

Concluziile pe care le trage A. de Laubadère – la care noi aderăm – sunt în sensul că, din punct de vedere funciar, proprietatea publică și privată nu diferă (altfel spus, ele sunt distincte nu ca **folosință**, ci ca **exercițiu**, proprietatea privată fiind administrată după regulile dreptului comun, în vreme ce proprietatea publică e administrată după regulile dreptului administrativ). Iar diferențele de regim juridic sunt date de afectațiune – „cea care animă proprietatea administrativă și circulă în ea ca un sânge pentru a-i da viață și personalitate”²³, având în realitate mai degrabă un efect de sporire, decât de limitare a competențelor (delimitarea prin aliniament, poliția domeniului etc.), ceea ce constituie încă un argument contra „afectațiunii-servitute”, căci o servitute, prin esența ei, limitează atribuțiile proprietarului.

Afectațiunea marchează proprietatea publică în esență, o „colorează”²⁴ sau, păstrând jocul de cuvinte al lui A. de Laubadère²⁵, „la doménialité publique doit rester **fondée sur**, mais non **fondue dans** l'idée d'affectation”²⁶, astfel că cele două noțiuni nu pot fi dissociate. Iar consecința practică este următoarea: dacă le-am disocia, ar însemna că toate chestiunile legate de proprietate ar trebui să fie judecate de către instanțele comune, în vreme ce problemele legate de afectațiune ar fi de competența instanțelor de contencios administrativ. Or, nici în sistemul francez, nici în cel român nu este așa. Astfel, potrivit art. 23 din Legea nr. 213/1998, „*Litigiile cu privire la delimitarea domeniului public al statului, al județelor, al comunelor, al orașelor sau al municipiilor sunt de competența instanțelor de contencios administrativ*”. Deci, cum legea nu face distincție, atât chestiunile de proprietate (delimitarea proprietății publice de proprietățile particulare limitrofe), cât și cele de afectațiune (delimitarea domeniului public național de cel local ori județean, deci determinarea interesului public incident) se vor judeca de către instanțele de contencios administrativ.

În concluzie, rămânem la ideea (majoritară și în dreptul francez) că bunul domenal în sine este inalienabil, iar nu doar afectațiunea sa. Opinia singulară a lui R. Capitant trebuie reținută, mai ales că ea este specifică dreptului german, care a adoptat-o; în plus, așa cum vom arăta, în dreptul nostru o asemenea soluție a fost îmbrățișată, punctual, și de legiuitorul nostru.

3. Dispariția unui criteriu de domencialitate – cauză de încetare a regimului domenal

Așa cum am văzut, domencialitatea presupune cel puțin două criterii esențiale: proprietatea Statului sau a unității administrativ-teritoriale (a) și afectațiunea pentru cauză de utilitate publică (b). Consecința logică e că, atunci când cel puțin unul dintre cele două criterii dispăre (ori amândouă), bunul în cauză va ieși din domeniul public. În principiu, aceste situații sunt reglementate de art. 10 alin.1 din Legea nr. 213/1998, care prevede: „*Dreptul de proprietate publică încetează dacă bunul a pierit ori a fost trecut în domeniul privat*”²⁷. În mod riguros, însă, putem identifica patru modalități de încetare a regimului de domencialitate publică: „*calea naturală*”²⁸, pierirea materială a bunului domenal²⁹, dezafectarea și pierderea proprietății publice (a titlului statului ori unității administrativ-teritoriale). Ultimele două situații merită puțină atenție.

a) Dezafectarea. Referindu-ne la domeniul public artificial, vom stabili că *dezafectarea* reprezintă un fapt material prin care un bun își pierde utilitatea publică, pe când *declasarea* este actul juridic – formal – prin care autoritatea competentă decide sau constată, după caz, că bunul în cauză nu mai servește utilității publice căreia îi fusese afectat.

Mai întâi trebuie să remarcăm o asimetrie, semnalată și de doctrina franceză: referitor la domeniul public artificial, sunt necesare atât *dezafectarea de fapt*, cât și *declasarea de drept*, chiar dacă bunul în cauză nu a fost clasat formal, dar a fost afectat în fapt³⁰. Aceasta reprezintă o regulă protectoare a domeniului public. De aceea, o *declasare fără dezafectare* va fi lipsită de efecte³¹. Dar la fel se va întâmpla și cu o simplă *dezafectare de fapt*, în măsura în care aceasta nu este făcută de către autoritatea competentă. În schimb, dacă autoritatea publică *dezafectează* bunul domenal pentru că utilitatea publică a dispărut, *declasarea* devine obligatorie, căci bunul trebuie redat circuitului civil³². Iar refuzul de a o face poate fi atacat, în opinia noastră, în contencios administrativ de către particularul care justifică vătămarea unui drept ori interes legitim.

Consecința cea mai importantă a acestei duble condiții este următoarea: vânzarea unui bun domenal *declasat*, dar *nedezafectat în fapt*, este nulă.

b) Încetarea domencialității ca urmare a pierderii proprietății publice. Ipoteza pare imposibilă, de vreme ce bunurile domeniului sunt inalienabile și imprescriptibile. Totuși, este vorba de situațiile în care, dintr-o cauză anterioară intervenirii regimului domenal (*evicțiune*, de *pildă*), Statul sau unitatea administrativ-teritorială pierde proprietatea asupra bunului. Ipotezele sunt rare, însă ele există: nulitatea unei vânzări făcute Statului de către doi particulari care fuseseră în eroare cu privire la autorul tabloului obiect al contractului (*error in substantiam*), revocarea unui legat având ca obiect o colecție de artă pe motiv că legatarul (instituție publică) nu și-a îndeplinit sarcinile³³.

O ipoteză interesantă este reglementată și de art. 6 din Legea nr. 213/1998, potrivit căruia (1) *„Fac parte din domeniul public sau privat al statului sau al unităților administrativ-teritoriale și bunurile dobândite de stat în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989, dacă au intrat în proprietatea statului în temeiul unui titlu valabil, cu respectarea Constituției, a tratatelor internaționale la care România era parte și a legilor în vigoare la data preluării lor de către stat”*. (2) *„Bunurile preluate de stat fără un titlu valabil, inclusiv cele obținute prin viciera consimțământului, pot fi revendicate de foștii proprietari sau de succesorii acestora, dacă nu fac obiectul unor legi speciale de reparație”*. Așadar, principiul, extrem de coerent exprimat, este același: un bun imobil poate fi considerat ca aparținând domeniului public numai dacă titlul statului este neviciat; în caz contrar afectațiunea (și consecința sa, inalienabilitatea), nu poate „salva” bunul de la retrocedare. Așa cum vom vedea însă, trei ani mai târziu a intrat în vigoare Legea nr. 10/2001 iar principiul s-a schimbat.

B. Poate fi restituit în natură un bun preluat abuziv și ulterior afectat unei utilități publice?

Deși, așa cum am arătat deja, potrivit principiului general, desființarea titlului statului atrage desființarea regimului domeniului, nemaexistând, deci, niciun impediment juridic pentru restituirea bunului în natură, situația particulară în care ne aflăm (faptul că nu este vorba despre un bun singular, ci de un fenomen „de masă”, că în foarte multe situații statul a posedat public bunurile câteva decenii, creându-se o aparență de legalitate într-un anumit sens), la nivel legislativ a fost adoptată o soluție diferită. Dar nu și unitară. Făcând trimitere la dispozițiile speciale ale Legii nr. 10/2001, trebuie să facem distincție între situația terenurilor (afectate de diverse amenajări de utilitate publică ale unităților administrativ-teritoriale) (1) și cea a construcțiilor în care funcționează un serviciu public (2).

1. Cazul terenurilor afectate de servituți legale ori diverse amenajări de utilitate publică urbană sau rurală

Potrivit art. 10 alin. 2 din Legea nr. 10/2001, *„În cazul în care pe terenurile pe care s-au aflat construcții preluate în mod abuziv s-au edificat noi construcții, autorizate, persoana îndreptățită va obține restituirea în natură a părții de teren rămase liberă, iar pentru suprafața ocupată de construcții noi, cea afectată servituților legale și altor amenajări de utilitate publică ale localităților urbane și rurale, măsurile reparatorii se stabilesc în echivalent (subl. ns.)”*. O prevedere similară este cuprinsă în art. 11 alin. 3 din lege³⁴.

Desigur că, pentru un studiu al acestor dispoziții legale, trebuie analizate separat cazurile servituților legale (a), respectiv a celorlalte amenajări de utilitate publică (b).

a) Servituțiile legale. În principiu, este vorba despre servituțiile administrative, de regulă drepturi de trecere (acces) la diverse rețele de utilitate publică. Ideea se desprinde și din prevederile art. 10.3 teza I din Normele metodologice ale legii³⁵, potrivit căreia „*În toate cazurile entitatea investită cu soluționarea notificării are obligația, înainte de a dispune orice măsură, de a identifica cu exactitate terenul și vecinătățile și totodată de a verifica destinația actuală a terenului solicitat și a subfeței acestuia, pentru a nu afecta căile de acces (existența pe terenul respectiv a unor străzi, trotuare, parcuri amenajate și alte asemenea), existența și utilizarea unor amenajări subterane: conducte de alimentare cu apă, gaze, petrol, electricitate de mare calibru, adăposturi militare și altele asemenea. În cazul în care se constată astfel de situații, restituirea în natură se va limita numai la acele suprafețe de teren libere sau, după caz, numai la acele suprafețe de teren care nu afectează accesul și utilizarea normală a amenajărilor subterane*”.

Instituind practic un principiu al **protecției servituțiilor administrative**, în esență textului i se poate imputa faptul că este excesiv. Se poate ajunge până acolo încât servitutea administrativă – în fapt o limitare a dreptului de proprietate, ajunge să nege însăși existența acestui drept. Astfel, în loc de ipoteza normală, a restituirii în natură a terenului preluat în mod abuziv afectat de servituțiile administrative care îl grevează³⁶, servitutea ajunge să stabilească ea însăși regimul juridic al proprietății. În opinia noastră, pentru ca acest principiu să își găsească, totuși, un fundament teoretic și o rațiune practică, trebuie îndeplinită o dublă condiție³⁷:

i) servitutea să fie atât de importantă raportată la bun încât acesta să fie clasat ca bun domenal. Cu alte cuvinte, să fie necesară, în considerarea servituției în cauză, aplicarea regimului proprietății publice la bunul imobil în discuție;

ii) exercițiul servituției administrative să goalească complet de conținut dreptul de proprietate privată. Altfel spus, o restituire în natură a bunului preluat abuziv să fie o măsură absolut ineficace pentru fostul proprietar.

Dimpotrivă, ori de câte ori servitutea nu este atât de importantă încât să dicteze regimul juridic al bunului, putând, deci, coexista cu ideea de proprietate privată care poate fi exercitată – este adevărat, cu anumite limitări legale – măsura restituirii în natură a imobilului afectat de „sarcini administrative” se impune. Bunăoară, dacă se solicită retrocedarea unui teren pe care se află plasată o rețea de transport a energiei electrice de înaltă tensiune, acesta poate fi restituit în natură, chiar dacă pe anumite porțiuni el este afectat de servitutea administrativă de trecere (aeriană) și de interdicția de a construi. Nu se pot restitui în natură însă suprafețele pe care se află amplasați stâlpii de înaltă tensiune, pentru simplul fapt că, potrivit art. 35 alin. 3 din Legea nr. 13/2007 a energiei electrice³⁸ „*Terenurile pe care se situează rețelele electrice de transport existente la intrarea în vigoare a prezentei legi sunt și rămân în proprietatea publică a statului pe durata de existență a rețelei*”. Cu alte cuvinte, acest text de lege redeclară de utilitate publică terenurile în cauză, fiind astfel irelevant modul de dobândire al acestora de către Statul Român (desigur, în cazul unei preluări abuzive, persoana îndreptățită va obține o reparație în echivalent).

Dacă însă, mai înainte de intrarea în vigoare a legii asemenea suprafețe de teren au fost restituite în natură, credem că singurele soluții conforme atât cu principiul priorității interesului public cât și cu acela al respectării proprietății private ar fi fie recurgerea la procedura exproprierii, prevăzute de art. 21 din lege, fie aplicarea prin analogie a dispozițiilor art. 16 alin. 10 din lege: „*Dreptul de uz și de servitute asupra terenurilor proprietate privată, restrângerea sau încetarea unor activități prevăzute la alin. (2) se stabilește și se exercită cu respectarea principiului echității, a dreptului de proprietate și a minimei afectări a acestuia*”.

Textul legal (art. 10.3 teza I din Norme) impune și două observații suplimentare:

Prima, aceea că, pentru prima dată de la D. Alexandresco încoace, după cunoștințele noastre, se vorbește despre subfața unui imobil³⁹. Opus dreptului de suprafață, dreptul de subfață reprezintă prerogativa unei persoane, alta decât proprietarul unui teren, de a utiliza subsolul acestuia în vederea construirii ori alte edificii subterane. În esență un dezmembrământ al dreptului de proprietate asupra unui teren, el poate coexista cu acesta. Tocmai de aceea, în aplicarea Legii nr. 10/2001, în opinia noastră, măsura acordării reparațiilor în echivalent trebuie să fie aplicată numai în cazuri extreme, când acest drept de exploatare a subsolului, exercitat de autoritățile publice, golesc de conținut dreptul de proprietate privată.

A doua, aceea că în mod greșit sunt incluse aici, în sfera servituților administrative, existența unor străzi, trotuare alei etc., adică a căilor publice de acces, pentru că acestea se confundă cu însăși proprietatea publică în măsura în care regimul lor juridic nu poate fi schimbat⁴⁰.

b) Amenajările de utilitate publică. Potrivit art. 10.3 teza a II-a din Norme, sintagma desemnează „*acele suprafețe de teren afectate unei utilități publice, respectiv suprafețele de teren supuse unor amenajări destinate a deservi nevoile comunității, și anume căi de comunicație (străzi, alei, trotuare etc.) dotări tehnico-edilitare subterane, amenajări de spații verzi din jurul blocurilor de locuit, parcuri și grădini publice, piețe pietonale și altele*”.

Recunoscând în esență principiul priorității interesului public față de interesele private, specific dreptului administrativ, textul legal conferă practic validitate aparentei create de regulile regimului comunist. În contrapartidă, recunoscându-se însă și abuzul, fostul proprietar are dreptul la despăgubiri în echivalent. Și acest text legal impune două observații:

i) se consacră și în dreptul nostru criteriul amenajamentului special, criteriu secundar al domeniului public⁴¹. Important de subliniat însă este faptul că nu amenajamentul special în sine împiedică restituirea în natură, ci utilitatea publică a bunului imobil, evidențiată de amenajamentul în cauză;

ii) în această situație, afectațiunea singură este suficientă pentru a menține inalienabilitatea bunului; viciul de care suferă titlul statului nu este suficient pentru a înlătura regimul domeniului. Se consacră astfel o importantă derogare de la principiul potrivit căruia domeniul public se fondează în mod necesar pe existența unui titlu nevicat al statului ori unității administrativ-teritoriale.

2. Cazul construcțiilor afectate de un serviciu public

Potrivit art. 16 alin. 1 din legea nr. 10/2001, „În situația imobilelor având destinațiile arătate în anexa nr. 2 lit. a) care face parte integrantă din prezenta lege⁴², **necesare și afectate nemijlocit și exclusiv activităților de interes public** (subl. ns.), de învățământ, sănătate, ori social-culturale, foștilor proprietari ori, după caz, moștenitorilor acestora, li se restituie imobilul în proprietate cu **obligația de a-i menține afectațiunea** (subl. ns.) pe o perioadă de până la 3 ani, pentru cele arătate la pct. 3 și 4 din anexa nr. 2 lit. a) sau, după caz, de până la 5 ani de la emiterea deciziei sa a dispoziției, pentru cele arătate la pct. 1 și 2 din anexa nr. 2 lit. a)”.

Iată deci că, în cazul construcțiilor afectate unui serviciu public, legiuitorul a adoptat principiul contrar: *nu bunul este inalienabil* (situație care ar împiedica măsura restituirii sale în natură) *ci doar afectațiunea acestuia* (dar și asta doar temporar). În această perioadă însă, proprietarul căruia i s-a restituit bunul nu este deloc lipsit de exercițiul dreptului de proprietate căci, pe de o parte, autoritatea publică locatară îi datorează o chirie deloc simbolică (art. 16 alin. 2 din lege) iar, pe de alta, îl poate înstrăina⁴³, în acest caz însă detentorul precar având drept de preemțiune (art. 17 din lege). Astfel, legiuitorul dă în aceste ipoteze prevalență recunoașterii preluării abuzive și principiului reparării în natură a prejudiciului. Iată deci că, în lipsa unui titlu valabil, nici regimul domenal nu poate subzista. Pentru a nu fi prejudiciat însă interesul public, se stabilește măsura (temporară) a menținerii afectațiunii (de utilitate publică) până la găsirea unui alt imobil care să reușească să satisfacă interesele colectivităților locale. Textul legal ridică însă două probleme suplimentare:

Prima, aceea de a găsi rațiunea pentru care legiuitorul a adoptat o soluție diametral opusă celei anterioare. În opinia noastră o asemenea rațiune se fondează pe criterii pe de o parte pragmatice (de costuri) iar pe de alta, de mutabilitate a serviciului public. Astfel, dacă mutarea unei rețele electrice de înaltă tensiune ar putea consta statul sume de ordinul a milioane de euro (pentru a retroceda bunul preluat în mod abuziv „liber de orice sarcini”), în comparație cu retrocedarea în echivalent, care este egală cu valoarea bunului preluat abuziv, deci mult mai mică decât prima valoare, în ipoteza construcțiilor utilizate de un serviciu public, este posibil ca restituirea în natură să fie măsura mai avantajoasă, dată fiind vechimea și starea de uzură a imobilelor naționalizate. Din aceeași perspectivă, vom constata că anumite servicii publice (cele de transport de energie electrică, carburant etc.) sunt extrem de greu mutabile, pe când altele nu, putând funcționa foarte bine și într-o altă locație.

A doua pornește de la constatarea că soluția menținerii afectațiunii se impune numai în situația acelor imobile afectate **direct și nemijlocit** unui serviciu public; cu alte cuvinte, **afectațiunea trebuie să fie efectivă**. În consecință, în ipoteza imobilelor dezafectate în fapt (situația unei grădinițe, bunăoară, care nu mai funcționează ca atare, fiind utilizată ca depozit de pildă), măsura retrocedării în natură se impune, fără a fi necesară măsura menținerii afectațiunii speciale (care

nici nu mai există). Observația este importantă pentru că, în ipoteza unui imobil pe care unitatea deținătoare ar dori să-l păstreze în ciuda lipsei unei afectațiuni efective, aceasta ar putea invoca un act administrativ de *clasare* (actul formal prin care un anumit bun imobil este declarat ca aparținând domeniului public) pentru a evita retrocedarea bunului în natură. În această ipoteză însă, în opinia noastră, în lipsa afectațiuni concrete clasarea formală este lipsită de relevanță juridică. În același sens sunt, de altfel, și prevederile art. 6.1. alin. 2 din Normele legii, „În cursul procedurii administrative de soluționare a notificărilor nu prezintă relevanță afectațiunea juridică actuală a imobilelor solicitate, fiind fără relevanță juridică calificările Legii nr. 213/1998, cu modificările și completările ulterioare, sau alte acte normative subsidiare acesteia. Pentru aceste considerente, deținătorul imobilului care, la data soluționării notificării, este calificat ca fiind bun proprietate publică are competența de a dispune restituirea bunului în natură, fără a mai fi necesară parcurgerea procedurii prevăzute de Legea nr. 213/1998, cu modificările și completările ulterioare”. Trecând peste constatarea că, făcând interpretarea Legii nr. 10/2001, guvernul nostru confundă *afectarea* (faptul material) cu *clasarea* (actul formal de stabilire a apartenenței unui bun la domeniul public), vom constata că, în ceea ce privește bunurile care fac obiectul Legii nr. 10/2001, declararea lor a avut loc *ope legis*, în măsura în care nu se încadrează la prevederile art. 10 alin. 3 respectiv 11 alin. 3 din lege, când afectațiunea determină menținerea regimului domenal.

În același sens s-a pronunțat și jurisprudența noastră. Astfel, într-o speță, raportat la susținerile primarului unei comune în sensul că, la acel moment imobilul în litigiu avea destinația de cămin cultural, făcând parte din domeniul public al comunei, neputând fi astfel restituit în natură, instanța, făcând aplicarea art. 16 alin. 1 din Legea nr. 10/2001 a dispus restituirea în natură cu obligația moștenitorului de a-i păstra afectațiunea timp de 5 ani⁴⁴.

Mergând mai departe cu analiza, se ridică însă întrebarea în ce măsură un asemenea imobil (dezafectat dar clasat fraudulos⁴⁵) poate fi retrocedat *in echivalent*. În jurisprudență este binecunoscută practica autorităților publice locale de a-și ascunde (sau în cel mai bun caz, de a nu face publice) inventarele cu bunurile lor proprietate privată care ar putea fi oferite ca măsuri compensatorii (echivalent). De asemenea, este frecvent utilizată și procedura declarării ca aparținând domeniului public a unor bunuri pentru a evita retrocedarea lor. Or, într-o asemenea ipoteză și raportat la dispozițiile legale invocate, este evident că, în lipsa unei afectațiuni efective, actul administrativ de clasare este nelegal și poate fi înlăturat, din punct de vedere procedural, pe calea excepției de nelegalitate din soluția care urmează a fi dată plângerii la Legea nr. 10/2001 prin care persoana îndreptățită solicită restituirea în echivalent a unui anumit bun imobil. Însă, în opinia noastră:

a) soluția admiterii plângerii poate fi îmbrățișată chiar în lipsa ridicării unei excepții de nelegalitate a actului de clasare, în condițiile în care un act administrativ cu forță juridică superioară (art. 6.1. alin. 2 din Norme) consideră actul de clasare ca fiind „fără relevanță juridică”;

b) nici schimbarea de afectațiune (deci o afectațiune viitoare) nu este o soluție pentru a evita retrocedarea: devin aplicabile astfel prin analogie dispozițiile art. 10 alin. 11 teza I din Legea nr. 10/2001 potrivit căreia „Este interzisă ... schimbarea destinației imobilului a cărui restituire în natură nu este posibilă datorită afectării acestuia unei amenajări de utilitate publică”. Spunem că aceste prevederi legale sunt aplicabile prin analogie pentru că, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. 5 din Legea nr. 10/2001, regimul juridic al măsurilor reparatorii în echivalent este identic, în această ipoteză, cu cel al restituirii în natură.

La final, în loc de concluzie, ar trebui arătat că toate discuțiile și distincțiile arătate mai sus au importanță practică numai din cauză că, în prezent măsurile reparatorii în echivalent (având ca reper central blamatul Fond „Proprietatea”) nu reprezintă o măsură reparatorie efectivă pentru foștii proprietari ai imobilelor preluate în mod abuziv de stat. Căci, dacă nu ar fi fost așa, măsura restituirii în natură n-ar fi avut niciun sens: ea ar fi fost urmată în mod necesar de o expropriere pentru cauză de utilitate publică și, finalmente, tot la despăgubirea pecuniară s-a fi ajuns. În aceste circumstanțe însă, este de înțeles încrâncenarea cu care fostul proprietar se luptă cu interesul public, dat fiind faptul că restituirea în natură reprezintă singura reparație efectivă.

¹ Sintagma „acțiune în revendicare” a fost utilizată, în prezentul titlu, în sensul său generic căci, așa cum se poate observa, prezentul articol vizează în principal retrocedarea bunurilor preluate în mod abuziv în temeiul Legii nr. 10/2001, iar nu a dreptului comun.

* Lector universitar dr. la Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca; opodaru@law.ubbcluj.ro

² Republicată în M. of. 728 din 2 septembrie 2005

³ Mai exact, după cunoștințele noastre, în ultimii ani s-a scris un singur articol: R. Rizoiu, *Unele considerații asupra condiției juridice a domeniului public și criteriilor de domeniialitate*, în Dreptul nr. 9/2001.

⁴ Pe lângă cele două criterii principale, doctrina franceză a susținut și existența altor trei criterii secundare: **amenajamentul special**, **complementul indisociabil sau util**, respectiv în anumite situații, **virtualitatea domeniului public**. În ce privește primul dintre aceste criterii, încă din 1949, în Franța, Comisia de reformă a codului civil l-a reținut, ca posibil criteriu reductor. Astfel, afectarea la un serviciu public nu antrenează domeniialitatea decât cu condiția ca dependența domeniială să fie adaptată la scopul serviciului prin natura sa ori printr-un amenajament special (Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, 12-eme éd., LGDJ, Paris, 2002, p. 85 și urm.). Așadar, amenajamentul special este un criteriu utilizabil numai la domeniul public artificial (J. Fr. Poli, *Droit administratif des biens*, Ellipses, Paris, 2003, p. 15), adică la bunurile afectate prestării unui serviciu public. Dorindu-se inițial a fi un criteriu reductor pentru domeniu, care

- se extindea îngrijorător în acest sens, amenajamentul special și-a ratat, în final, vocația, fiind interpretat de Consiliul de Stat francez atât de larg încât, practic, orice bun afectat unui serviciu public beneficia de un asemenea amenajament (S-a ajuns ca o simplă operațiune de întreținere a bunului să fie suficientă pentru existența unui amenajament special. În alte situații, existența acestuia a fost prezumată din chiar afectațiunea la serviciu. Pentru detalii, a se vedea Ph. Juen, *La compatibilité du principe d'inalienabilité avec la constitution de droits réels*, în RD imm., april-jun 2000, p. 123). Constatând practic, în ansamblul lucrărilor și bunurilor accesorii atașate dependenței domeniiale în scopul creșterii utilității publice a acesteia (bănci, alei pavate, iluminat public în ceea ce privește un parc, marcaje longitudinale, semne de circulație, borne kilometrice accesorii unui drum rutier etc.), credem că, cel puțin în sistemul nostru de drept nu poate constitui un criteriu de domencialitate, ci numai un indiciu al prezenței acesteia, căci, în mod normal, cu cât amenajamentul este mai complex, cu atât utilitatea publică este mai evidentă. Așa cum vom arăta însă, ideea amenajamentului special nu este străină de dreptul nostru.
- ⁵ Pe larg, a se vedea J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif des biens, 3-ème édition, Montchréstien, Paris, 2003*, p. 22-29; Y. Gaudemet, *op.cit.*, p. 47 și urm. În dreptul francez, criteriul este formulat astfel: *Proprietatea să aparțină unei persoane juridice de drept public*.
- ⁶ A se vedea L. Pop, L.M. Harosa, *Drept civil. drepturile reale principale*, Ed. Universul juridic, București, 2006, p. 124-125; E. Bălan, *Domeniul administrativ*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 19. Acest din urmă autor arată că „se pot reține drept criterii de încadrare a unui bun în domeniul public următoarele: - uzul public, determinat de natura bunului; - interesul public, ținând de afectațiunea acestuia **unei folosințe publice** (subl. ns.), care se realizează **direct** (subl. ns.), sau prin intermediul unui serviciu public”. Așadar, iată cum, din cauza utilizării unui termen prea lax, „interes public”, se ajunge la suprapuneri de sfere de aplicare (căci nu poate fi diferență între „uz public” și „folosință publică”).
- ⁷ A se vedea și J. Morand-Deville, *op.cit.*, p. 32 și urm.; Y. Gaudemet, *op.cit.*, p. 59 și urm.
- ⁸ J. Morand-Deville, *op.cit.*, p. 32
- ⁹ Y. Gaudemet, *op.cit.*, p. 59
- ¹⁰ Se poate remarca, în aceste idei, aspectul practic pe care îl antrenează domencialitatea, efectul principal al acestuia: inalienabilitatea bunului. Or, atât Jèze, cât și Waline, au înțeles pericolul, dar și inutilitatea declarării ca inalienabile a tuturor bunurilor, mobile și imobile, care ar juca un rol cât de mic într-un serviciu public cât de neînsemnat.
- ¹¹ Pentru detalii cu privire la aceste teorii, a se vedea J. Dufau, *Le domaine public*, Le Moniteur, Paris, 2001, p.56-57.
- ¹² M. Văraru, *Tratat de drept administrativ român*, Ed. Librăriei Socec & Co., S.A., București 1928, p. 447, nota 1 de la subsol
- ¹³ După vânzarea unui număr de aeronave, să zicem, celelalte devin automat inalienabile, căci sunt „esențiale”.
- ¹⁴ L. Jansse, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Thèse, Paris, 1938
- ¹⁵ R. Capitain, *Notă la C.E.*, 17 februarie 1933, *Commune de Barran*, Dalloz, 1933, p. 49
- ¹⁶ A. de Laubadère, *Domianialité publique, propriété administrative et affectation*, RDP, 1950, p. 5
- ¹⁷ L. Jansse, *op.cit.*, p. 59
- ¹⁸ A. de Laubadère, *op.cit.*, p. 6-11
- ¹⁹ Pentru diferența dintre „afectare” ca act material și „clasare” ca act formal, a se vedea J. Morand-Deville, *op.cit.*, p. 108-111

- ²⁰ Această teorie ar permite ca apartenența unui bun la domeniul public să fie făcută în baza unui singur criteriu, formal: *sunt dependențe ale domeniului public bunurile inventariate ca atare*. Or, fără îndoială că o asemenea abordare ar tinde să se transforme, la un moment dat, într-un abuz generalizat în ambele sensuri: cutare bun este inalienabil pentru că figurează în inventarul bunurilor proprietate publică; cutare bun nu mai este inalienabil pentru că nu mai figurează în acest inventar. Tocmai de aceea un criteriu material, obiectiv, este necesar.
- ²¹ Commune de Barran (1933), speță precitată din jurisprudența Consiliului de Stat francez. În speță, comuna a vândut stranele dintr-o biserică – deosebit de vechi – unui anticar, înlocuindu-le totodată cu unele noi. Consiliul de Stat a anulat vânzarea, considerând aceste strane *inalienabile*, pe de o parte, pe de alta *încă încorporate* în biserică.
- ²² Pentru detalii asupra acestor critici, a se vedea A. de Laubadère, *op.cit.*, p. 13-22
- ²³ *ibidem*, p.26
- ²⁴ M. Waline, *Les mutations domaniales*, Paris, Dalloz, 1925, p. 123
- ²⁵ A. de Laubadère, *op.cit.*, p. 16
- ²⁶ „Domenialitatea publică trebuie să se **fondeze pe**, dar nu să se **dizolve în** ideea de afectațiune”. Prin traducere, jocul de cuvinte, evident, dispare.
- ²⁷ Desigur, textul este redactat defectuos, și asta din cel puțin două motive: pe de o parte, nu dreptul de proprietate încetează, ci regimul domenal, iar, pe de alta, bunul nu este „trecut” în domeniul privat, căci situația nu presupune nici un transfer al proprietății, ci este dezafectat.
- ²⁸ Specifică domeniului public natural, această modalitate este simetric inversă modalității de încorporare. Astfel, în acest caz, autoritatea competentă se va mărgini la constatarea unei situații de fapt: dispariția fenomenelor naturale care au justificat încorporarea în domeniul public (J. Morand-Deville, *op.cit.*, p. 121). Ca exemple, retragerea mării și formarea unui nou litoral, schimbarea cursului (albiei) unui râu navigabil etc.
- ²⁹ În principiu, această modalitate de încetare a domenalității este aplicabilă domeniului public artificial și îndeosebi bunurilor mobile. Ex.: pieirea unor tablouri sau biblioteci publice în urma unor incendii etc. Deși, în acest caz, pentru încetarea regimului domenal nu este necesar un act formal de declasare (sau, mai exact, de constatare a dispariției materiale a bunului), în practică va fi întocmit un asemenea act din rațiuni financiar-contabile.
- ³⁰ Y. Gaudemet, *op.cit.*, p. 108
- ³¹ J. Morand-Deville, *op.cit.*, p. 122. În realitate, în sistemul nostru de drept ideea trebuie înțeleasă în sensul că actul de declasare va fi ilegal, putând fi revocat de organul emitent ori cel ierarhic superior, sau anulat de către instanța de contencios administrativ.
- ³² Desigur, dacă nu i s-a găsit o nouă utilitate publică, fiind dezafectat cu scopul de a fi reafectat unui alt interes public.
- ³³ Pe larg, a se vedea jurisprudența franceză citată de J. Morand-Deville, *op.cit.*, p. 123
- ³⁴ Potrivit acestui text legal, „*În cazul în care construcțiile expropriate au fost integral demolate și lucrările pentru care s-a dispus exproprierea ocupă terenul parțial, persoana îndreptățită poate obține restituirea în natură a părții de teren rămase liberă, pentru cea ocupată de construcții noi, autorizate, cea afectată servituților legale și altor amenajări de utilitate publică ale localităților urbane și rurale, măsurile reparatorii stabilindu-se în echivalent.* (subl. ns.) *Dispozițiile art. 10 alin. (3), (4), (5) și (6) se vor aplica în mod corespunzător*”. În mod evident, între cele două texte legale nu există nicio diferență de principiu, singura deosebire fiind legată de modul (abuziv) de preluare a imobilelor în discuție: expropriere pentru cauză de utilitate publică (dar fără justă despăgubire) în cel de-al doilea caz, orice alt mod de preluare în primul.

- ³⁵ Norma metodologică (din 07/03/2007) de aplicare unitară a Legii nr. 10/2001 privind regimul juridic al unor imobile preluate în mod abuziv în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989, aprobată prin HG nr. 250/2007, publicată în M. Of. nr. 227 din 3 aprilie 2007
- ³⁶ În opinia noastră, pentru ca într-o asemenea ipoteză reparația prejudiciului să fie una integrală, măsura restituirii în natură ar trebui însoțită de o reparație în echivalent constând în contraechivalentul diferenței de valoare dintre valoarea imobilului liber de orice sarcini și cea a celui actual, grevat de servitutea administrativă. Desigur, această soluție se impune numai în ipoteza în care servitutea administrativă a fost instituită după preluarea abuzivă a bunului în cauză.
- ³⁷ La o analiză mai atentă, vom constata că este vorba, practic, de două fațete opuse – una abstractă și o alta pragmatică – a aceleiași condiții, aceea ca existența servitutii să nu împiedice în mod complet exercițiul atributelor dreptului de proprietate privată.
- ³⁸ Publicată în M. Of. nr. 51 din 23 ianuarie 2007
- ³⁹ D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil român, Vol. I*, Atelierele grafice SOCEC & Co SA, București, 1926, p. 458
- ⁴⁰ Astfel, este posibil ca, în cazul unei căi de acces cvasi-abandonată (așadar aproape dezafectată în fapt), se poate emite un act de declarare formală din domeniul public iar bunul poate fi restituit în natură. Desigur, este de discutat, în această ipoteză, chiar posibilitatea persoanei îndreptățite de a formula acțiune în contencios administrativ împotriva refuzului nejustificat al autorității competente de a declara bunul imobil dezafectat de utilitatea publică inițială.
- ⁴¹ A se vedea *supra*, nota 4 de la subsol.
- ⁴² Este vorba despre imobile ocupate de unități și instituții de învățământ din sistemul de stat (grădinițe, școli, licee, colegii, școli profesionale, școli postliceale, instituții de învățământ superior) – *pct. 1*, imobile ocupate de unități sanitare și de asistență medico-socială din sistemul public (creșe, cămine-spital pentru bătrâni, spitale, centre de plasament, case de copii) – *pct. 2*, imobilele ocupate de administrații financiare, trezorerii, ministere și alte autorități ale administrației publice centrale, parchete, judecătoria, tribunale, curți de apel, poliție, poliție de frontieră, jandarmerii, servicii publice comunitare pentru situații de urgență, sedii vamale, arhive naționale, direcții județene, case de asigurări de sănătate, primării, prefecturi, consilii locale și județene, inspectorate școlare – *pct. 3*, imobile ocupate de instituții culturale (teatre, opere, biblioteci, muzee) – *pct. 4*.
- ⁴³ Desigur că, în acest caz, înstrăinarea făcută unui terț se face împreună cu afectațiunea specială a bunului.
- ⁴⁴ Curtea de Apel Cluj, decizia nr. 238/A/24 septembrie 2008 (nepublicată), rămasă irevocabilă prin respingerea recursului (care a vizat alte considerente) prin decizia nr. 4580 din 3 aprilie 2009 a I.C.C.J., s. civ. (nepublicată).
- ⁴⁵ Vom vorbi despre fraudă în ipoteza în care singura rațiune a actului de clasare este aceea a evitării măsurii de restituire în natură sau, după caz, în echivalent, prin acordarea, ca măsură compensatorie, a altor unuri mobile ori imobile decât cele preluate. Astfel, de vreme ce scopul actului de clasare trebuie să fie protecția afectațiunii (și, deci a regimului domenal caracterizat în primul rând prin inalienabilitatea bunului – obiect), dacă afectațiunea concretă nu există, actul de clasare este emis cu exces de putere căci el încalcă interesul legitim al persoanei îndreptățite la restituire.

**L’AFFÉCTATION – FIN DE NON-RECEVOIR DE LA
REVENDECTION DES IMMEUBLES NATIONALISÉS
DE FAÇON ABUSIVE PAR LE RÉGIME COMMUNISTE?¹**

Ovidiu PODARU*

***Résumé.** L’affectation - le deuxième critère principal qui doit être rempli pour qu’un bien puisse être considéré comme appartenant au domaine public - représente une question juridique trop peu étudiée par notre droit administratif. Ses implications dans le processus d’implémentation de la Loi no. 10/2001 ont été analysées encore moins. L’affectation peut-elle empêcher la restitution à l’ancien propriétaire ou à ses héritiers d’un bien confisqué de façon abusive pendant l’ancien régime?*

Cette question constitue l’objet d’étude du présent article. Ainsi, dans le “droit commun” (administratif), le principe consiste à considérer que l’annulation du titre de l’État (ou de l’unité administrative territoriale) entraîne l’annulation du régime domanial (l’inaliénabilité spécifique de celui-ci n’étant pas en mesure d’empêcher la restitution du bien à l’ancien propriétaire). Cependant, d’autre part, notre système juridique a emprunté le principe français (contraire au principe allemand), selon lequel le bien lui-même est inaliénable, et pas seulement son affectation. Malgré ça, la loi spéciale établit une solution partiellement différente pour les diverses situations qui peuvent apparaître en pratique:

a) dans l’hypothèse où les terrains sont soumis à des servitudes légales ou à des aménagements d’utilité publique rurale ou urbaine, l’affectation, cause de l’inaliénabilité, prévaut à la restitution en nature; autrement dit, l’affectation, qui exprime l’intérêt public, l’emportent sur le caractère abusif de la nationalisation du bien, de sorte qu’en guise de réparation il y aura restitution d’un équivalent;

b) dans l’hypothèse des immeubles – bâtiments destinés à l’usage d’un service public, l’immeuble doit être restitué en nature; cependant, l’affectation subsiste – temporairement – de sorte que c’est elle et non pas le bien qui est “inaliénable” pour quelque temps.

Le traitement différent s’explique par des raisons pécuniaires et de mutabilité du service public.

Mots-clés: *domaine public, affectation, utilité publique, immeuble nationalisé de façon abusive, restitution en nature / en équivalent*

Les problèmes soulevés par l’application de la Loi 10/2001 concernant le régime juridique de certains immeubles nationalisés de façon abusive pendant la période 6 mars 1945 – 22 décembre 1989², ont été largement débattus (peut-être un peu trop) par la doctrine des dix dernières années. Cependant, les lignes qui vont

suivre devraient s'en distinguer au moins de deux points de vue: tout d'abord, parce que l'approche du sujet n'est pas une spécifiquement civiliste; or, les sujets concernant l'application de la Loi 10/2001 n'ont jamais constitué un centre d'intérêt pour les auteurs de droit administratif, même si cela l'aurait dû, peut-être. Ensuite, parce que le sujet même est rarement traité dans notre droit public: la question de l'affectation (à un usage public) d'un bien immeuble qui devient ainsi partie intégrante du domaine public.

Mais quel rapport y a-t-il entre l'affectation d'un bien domanial et l'application de la Loi 10/2001? La réponse ne semble pas difficile à trouver: dans l'hypothèse des biens qui, du moment où ils ont été nationalisés de façon abusive au moment où se pose le problème de leur rétrocession, ont été destinés à quelque utilité publique, la réparation doit être faite en nature ou en équivalent?

Malgré les apparences, ce n'est pas facile d'y trouver une solution claire. D'un côté, parce que, comme nous allons le montrer, les principes généraux du domaine public imposent une certaine solution; mais de l'autre côté, les réalités de la vie pratique ainsi que les dispositions expresses de la loi spéciale en imposent une autre, pas forcément cohérente. Pour une analyse de la situation, nous allons traiter tout d'abord la question abstraite de l'affectation en tant que critère de domanialité (A), après quoi, nous allons analyser les implications de l'affectation dans le processus d'implémentation de la Loi 10/2001 (B).

A. L'affectation en tant que critère de domanialité

1. Les critères de domanialité

Dans la doctrine roumaine il y a eu trop peu d'intérêt au sens d'une théorie analytique au sujet des critères de domanialité³. Par conséquent, nous allons essayer de rapporter les critères signalés par la doctrine française aux réalités législatives et jurisprudentielles de chez nous. On peut distinguer ainsi deux critères principaux⁴, selon lesquels un bien peut être encadré dans le domaine public.

a) Le titre

Si, dans le système français, ce critère a suscité de nombreux débats⁵, dans notre doctrine, les auteurs semblent s'être résignés à la disposition constitutionnelle de l'art. 136 alin. 2 de la Constitution, selon laquelle "*La propriété publique est garantie et défendue par la loi et elle appartient à l'État ou aux unités administratives territoriales*", texte qui semble simplifier au maximum la question: non seulement le titulaire du droit de propriété publique est une personne publique, mais celui-ci est indiqué nommément: c'est l'État ou ses divisions territoriales. En d'autres mots, la propriété publique est une forme de propriété, dont le spécifique consiste, entre autres, dans le fait qu'elle dispose d'un titulaire spécial.

b) L'affectation pour cause d'utilité publique

Pour qu'à un bien appartenant au patrimoine général de l'État ou des unités administratives territoriales on applique le régime domanial, il doit être destiné à une utilité publique. La Loi no. 213/1998 adopte la même conception, les biens qui constituent une propriété publique étant «d'usage ou d'intérêt public».

Voilà donc que le législateur semble employer un critère alternatif (dualiste). Cependant, le texte peut être critiqué pour la formule adoptée. Ainsi, le syntagme «d'intérêt public» est, d'une part, trop vague, parce qu'il ne précise d'aucune façon cet intérêt et, d'autre part, trop vaste, parce que, de toute évidence, il inclut aussi l'autre «d'usage public». Car nous ne voyons pas comment il serait possible qu'un bien utilisé en commun par tous les gens ne soit pas aussi «d'intérêt public». Notre doctrine, assimilant cette classification, a abondé en général dans ce sens⁶, sans s'être préoccupée d'une éventuelle analyse et critique de celle-ci. En ce qui nous concerne, nous considérons beaucoup plus exact le critère dualiste utilisé dans la doctrine et dans la jurisprudence françaises: des biens destinés à l'usage public ou à un service public⁷, de sorte que, *de lege ferenda*, nous proposons que l'art. 1 de la Loi no. 213/1998, dans sa dernière partie ait le contenu suivant: «...sur les biens qui, selon la loi ou de par leur nature, sont destinés à l'usage public ou à la prestation de quelque service public»(ns. soulignons)». Ainsi, le critère alternatif d'affectation devrait être:

i) L'usage public

Paru le premier du point de vue chronologique, celui-ci a été pendant longtemps le seul critère employé. Plus exactement jusqu'au XVIIIème siècle, lorsque les services publics ont commencé à se développer et que l'ensemble des biens constituant une propriété publique coïncide avec ce qui, aujourd'hui, constitue seulement une partie de celle-ci: le domaine public naturel.

Pour que ce critère puisse s'appliquer, le bien doit être destiné à tous les utilisateurs, et non seulement à une partie d'entre eux (réservée)⁸.

Parfois, la distinction n'est pas si facile à faire, mais, en principe, il n'y a d'affectation pour l'usage public que si les particuliers peuvent utiliser le bien directement pour eux-mêmes, mais non lorsque leur objectif final est d'utiliser le service public installé sur le bien (par exemple, le cas des chemins de fer)⁹.

ii) Le service public

Avec l'apparition de ce critère, au début du XXème siècle, la domanialité risquait de s'élargir de façon injustifiée. C'est justement pourquoi, la doctrine française, suivie de près de la jurisprudence, a proposé quelques critères «réducteurs»: que le bien soit destiné à un service public essentiel et qu'il joue un rôle prépondérant dans son fonctionnement (G. Jèze); que le bien soit indispensable au service public de sorte que, s'il était brusquement écarté par l'administration, il ne puisse être remplacé sans inconvénient par un autre¹⁰ (M. Waline); que le bien représente l'objet même du service, et non seulement l'un des moyens par lesquels le service en question remplit sa mission (M. Latournerie)¹¹.

Cependant, ces critères réducteurs n'ont eu qu'un effet temporaire dans la jurisprudence française, le seul critère de ce genre approuvé à présent étant celui de l'aménagement spécial, et même celui-là, avec des réserves. De même, ces critères restrictifs ont été rejetés par la doctrine roumaine de l'entre-deux-guerres¹² en raison du fait que: «ils ne résistent à aucune critique sérieuse» et «ils compliquent la question, au lieu de la simplifier». En ce qui nous concerne, nous considérons que ces critères réducteurs devraient être pris en compte car, à l'encontre de l'aménagement spécial, ils auraient une signification pratique. Ainsi, d'une part, il est normal que les biens qui font l'objet du service public (les livres d'une bibliothèque, les tableaux d'un musée, etc.) soient déclarés inaliénables, car en leur absence le service n'existerait pas; en échange, on peut à tout moment se départir des rayons sur lesquels sont rangés les livres, des systèmes de protection des tableaux, etc. et on peut les remplacer par d'autres. D'autre part, un bus ou plusieurs pourraient être vendus dans la mesure où leur nombre total dépasserait les besoins locaux; en échange, l'une des rares ambulances équipées d'appareils ultramodernes, essentielle pour le fonctionnement du service, ne pourrait pas être vendue. Cependant, le grand inconvénient de ces théories est qu'elles sont imprécises et laissent la domanialité à la latitude d'une appréciation concrète, momentanée¹³.

2. Les rapports entre domanialité et affectation

Cette question a tenu la tête d'affiche d'un intéressant débat doctrinaire dont les protagonistes ont été L. Jansse¹⁴, R. Capitant¹⁵ et A. de Labaudère¹⁶.

Selon L. Jansse, la domanialité n'a rien à voir avec l'affectation. Ainsi, il existe des biens affectés qui n'appartiennent pas au domaine public, tout comme il existe des biens du domaine public qui ne sont destinés à aucune utilité publique. En fait, le régime domanial a, en réalité, un autre but: non pas de satisfaire l'affectation, mais de conserver la substance des fonds dans la main mise de façon absolue et irrévocable par l'administration. En outre, la précarité des occupations domaniales doit permettre aux collectivités administratives de se débarrasser des conséquences des contrats conclus imprudemment¹⁷. Même si elle a été critiquée par A. de Labaudère¹⁸, qui, en montrant que l'abandon du critère de l'affectation ne peut représenter «qu'un geste de fatigue provoqué par ses difficultés», a averti que l'adoption de cette théorie ne peut conduire qu'à la création d'un domaine public par la détermination de la loi, les idées de Jansse s'avèrent intéressantes et la réalité roumaine ne semble pas trop éloignée.

Ainsi, d'un côté, dans un système démocratique, libéral, il est évident que l'inaliénabilité doit provenir de l'affectation; un bien non affecté doit circuler. La restriction intervient lorsque le bien intéresse toute la collectivité, selon le principe qui affirme que l'intérêt public – vu comme une somme d'intérêts privés – doit prévaloir sur un intérêt privé, vu comme *ut singuli*. Le syntagme «le bien est inaliénable parce que classé»¹⁹ (ou «parce que c'est ce que prévoit la loi») suggère plutôt un

régime autoritaire ou bien l'un où le terme d'«administration» est synonyme de formalisme et bureaucratie. De l'autre côté, selon le même art. 1 de la Loi no. 213/1998, le droit de propriété publique s'exerce sur les biens qui «...**conformément à la loi** (ns. soulignons) ou de par leur nature sont d'un usage ou d'un intérêt public», ce qui devrait constituer un sujet de réflexion. L'usage ou l'intérêt public est déterminé, naturellement, dans chaque cas, **en fait**, d'habitude selon la nature et l'usage du bien. Déterminer par la loi l'utilité publique abstraite de certaines catégories de biens peut s'avérer, selon le cas, un acte dangereux (a) ou protecteur (b) de ces biens.

a) *Dangereux*, car il porte atteinte à leur libre circulation, même si une telle restriction n'est pas nécessaire. Dans un système autoritaire, où l'État tend à s'appropriier tout, celle-ci serait une règle perpétuelle, mais malheureuse.

b) *Protecteur*, car il restreindrait le droit discrétionnaire de l'administration d'apprécier l'utilité publique. Et dans un système démocratique, mais dont l'administration est corrompue, cela pourrait être une solution temporaire bienvenue.

De toute façon, ça vaut la peine qu'on réfléchisse un peu à la théorie de Jansse sur la domanialité et sur l'affectation et son applicabilité à l'actualité juridique roumaine²⁰.

R. Capitant, le fils du encore plus célèbre H. Capitant, se situe à l'autre extrême: la domanialité se confond avec l'affectation et, par conséquent, la première devrait disparaître. Ainsi, au lieu de dire que les biens domaniaux sont inaliénables, on devrait montrer qu'aucun acte qui contrevient à l'affectation n'est permis. En partant d'une décision d'espèce²¹, celui-ci montrait aussi que l'inaliénabilité ne concerne pas vraiment le domaine, mais seulement l'affectation de celui-ci; par conséquent, une éventuelle vente du bien ne fait que prolonger l'affectation aux mains du nouveau propriétaire. Comme une variante de cette théorie, R. Capitant a soutenu que le régime domanial est un régime mixte, formé par la superposition de deux notions à régimes différents: la propriété, qui relève du droit privé et l'affectation qui relève du droit public. Ou, autrement dit, pour que le mélange soit plus visible, l'affectation est une servitude de la propriété publique.

Ces idées ont attiré, pendant vingt ans, autant d'appréciations que de critiques de la part des auteurs de droit public: si nous admettons que l'inaliénabilité concerne seulement l'affectation, ça signifie que l'acheteur va payer le prix, mais ne pourra pas utiliser le bien (Waline); en plus, si nous convenons que le seul concept devrait être l'affectation, les praticiens seraient obligés d'en tirer toutes les conclusions, en sachant une seule chose: qu'ils doivent protéger l'affectation (Labaudère); en outre, l'affectation ne peut être une servitude d'intérêt général, car: le fonds dominant manque (a); l'État asservirait ses propres fonds; or, *nemine res sua servit* (b); enfin, le droit de l'utilisateur de circuler sur les routes publiques ne peut être un droit réel, car les particuliers doivent être vus comme une masse anonyme et non pas *ut singuli*²².

Les conclusions d'A. de Labaudère – auxquelles nous adhérons – vont dans le sens que, du point de vue foncier, la propriété publique et privée ne diffèrent pas (autrement dit, elles se distinguent non en tant qu'usage, mais en tant qu'exercice, la propriété privée étant gérée selon les règles du droit commun, tandis que la propriété publique est gérée selon les règles du droit administratif). Et les différences de régime viennent de l'affectation – «celle qui anime la propriété administrative et circule en elle comme le sang pour lui donner la vitalité et une personnalité»²³, contribuant plutôt au développement qu'à la limitation des compétences (la délimitation par l'alignement, la police du domaine, etc.), ce qui constitue un argument supplémentaire contre «l'affectation – servitude», car une servitude, de par son essence, restreint les attributions du propriétaire.

L'affectation marque la propriété publique, pour l'essentiel, lui «donne de la couleur»²⁴ ou, en gardant le jeu des mots d'A. de Labaudère²⁵, «la domanialité publique doit rester **fondée sur**, mais non **fondue dans** l'idée d'affectation»²⁶, de sorte que les deux notions ne peuvent être dissociées. Et la conséquence pratique en est la suivante: si on les dissociait, cela signifierait que toutes les questions concernant la propriété devraient être jugées par les instances communes, tandis que les questions concernant l'affectation relèveraient de la compétence des instances de contentieux administratif. Or, ni dans le système français, ni dans le système roumain, les choses ne se présentent de cette façon. Ainsi, conformément à l'art. 23 de la Loi 213/1998, «*Les litiges au sujet de la délimitation du domaine public de l'État, des départements, des communes, des villes ou des municipes relèvent de la compétence des instances de contentieux administratif*». Comme la loi ne fait pas de distinction, tant les problèmes de propriété (la délimitation de la propriété publique des propriétés particulières limitrophes) que les problèmes d'affectation (la délimitation du domaine public national de celui local ou départemental, donc la détermination de l'intérêt public incident) vont être jugés par les instances de contentieux administratif.

En conclusion, nous soutenons l'idée (majoritaire dans le droit français aussi) que le bien domanial lui-même est inaliénable, et pas seulement son affectation. L'avis singulier de R. Capitant doit être retenu, surtout qu'il est spécifique du droit allemand, qui l'a adopté; en outre, comme nous allons le montrer, dans notre droit, une telle solution a été adoptée, de façon ponctuelle, par notre législateur aussi.

3. La disparition d'un critère de domanialité – cause de cessation du régime domanial

Comme on vient de le voir, la domanialité suppose au moins deux critères essentiels: la propriété de l'État ou de l'unité administrative territoriale (a) et l'affectation pour cause d'utilité publique (b). La conséquence logique est que, lorsque au moins l'un des deux critères disparaît (ou bien les deux), le bien en cause n'appartiendra plus au domaine public. En principe, ces situations sont réglementées par l'art. 10 alin. 1 de la Loi no. 213/1998, qui prévoit que: «*Le droit de propriété*

publique cesse si le bien a disparu ou s'il est transféré dans le domaine privé»²⁷. Cependant, rigoureusement, nous pouvons identifier quatre modalités de cessation du régime de domanialité: «la voie naturelle»²⁸, la disparition matérielle du bien domanial²⁹, la désaffectation et la perte de la propriété publique (du titre de l'État ou de l'unité administrative territoriale). Les deux dernières situations méritent un peu d'attention.

a) La désaffectation

En nous référant au domaine public artificiel, nous allons établir que *la désaffectation* représente un fait matériel par lequel un bien perd son utilité publique, tandis que *le déclassement* est l'acte juridique – formel – par lequel l'autorité compétente décide ou constate, selon le cas, que le bien en cause ne sert plus à l'utilité publique à laquelle il avait été destiné.

Premièrement nous devons remarquer une asymétrie, signalée aussi par la doctrine française: en ce qui concerne le domaine public artificiel, sont nécessaires autant la désaffectation de fait que le déclassement de droit, même si le bien en question n'a pas été classé formellement, mais il a été affecté de fait.³⁰ Cela représente une règle protectrice du domaine public. Aussi, un déclassement sans désaffectation n'aura aucun effet³¹. Mais tel serait le cas aussi pour une simple désaffectation de fait, dans la mesure où elle n'est pas faite par l'autorité compétente. En échange, si l'autorité publique désaffecte le bien domanial parce que l'utilité publique a disparu, le déclassement devient obligatoire, car le bien doit être rendu au circuit civil³². Le refus de le faire peut être attaqué, à notre avis, en contentieux administratif par le particulier qui justifie l'atteinte d'un droit ou intérêt légitime.

La conséquence la plus importante de cette double condition est la suivante: la vente d'un bien domanial déclassé, mais non désaffecté de fait, est nulle.

b) La cessation de la domanialité suite à perte de la propriété publique

L'hypothèse semble exclue, puisque les biens domaniaux sont inaliénables et imprescriptibles. Néanmoins, il s'agit des situations où, pour une cause qui précède l'intervention du régime domanial (par exemple, en cas d'éviction), l'État ou l'unité administrative territoriale perd le droit de propriété sur le bien. Les hypothèses sont rares, mais elles existent: la nullité d'une vente à l'État par deux particuliers qui avaient été en faute en ce qui concerne l'auteur du tableau objet du contrat (*error in substantiam*), la révocation d'un legs ayant pour objet une collection d'art en raison du fait que le légataire (institution publique) n'a pas rempli ses devoirs³³.

Une hypothèse intéressante est régie aussi par l'art. 6 de la Loi no. 213/1998, conformément auquel (1) «*Font aussi partie du domaine public ou privé de l'État ou des unités administratives territoriales les biens acquis par l'État pendant la période 6 mars 1945 -22 décembre 1989, s'ils sont entrés dans la propriété*

de l'État en raison d'un titre valable, en respectant la Constitution, les traités internationaux auxquels la Roumanie a adhéré et les lois en vigueur lors de leur reprise par l'État». (2) « Les biens confisqués par l'État sans avoir un titre valable, y compris ceux acquis par le vice du consentement, peuvent être revendiqués par les anciens propriétaires ou par leurs successeurs, s'ils ne font pas l'objet de certaines lois spéciales de réparation». Le principe, exprimé de façon extrêmement cohérente, est le même: un bien immeuble peut être considéré comme appartenant au domaine public à condition que le titre de l'État ne soit pas vicié; autrement, l'affectation (et sa conséquence, l'inaliénabilité) ne peut «sauver» le bien de la rétrocession. Comme nous allons le voir, trois ans plus tard est entrée en vigueur la Loi no. 10/2001 et le principe a changé.

B. Un bien confisqué de façon abusive et ultérieurement affecté à une utilité publique peut-il être restitué en nature?

Bien que, comme nous l'avons déjà montré, selon le principe général, l'annulation du titre de l'État attire l'annulation du régime domanial, de sorte qu'il n'existe plus aucun empêchement juridique pour la restitution du bien en nature, la situation particulière dont on parle (le fait qu'il ne s'agisse pas d'un bien singulier, mais d'un phénomène « de masse », que dans bien des situations l'État ait possédé publiquement les biens pendant quelques décennies, en se créant une apparence de légalité dans un certain sens), au niveau législatif a été adoptée une solution différente. Mais pas unitaire. En renvoyant aux dispositions spéciales de la Loi no. 10/2001, nous devons distinguer la situation des terrains (affectés à divers aménagements d'utilité publique des unités administratives territoriales) (1) de celle des bâtiments où fonctionne un service public (2).

1. Le cas des terrains affectés de servitudes légales ou de divers aménagements d'utilité publique urbaine ou rurale

Selon l'article 10 al. 2 de la Loi no. 10/2001, «*Au cas où sur les terrains où il y avait des bâtiments confisqués de façon abusive ont été édifiés de nouveaux bâtiments, autorisés, la personne en droit obtiendra la restitution en nature de la partie de terrain restée libre, et pour la superficie occupée de nouveaux bâtiments, celle affectée aux servitudes légales et à d'autres aménagements d'utilité publique des localités urbaines et rurales, les mesures réparatoires sont établies en équivalent* (ns. soulignons)». Une prévision similaire est comprise dans l'art. 11 al. 3 de la loi³⁴.

Certes, pour une étude de ces dispositions légales, doivent être analysés séparément les cas des servitudes légales (a), respectivement des autres aménagements d'utilité publique (b).

a) Les servitudes légales. En principe, il s'agit des servitudes administratives, d'habitude des droits de passage (accès) à divers réseaux d'utilité publique.

L'idée qui découle aussi des prévisions de l'art. 10.3 thèse I des Normes méthodologiques de la loi³⁵, conformément auxquelles *«Dans tous les cas l'entité investie pour résoudre la notification a l'obligation, avant de disposer à toute mesure, d'identifier avec exactitude le terrain et les environs et en même temps de vérifier la destination actuelle du terrain sollicité et de sa sousface pour ne pas affecter les voies d'accès (l'existence sur ce terrain de rues, trottoirs, parkings aménagés et d'autres), l'existence et l'utilisation d'aménagements souterrains : conduits d'alimentation d'eau, de gaz, de pétrole, d'électricité de grand calibre, abris militaires et d'autres. Au cas où l'on constate de telles situations, la restitution en nature sera limitée aux surfaces restées libres ou, selon le cas, aux seules surfaces qui n'affectent pas l'accès et l'utilisation normale des aménagements souterrains.»*

En instituant pratiquement un principe de la protection des servitudes administratives, pour l'essentiel on peut reprocher au texte d'être excessif. On peut aller jusqu'à ce que la servitude administrative – en fait une limitation du droit de propriété, nie l'existence même de ce droit. Ainsi, à la place de l'hypothèse normale, de la restitution en nature du terrain confisqué abusivement affecté des servitudes administratives qui le concernent³⁶, la servitude arrive à établir elle-même le régime juridique de la propriété. A notre avis, pour que ce principe trouve quand même un fondement théorique et une raison pratique, il faut qu'une double condition soit remplie³⁷:

i) que la servitude soit si importante en rapport à un bien que celui-ci soit classé comme bien domanial. Autrement dit, que, dans la considération de la servitude en question, soit nécessaire l'application du régime de la propriété publique au bien immeuble en question;

ii) l'exercice de la servitude administrative vide complètement de contenu le droit de propriété privée. Autrement dit, qu'une restitution en nature du bien confisqué abusivement soit une mesure absolument inefficace pour l'ancien propriétaire.

Par contre, toutes les fois que la servitude n'est pas si importante qu'elle dicte le régime juridique du bien, pouvant donc coexister avec l'idée de propriété privée qui peut être exercée – c'est vrai, avec certaines restrictions légales- la mesure de la restitution en nature de l'immeuble affecté de « tâches administratives » s'impose. Par exemple, si on demande la rétrocession d'un terrain sur lequel est placé un réseau de transport de l'énergie électrique de haute tension, celui-ci peut être restitué en nature, même si, sur certaines portions il est affecté par la servitude administrative de passage (aérien) et par l'interdiction de construire. Ne peuvent cependant être restituées en nature les surfaces sur lesquelles sont placés les poteaux de haute tension pour le simple fait que, conformément à l'art. L'article 35. 3 de la loi no. 13/2007 sur l'électricité³⁸ *«La terre sur lequel se trouvent les réseaux*

de transport d'électricité existants à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent la propriété publique de l'Etat pendant la durée de vie du réseau». En d'autres termes, ce disposition légale a la signification d'une nouvelle déclaration d'utilité publique pour les surfaces en question, ce qui les rend sans rapport avec le moyen d'acquisition de l'État roumain (bien sûr, en cas d'une nationalisation abusive, l'ancien propriétaire a le droit à des dédommagements en équivalent). Si, toutefois, avant l'entrée en vigueur de cette loi, des telles surfaces ont été retournés en nature, nous croyons que les seules solutions compatibles tant avec le principe de la priorité d'intérêt public que celui du respect de la propriété privée serait soit l'utilisation de la procédure d'expropriation, selon l'art. 21 de la loi, soit l'application par analogie des dispositions de l'art. 16, al. 10 de la Loi: «Le droit d'usage et des servitudes sur les terres, la restriction ou la cessation des activités prévues par l'al. (2) doit être établie et exercée avec le respect du principe de l'équité, du droit de propriété et de la minimum atteinte de celui-ci».

Le texte normatif (l'art. 10.3 thèse I des Normes méthodologiques de la loi) impose aussi deux remarques supplémentaires:

La première concerne le fait que, c'est pour la première fois depuis D. Alexandresco, à notre connaissance, qu'on parle de la sousface d'un immeuble.³⁹ Opposé au droit de superficie, le droit de sousface représente la prérogative d'une personne, autre que le propriétaire d'un terrain, d'utiliser sous sous-sol pour aménager une cave ou un autre bâtiment souterrain. Il s'agit d'un démembrement du droit de propriété sur un terrain, il peut coexister avec celui-là. C'est justement pourquoi, lors de l'application de la Loi 10/2001, à notre avis, la mesure de l'octroi des dédommagements en équivalent doit être appliquée seulement dans des cas extrêmes, lorsque ce droit d'exploitation du sous-sol, exercé par les autorités publiques, vide de contenu le droit de propriété privée.

La deuxième, c'est que de façon erronée sont incluses ici, dans la sphère des servitudes administratives, l'existence de certains rues, trottoirs, allées, etc., c'est-à-dire des voies publiques d'accès, parce que celles-ci se confondent avec la propriété publique même dans la mesure où leur régime juridique ne peut être changé⁴⁰.

b) Les aménagements d'utilité publique. En conformité avec l'art. 10.3 thèse II des Normes, le syntagme désigne «*les surfaces de terrain affectées à une utilité publique, respectivement les surfaces de terrain soumises à des aménagements destinés à desservir les besoins de la communauté, plus exactement des voies de communication (rues, allées, trottoirs, etc.), des facilités technico-édilitaires souterraines, aménagements d'espaces verts autour des immeubles, de parcs et jardins publics, des places piétonnes et d'autres*».

En reconnaissant pour l'essentiel le principe de la priorité de l'intérêt public face aux intérêts privés, spécifique du droit administratif, le texte de la loi confère pratiquement de la validité à l'apparence créée par les règles du régime

communiste. En contrepartie, en reconnaissant aussi l'abus, l'ancien propriétaire a le droit à des dédommagements en équivalent. Ce texte de loi exige à son tour deux remarques:

i) *Est consacré aussi dans notre droit le critère de l'aménagement spécial, critère secondaire de la domanialité publique*⁴¹. Cependant, c'est important de souligner que ce n'est pas l'aménagement spécial en soi qui empêche la restitution en nature, mais l'utilité publique du bien immeuble, révélée par l'aménagement respectif;

ii) *dans cette situation, l'affectation suffit seule pour maintenir l'inaliénabilité du bien*; le vice qui affecte le titre de l'État n'est pas suffisant pour annuler le régime domanial. Est consacrée ainsi une importante dérogation du principe selon lequel la domanialité publique est fondée nécessairement sur l'existence d'un titre non vicié de l'État ou de l'unité administrative territoriale.

2. Le cas des bâtiments affectés par un service public

En conformité avec l'article 16, al.1 de la Loi 10/2001, «*Dans le cas des immeubles ayant les destinations mentionnées dans l'annexe no. 2 lettre a) qui fait partie de la présente loi*⁴², ***nécessaires et affectés directement et exclusivement aux activités d'intérêt public*** (ns. soulignons), *d'enseignement, de santé ou socio-culturelles, on restitue aux anciens propriétaires, ou, selon le cas, à leurs héritiers, l'immeuble dont ils sont propriétaires à condition qu'ils conservent son affectation* (ns. soulignons) *pour une période allant jusqu'à trois ans, pour celles qui sont mentionnées aux points 3 et 4 de l'annexe 2 lett. A) ou, selon le cas, jusqu'à 5 ans depuis l'émission de la décision ou de la disposition pour celles mentionnées aux points 1 et 2 de l'annexe 2 lett. a)».*

Voilà donc que, dans le cas des bâtiments affectés à un service public, le législateur a adopté le principe contraire: ce n'est pas le bien qui est inaliénable (situation qui empêcherait la mesure de sa restitution en nature), mais seulement l'affectation de celui-ci (et même celle-là, temporairement). Cependant, le propriétaire à qui on a restitué le bien peut exercer son droit de propriété car, d'un côté, l'autorité publique locataire lui doit un loyer point symbolique (art. 16 al. 2 de la loi), et de l'autre côté, il peut le vendre⁴³, dans ce cas le détenteur précaire ayant cependant droit de préemption (art. 17 de la loi). Ainsi, le législateur fait prévaloir, dans ces hypothèses, la reconnaissance de la reprise abusive et le principe de la réparation en nature du préjudice. Voilà donc, qu'en l'absence d'un titre valable, le régime domanial ne peut subsister lui non plus. Pour que l'intérêt public ne subisse pas de préjudice, on établit la mesure (temporaire) du maintien de l'affectation (d'utilité publique) jusqu'à ce qu'un autre immeuble soit trouvé qui puisse satisfaire les intérêts des collectivités locales. Le texte de la loi soulève deux problèmes supplémentaires:

Le premier consiste à trouver la raison pour laquelle le législateur a adopté une solution tout à fait opposée à la solution antérieure. A notre avis, une telle raison est basée sur des critères d'une part pragmatiques (de coûts), d'autre part, de mutabilité du service public. Ainsi, si la mutation d'un réseau électrique de haute tension coûterait à l'État des millions d'euros (pour rétrocéder le bien nationalisé abusivement «libre de toutes charges», en comparaison de la rétrocession en équivalent, qui coïncide avec la valeur du bien confisqué abusivement, donc beaucoup plus petite que la première valeur, dans l'hypothèse des bâtiments utilisés par un service public, il est possible que la restitution en nature soit la mesure plus avantageuse, étant donné l'ancienneté et l'état d'usure des immeubles nationalisés. Dans la même perspective, nous allons constater que certains services publics (de transport d'énergie électrique, de carburant, etc.), sont très difficiles à muter, tandis que d'autres ne le sont pas, pouvant fonctionner aussi très bien dans une autre location.

Le second dérive du constat que la solution du maintien de l'affectation s'impose seulement dans la situation des immeubles affectés **directement et sans intermédiaires** à un service public; en d'autres mots, **l'affectation doit être effective**. Par conséquent, dans l'hypothèse des immeubles désaffectés de fait (la situation d'une maternelle, par exemple, qui ne fonctionne plus comme telle, ayant été transformé en remise), la mesure de la rétrocession en nature s'impose sans que la mesure du maintien de l'affectation spéciale (qui n'existe même plus) soit nécessaire. Cette observation est importante parce que, dans le cas d'un immeuble que l'unité qui le détient voudrait garder même s'il n'a pas d'affectation effective, celle-ci pourrait invoquer un acte administratif de classement (acte formel par lequel un certain bien immeuble est déclaré comme appartenant au domaine public) pour éviter la rétrocession du bien en nature. Dans ce cas cependant, à notre avis, en l'absence d'une affectation concrète le classement formel manque de relevance juridique. D'ailleurs les prévisions de l'art. 6.1. al. 2 des Normes de la loi vont dans le même sens: *«Au cours de la procédure administrative de résolution des notifications l'affectation juridique actuelle des immeubles sollicités n'a pas de relevance, étant dépourvues de relevance juridique les qualifications de la Loi no. 213/ 1998, avec ses amendements et complétions ultérieurs ou d'autres actes normatifs subsidiaires à celle-ci. Pour ces raisons, la personne qui détient l'immeuble lequel, au moment de la solution de la notification, est qualifié comme un bien propriété publique a la compétence de disposer à la restitution du bien en nature, sans qu'on doive parcourir la procédure prévue par la Loi no. 213/1998 avec ses amendements et complétions ultérieurs»*. En laissant de côté le constat que, dans l'interprétation de la Loi no. 10/2001, notre gouvernement confond l'affectation (le fait matériel) avec le classement (l'acte formel par lequel est établie l'appartenance d'un bien au domaine public), nous allons constater que, en ce qui concerne les biens qui font l'objet de la Loi 10/2001, leur déclassement a eu lieu *ope legis*, dans la mesure où ils ne se retrouvent dans les prévisions de l'art. 10 al. 3, respectivement art. 11 al. 3 de la loi, lorsque l'affectation détermine le maintien du régime domanial.

Notre jurisprudence s'est prononcée dans ce même sens. Ainsi, dans une espèce, à propos des affirmations du maire d'une commune selon lequel à ce moment-là l'immeuble faisant l'objet du litige avait la destination de maison de la culture, appartenant au domaine public de la commune, ne pouvant donc être restitué en nature, l'instance, en appliquant l'art. 16 alin. 1 de la Loi no. 10/2001 a disposé à la restitution en nature, avec l'obligation de la part de l'héritier de conserver son affectation pendant 5 ans.⁴⁴

En poursuivant notre analyse, on se pose pourtant la question dans quelle mesure un tel immeuble (désaffecté mais classé par une fraude⁴⁵) peut être rétrocédé *en équivalent*. En jurisprudence, la pratique des autorités publiques locales de cacher (ou, au meilleur des cas de ne pas rendre publics) les inventaires de leurs biens propriété privée qui pourraient être offerts comme mesures compensatoires (équivalent). De même, on utilise souvent la procédure de la déclaration de certains biens comme appartenant au domaine public pour éviter leur rétrocession. Or, dans une telle hypothèse et vu les dispositions légales invoquées, il est évident que, en l'absence d'une affectation effective, l'acte administratif de classement n'est pas légal et peut être rejeté, du point de vue procédural, en invoquant l'exception de non légalité dans la solution qui va être fournie à la plainte à la Loi 10/2001 par la personne qui a le droit de demander la restitution en équivalent d'un certain bien immeuble. Pourtant, à notre avis:

a) la solution de l'acceptation de la plainte peut être adoptée même en l'absence d'une exception de non légalité de l'acte de classement, dans les conditions où un acte administratif ayant une force juridique supérieure (art. 6.1. al. 2 des Normes) considère l'acte de classement comme «étant dépourvu de relevance juridique»;

b) la modification de l'affectation (donc une nouvelle affectation) n'est pas non plus une solution pour éviter la rétrocession: deviennent ainsi applicables par analogie les dispositions de l'art. 10 al. 11 thèse I de la Loi 10/2001 selon lesquelles «*Est interdite [...] la modification de la destination de l'immeuble dont la restitution en nature n'est pas possible à cause de son affectation à un aménagement d'utilité publique*». Nous disons que ces prévisions légales peuvent s'appliquer par analogie parce que, en conformité avec les dispositions de l'art. 26 al. 5 de la Loi 10/2001, le régime juridique des mesures réparatoires en équivalent est identique, dans cette hypothèse, avec celui de la restitution en nature.

Enfin, en guise de conclusion, il faudrait montrer que toutes les discussions et distinctions ci-dessus ont une importance pratique seulement en raison du fait que, à présent, les mesures réparatoires en équivalent (en prenant pour repère central le Fonds «Proprietatea» tant condamné) ne représentent pas une mesure réparatoire effective pour les anciens propriétaires des immeubles confisqués abusivement par l'État. Car, autrement, la mesure de la restitution en nature n'aurait eu aucun sens: elle aurait été suivie nécessairement d'une expropriation pour cause d'utilité publique

et finalement on serait arrivés toujours au dédommagement pécuniaire. Mais dans ces circonstances, on comprend l'acharnement avec lequel l'ancien propriétaire s'oppose à l'intérêt public, étant donné que la restitution en nature représente la seule réparation effective.

¹ L'expression « revendication » a été utilisée dans le présent titre, dans un sens générique car, comme on peut le voir, cet article traite principalement la restitution des biens nationalisés abusivement en vertu de la Loi no. 10/2001, et non pas du « droit commun ».

* Chargé de cours, Faculté de Droit de l'Université „Babeş-Bolyai” de Cluj-Napoca; opodaru@law.ubbcluj.ro

² Republiée dans le Moniteur Officiel no. 728 du 2 septembre 2005

³ Plus exactement, à notre connaissance, pendant les dernières années, est paru un seul article à ce sujet: R. Rizoiu, “*Unele considerații asupra condiției juridice a domeniului public și criteriilor de domanialitate*”, dans Dreptul, no. 9/2001

⁴ En dehors des deux critères principaux, la doctrine française a soutenu qu'il existe trois autres critères secondaires: l'aménagement spécial, le complément indissociable ou utile, respectivement, dans certaines situations, la virtualité du domaine public. En ce qui concerne le premier de ces critères, dès 1949, en France, la Commission de réforme du code civil l'a retenu comme un possible critère réducteur. Ainsi, l'affectation à un service public n'entraîne la domanialité qu'à condition que la dépendance domaniale soit adaptée à l'usage du service de par sa nature ou grâce à un aménagement spécial (Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, 12-ème édition, LGDJ, Paris, 2002, p. 85 et suiv.). Ainsi, l'aménagement spécial est un critère utilisable seulement pour le domaine public artificiel (J. Fr. Poli, *Droit administratif des biens*, Ellipses, Paris, 2003, p. 15), c'est-à-dire pour les biens destinés à l'exercice d'un service public. Se voulant au départ un critère réducteur du domaine, qui s'élargissait de façon inquiétante en ce sens, l'aménagement spécial a finalement manqué sa vocation, recevant une interprétation si large par le Conseil d'État français que, pratiquement, tout bien destiné à un service public bénéficiait d'un tel aménagement (on est allé jusqu'à la situation où une simple opération d'entretien du bien était suffisante pour qu'on parle d'un aménagement spécial. Dans d'autres situations, l'existence de celui-ci a été présumée du simple fait qu'il a été destiné à un service. Pour plus de détails, voir Ph. Juen, *La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels*, in RD imm., avril-juin 2000, p. 123). En constatant pratiquement l'existence, dans l'ensemble des travaux et des biens, de certains accessoires rattachés à la dépendance domaniale dans le but d'augmenter son utilité publique (des bancs, des allées pavées, éclairage public d'un parc; des marquages longitudinaux, des indicateurs du trafic, des bornes kilométriques pour une route), nous croyons que, au moins dans notre système juridique il ne peut constituer un critère de domanialité, mais seulement un indice de la présence de celle-ci, car, normalement, plus l'aménagement est complexe, plus son utilité publique est évidente. Cependant, comme nous allons le montrer, l'idée d'aménagement spécial se retrouve aussi dans notre droit.

- ⁵ Pour plus de détails, voir J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif des biens*, 3-ème édition, Montchrétien, Paris, 2003, pp. 22-29; Y. Gaudemet, *op. cit.*, p. 47 et suiv. Dans le droit français, le critère est formulé comme suit: „La propriété doit appartenir à une personne juridique de droit public”.
- ⁶ Voir L. Pop, L.M. Harosa, *Drept civil. drepturile reale principale*, Ed. Universul juridic, București, 2006, p. 124-125; E. Bălan, *Domeniul administrativ*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 19. Le dernier auteur montre que: „, on peut retenir comme critères de classement d'un bien dans le domaine public les suivants: - l'usage public, déterminé par la nature du bien; - l'intérêt public, qui relève son affectation à un usage public (ns. soulignons), qui se réalise directement (ns. soulignons), ou par l'intermédiaire d'un service public”. Voilà donc comment, pour avoir employé un terme trop vaste/ vague, „intérêt public”, on arrive à des chevauchements de sphères d'application (car il ne peut y avoir de différence entre „usage public” et „utilisation publique”).
- ⁷ Voir aussi J. Morand-Deville, *op. cit.*, p. 32 et suiv. ; Y. Gaudemet, *op. cit.*, p. 59 et suiv.
- ⁸ J. Morand-Deville, *op. cit.*, p. 32.
- ⁹ Y. Gaudemet, *op. cit.*, p. 59.
- ¹⁰ On peut remarquer dans ces idées l'aspect pratique qu'implique la domanialité, son principal effet: l'inaliénabilité du bien. Or, autant Jèze que Waline ont compris que ce serait dangereux et inutile de déclarer comme inaliénables tous les biens meubles et immeubles, qui tiendraient un rôle même insignifiant dans un service public même insignifiant.
- ¹¹ Pour des détails sur ces théories, voir J. Dufau, *Le domaine public*, Le Moniteur, Paris, 2001, pp. 56-57.
- ¹² M. Văraru, *Tratat de drept administrativ român*, Ed. Librăriei Socec & Co., S.A., București 1928, p. 447, note de bas de page no. 1.
- ¹³ Après la vente d'un certain nombre d'avions, disons, les autres deviennent automatiquement inaliénables, car ils deviennent “essentiels”.
- ¹⁴ L. Jansse, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Thèse, Paris, 1938.
- ¹⁵ R. Capitain, *Notă la C.E.*, 17 februarie 1933, *Commune de Barran*, Dalloz, 1933, p. 49.
- ¹⁶ A. de Labaudère, *Domanialitate publică, proprietate administrativă și afectare*, RDP, 1950, p. 5.
- ¹⁷ L. Jansse, *op. cit.*, p. 59.
- ¹⁸ A. de Labaudère, *op. cit.*, pp. 6-11.
- ¹⁹ Pour la distinction entre “affectation” comme acte matériel et “classement” comme acte formel, voir J. Morand-Deville, *op. cit.*, p. 108-111.
- ²⁰ Cette théorie permettrait que l'appartenance d'un bien au domaine public soit décidée en raison d'un seul critère, formel: *sont des annexes du domaine public les biens inventoriés comme tels*. Or, sans doute, une telle approche tendrait à se transformer, à un moment donné, dans un abus généralisé dans les deux sens: tel bien est inaliénable parce qu'il figure dans l'inventaire des biens propriété publique; tel bien n'est plus inaliénable parce qu'il ne figure plus dans cet inventaire. Aussi un critère matériel, objectif, est-il nécessaire.
- ²¹ Commune de Barran (1933), espèce précitée de la jurisprudence du Conseil d'État français. En l'espèce, la commune a vendu les stalles d'une église – très vieille – à un antiquaire et les a remplacées avec d'autres, neuves. Le Conseil d'État a annulé la vente, en considérant ces stalles d'une part comme *inaliénables*, d'autre part comme *faisant encore partie de l'église*.

- ²² Pour des détails sur ces critiques, voir A. de Labaudère, *op. cit.*, pp. 13-22.
- ²³ *Ibidem*, p. 26.
- ²⁴ M. Waline, *Les mutations domaniales*, Paris, Dalloz, 1925, p. 123.
- ²⁵ A. de Labaudère, *op. cit.*, p. 16.
- ²⁶ «Domenialitatea publică trebuie să se fondeze pe, dar nu să se dizolve în ideea de afecțațiune ». Par la traduction, le jeu des mots se perd, évidemment.
- ²⁷ Bien sûr, le texte est rédigé de façon défectueuse et ça pour au moins deux raisons : d'une part, ce n'est pas le droit de propriété qui cesse, mais le régime domanial, d'autre part, le bien n'est pas « transféré » dans le domaine privé, car la situation ne suppose aucun transfert de la propriété, mais il est désaffecté.
- ²⁸ Spécifique du domaine public naturel, cette modalité est l'envers symétrique de la modalité d'incorporation. Ainsi, dans ce cas, l'autorité compétente se contentera de constater une situation de fait : la disparition des phénomènes naturels qui ont justifié d'incorporation. dans le domaine public (J. Morand-Deville, *op. cit.*, p. 121). Par exemple, le retrait de la mer et la formation d'un nouveau littoral, le changement du cours d'une rivière navigable.
- ²⁹ En principe, cette modalité de cessation de la domanialité s'applique au domaine public artificiel et surtout aux biens meubles. Par exemple : la disparition de tableaux ou de bibliothèques publiques à la suite d'incendies, etc. Bien que, dans ce cas, pour la cessation du régime domanial, un acte formel de déclassement (ou, plus exactement, de constat de la disparition matérielle du bien), dans la pratique, un tel acte sera rédigé pour des raisons financières comptables.
- ³⁰ Y. Gaudemet, *op. cit.*, p. 108.
- ³¹ J. Morand-Deville, *op. cit.*, p. 122. En réalité, dans notre système juridique l'idée doit être comprise au sens que l'acte de déclassement sera illégal, pouvant être révoqué par l'organe qui l'a délivré ou par celui supérieur hiérarchiquement ou annulé par l'instance de contentieux administratif.
- ³² Bien sûr, si l'on ne lui a pas trouvé une nouvelle utilité publique, étant désaffecté afin d'être réaffecté à un autre intérêt public.
- ³³ Pour des détails, voir la jurisprudence française cite par J. Morand-Deville, *op. cit.*, p. 123.
- ³⁴ Conformément à ce texte de loi, « *Au cas où les bâtiments expropriés ont été démolis intégralement et les travaux pour lesquelles on a disposé à l'expropriation occupent le terrain partiellement, la personne en droit peut obtenir la restitution en nature de la partie de terrain restée libre, pour celle occupée de nouveaux bâtiments, autorisés, celle affectée aux servitudes légales et à d'autres aménagements d'utilité publique des localités urbaines et rurales, les mesures réparatoires étant établies en équivalent.* (ns. soulignons) *Les dispositions de l'art. 10 al. (3), (4), (5) et (6) seront appliquées de façon appropriée.* » Évidemment, entre les deux textes de loi il n'y a aucune différence de principe, la seule différence concernant la façon (abusive) de reprendre les immeubles en question: l'expropriation pour cause d'utilité publique (mais sans le dédommagement de droit) dans le second cas, toute autre façon de reprise dans le premier.
- ³⁵ La norme méthodologique (du 7 mars 2007) d'application unitaire de la Loi no. 10/2001 concernant le régime juridique de certains immeubles confisqués abusivement pendant la période 6 mars 1945 – 22 décembre 1989, approuvée par la décision gouvernementale no. 250/2007, publiée dans le Moniteur Officiel no. 227 du 3 avril 2007.

- ³⁶ A notre avis, pour que, dans une telle hypothèse, la réparation du préjudice soit intégrale, la mesure de la restitution en nature devrait être accompagnée d'une réparation en équivalent qui consiste dans le contre-équivalent de la différence de valeur entre la valeur de l'immeuble libre de toute obligation et celle de l'actuel, affecté par la servitude administrative. Certes, cette solution s'impose seulement dans l'hypothèse où la servitude administrative a été instituée après la reprise abusive du bien en question.
- ³⁷ Si on l'analyse plus attentivement, nous allons constater qu'il s'agit pratiquement de deux facettes opposées – l'une abstraite, l'autre pragmatique – de la même condition, que l'existence de la servitude n'empêche complètement l'exercice des attributs du droit de propriété privée.
- ³⁸ Publiée dans le Moniteur Officiel no. 51 du 23 janvier 2007.
- ³⁹ D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil român, Vol. I, Atelierele grafice SOCEC & Co SA, București, 1926, p. 458*
- ⁴⁰ Ainsi, il est possible que, dans le cas d'une voie d'accès quasi abandonnée (donc presque désaffectée en fait), peut être émis un acte de déclassement formel du domaine public et le bien peut être restitué en nature. Certes, on peut envisager, dans cette hypothèse, même la possibilité de la personne en droit de formuler une action en contentieux administratif contre le refus injustifié de l'autorité compétente de déclasser le bien immobilier désaffecté de l'utilité publique initiale.
- ⁴¹ Voir *supra*, la note 4 de bas de page.
- ⁴² Il s'agit d'immeubles occupés par des unités et des institutions d'enseignement du système d'État (maternelles, écoles, lycées, collèges, écoles professionnelles, institutions d'enseignement supérieur) – *point 1*, immeubles occupés par des unités sanitaires et d'assistance médico-sociales du système public (crèches, foyers-hôpitaux pour les vieux, hôpitaux, centres de placement, orphelinats) – *point 2*, les immeubles occupés par des administrations financières, trésoreries, ministères et d'autres autorités de l'administration publique centrale, parquets, tribunaux, cours d'appel, police, police de frontière, gendarmeries, services publics communautaires pour des situations d'urgence, sièges de la douane, archives nationales, directions départementales, agences d'assurance-maladie, mairies, préfectures, conseils locaux et départementaux, inspections scolaires – *point 3*, immeubles occupés par des institutions culturelles (théâtres, opéras, bibliothèques, musées) – *point 4*.
- ⁴³ Certes, dans ce cas, la vente à un tiers est faite avec l'affectation spéciale du bien.
- ⁴⁴ La Cour d'Appel de Cluj, décision no. 238/A/24 septembre 2008 (non publiée), restée irrévocable par la suite du rejet du recours (qui visait d'autres questions) par la décision no. 4580 du 3 avril 2009 de la Haute Cour de Cassation et de Justice., s. civ. (non publiée).
- ⁴⁵ Nous parlerons de fraude dans l'hypothèse où la seule raison de l'acte de classement est celle d'éviter la mesure de la restitution en nature ou, selon le cas, en équivalent, par l'octroi, comme mesure compensatoire, d'autres biens meubles ou immeubles que ceux qui ont été confisqués. Ainsi, puisque le but de l'acte de classement doit être la protection de l'affectation (et donc du régime domanial caractérisé avant tout par l'inaliénabilité du bien – objet), si l'affectation concrète n'existe pas, l'acte de classement est émis par un excès de pouvoir car il porte atteinte à l'intérêt légitime de la personne ayant droit à la restitution.

**INCONVENIENTELE ANORMALE DE VECINĂTATE –
EVOLUȚIE ȘI PERSPECTIVE**

Anca RUEN*

Abstract. Abnormal neighbourhood nuisances – evolution and perspectives.

Our neighbour: his lifestyle, his activities, his pet, his new building, his noises, in a few words, HE and his habits. Neighbourhood relationships have developed rapidly, conquering new legal meanings. Today we no longer doubt the autonomy that the neighbourhood nuisances' theory has gained over the abuse of rights theory, and even over common civil liability. Albeit the Romanian Civil Code pictures it as a monologue between the owner and its land, the property right does not have to selfishly take into consideration only the proprietor, but also its neighbours and their legitimate rights, this being the part where legal remedies outlined by the doctrine come into force. Thoroughly analysing the present and the future of the neighbourhood nuisances in the Romanian legal system, we have observed that the legislator, after not paying any attention to this issue in the 1865 Civil Code, has now introduced it in the New Civil Code, but has failed in finding the appropriate way to do so. Despite all controversy, neighbourhood relationships, although determined by property location, are not literally land confrontations, but situations where one must accept reasonable behaviour and dismiss intolerable neighbourly demeanour. Still there remains a question to be answered and its response can be found in the conclusive remarks of our study: "Like your neighbour as you like yourself – utopia or necessity?"

Rezumat. Dacă astăzi nu mai putem afirma faptul că raporturile de vecinătate constituie apanajul unei singure construcții juridice, și anume abuzul de drept, întrucât acestea au fost relativizate, mai întâi vom trece în revistă teoriile relative la raporturile de vecinătate (I), după care vom vedea că pentru a putea angaja răspunderea pentru inconveniente anormale de vecinătate se impune o analiză atât a existenței echilibrului între relațiile dintre vecini, cât și a sferei persoanelor care au vocație la calitatea de „victimă” și „perturbator” (II). Tratarea de către noul Cod civil a relațiilor de vecinătate din perspectiva inconvenientelor anormale nu putea să treacă neobservată, astfel că vom analiza modalitatea de reglementare aleasă de legiuitorul român și oportunitatea acesteia în cadrul dreptului civil, dar și implicațiile pe care le presupune un asemenea pas (III), pentru ca pe final să ne rămână a observa orizonturile juridice spre care se îndreaptă această instituție (IV).

Cuvinte cheie: inconveniente anormale de vecinătate; abuzul de drept; noul Cod civil român; dreptul de proprietate; depășire limite materiale și judiciare

Keywords: abnormal neighbourhood nuisances; abuse of rights theory; the new Romanian Civil code, property law; exceeding material and legal limits

I. Teorii relative la raporturile de vecinătate

Orice formă de exercitare a unei activități umane implică generarea unui raport între om și om, fie el de egalitate, superioritate sau chiar de inferioritate. Însă libertatea juridică de care se poate bucura o persoană nu poate fi definită exclusiv în raport de domnia legii, ci se impune a se lua în calcul și elementul uman din context. O ipoteză în care nu există constrângeri de ordin legislativ nu echivalează în mod necesar cu existența unei stări de libertate deplină. Fiecare prerogativă juridică îndreptățește titularul acesteia la a reclama starea de libertate aferentă. Astfel că, în planul relațiilor de vecinătate, fiecare protagonist se găsește în postura de a-și confrunta libertatea proprie cu libertatea vecinului, pentru că, în final, libertatea de care dispune o persoană în exercițiul dreptului ei echivalează cu însăși existența dreptului. Odată cu interferența libertăților a două persoane se produc limitări ale acestora în ambele sensuri: fiecare va trebui să-și exercite dreptul de așa manieră încât să nu cauzeze consecințe care ar putea să aibă rezonanță pe plan juridic, dar simultan va trebui să accepte faptul că întinderea libertății celuilalt se poate răsfrânge dincolo de granița ideală de separație a celor două drepturi, dând astfel dovadă de o atitudine tolerantă, pe care fiecare și-o datorează reciproc.

În cadrul raporturilor de vecinătate, „*raporturi de reciprocă și profitabilă toleranță*”¹, dreptul de proprietate reprezintă atât temeiul juridic, cât și măsura propriei conduite, pe când vecinătatea reprezintă liantul factual între diferiți proprietari. Raporturile de vecinătate creează pentru proprietari obligația unui comportament particular, care presupune, de multe ori, o anumită dificultate în aplicare. De esența acestui tip de comportament particular este buna vecinătate, care schițează cel puțin două îndatoriri principale ce le revin proprietarilor: să nu îl prejudicieze pe vecin și să nu îi cauzeze acestuia dezagremente intolerabile. Încălcarea celor două obligații prescrise de buna vecinătate a fost relaționată, de către doctrină și jurisprudență, cu două mecanisme juridice născute din incapacitatea dreptului comun de a reglementa raporturile de vecinătate: abuzul de drept și inconvenientele anormale de vecinătate.

În această materie, mai mult decât în alte materii aparținând dreptului civil, jurisprudența are un rol fundamental, revenindu-i dificila sarcină de a concilia interesele proprietarilor și interesele legitime ale acestora în raport de interesul social. Dacă până nu demult, în doctrina românească², cu rare excepții³, inconvenientele anormale de vecinătate era supuse analizei ocazionate de abuzul de drept, relativ recent, urmând exemplul dat de sisteme juridice mai evoluate, s-a dezvoltat o teorie a inconvenientelor anormale de vecinătate, lucru de altfel necesar deoarece mecanismele juridice amintite, deși statuează asupra unui fond comun, acela al raporturilor de vecinătate, presupun condiții și temeuri de răspundere diferite.

1. Abuzul de drept – procedeu clasic de intervenție în raporturile de vecinătate

Abuzul de drept, privit de către L. Josserand⁴ ca o limitare a dreptului de proprietate ce derivă din funcția sa socială, din spiritul și scopul său, intervine atunci când proprietarul nu mai urmărește satisfacerea unui interes serios și legitim,

ci doar să cauzeze altuia un prejudiciu. Chiar dacă se manifestă acel *animus nocendi*, dauna provocată altuia nu va putea constitui niciodată un scop în sine, ci doar o rezultată a unei activități⁵. Ca o consecință logică a abuzului de drept vine faptul că cel care nu are interes nu va beneficia nici de protecție juridică.

Codul Civil român, în vigoare încă din anul 1865, nu are rezervat un text anume pentru materia abuzului de drept, aceasta fiind luată în vizor de prevederile constituționale la art. 57, dedicat modului de exercitare al drepturilor și libertăților fundamentale și de art. 3⁶ din Decretul nr. 31/1954. Această din urmă prevedere legală instituie un criteriu economic și social de apreciere al abuzului de drept, însă o astfel de concepție este astăzi depășită, ea nu se mai află în concordanță cu realitatea socială, fiind de preferat adoptarea unui criteriu psihologic, pe baza căruia să se evidențieze trăsătura principală a abuzului de drept, și anume intenția de a vătăma sau de a prejudicia și ignorarea bunei-credințe, întocmai cum juriștii germani s-au îndepărtat de eterna regulă de sorginte romană „*qui suo jure utitur neminem laedit*”, înlocuind noțiunea de *abus du droit* a francezilor cu noțiunea de *Rechtsmissbrauch*. Necesitatea adoptării de către legiuitor a unui asemenea criteriu psihologic pentru definirea abuzului de drept, este susținută atât de art. 57⁷ din Constituție, dar și de evoluția firească a conceptului de abuz de drept care a evidențiat faptul că încălcarea bunei credințe constituie fundamentul sancționării abuzului de drept. Se poate spune că un pas spre îmbrățișarea acestei soluții legislative a fost deja realizat prin includerea, la art. 15 în noul Cod civil⁸, a unui text dedicat abuzului de drept: „*Niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei credințe.*”. Se poate observa că buna-credință joacă un rol esențial în definirea abuzului de drept, încălcarea acesteia reprezentând, așa cum am mai menționat, imboldul punerii în funcțiune a mecanismului abuzului de drept. Intenția este într-adevăr laudabilă deoarece se cerea un progres în acest sens, însă includerea în text a cuvântului „*nerezonabil*” o găsim a fi inoportună datorită faptului că nu clarifică sau cel puțin nu ușurează întru totul sarcina calificării unei fapte aparținând proprietarului ca fiind un act abuziv sau nu. De aceea se impune înlăturarea acestui termen sau înlocuirea lui cu un altul mai precis sau mai explicit.

Din cauza tendinței exclusiviste, mai mult psihologică decât juridică, a dreptului de proprietate, s-a impus necesitatea determinării exacte a liniei de demarcație dintre „*puterile cuprinse în dreptul subiectiv al unei persoane*”⁹ și punctul de unde începe dreptul subiectiv al altei persoane, astfel că, în anumite împrejurări, răspunderea proprietarului pentru prejudiciile cauzate terților în exercitarea dreptului său poate fi întemeiată pe teoria abuzului de drept, însă eficiența aplicării acestei teorii depinde de criteriul avut în vedere pentru stabilirea caracterului abuziv al dreptului de proprietate ca drept subiectiv. Caracterul abuziv este evidențiat ca urmare a încălcării limitelor dreptului de proprietate. Limitele externe despart sfera juridică în care dreptul de proprietate există de zona inexistenței dreptului, prima incluzând atât limitele materiale ale exercitării dreptului de proprietate, cât și limitele legale

sau cele stabilite de însuși proprietarul, indiferent dacă acestea urmăresc restrângerea întinderii bunului ca obiect al dreptului de proprietate sau restrângerea atributelor sale. Limitele interne, vin să completeze aria de incidență a limitelor externe, conturând sfera în care dreptul de proprietate este exercitat în mod normal, încălcarea acestor limite declanșând mecanismul juridic al abuzului de drept.

Teoria abuzului de drept prezintă similarități cu responsabilitatea civilă, însă nu este doar o simplă aplicație a acesteia din urmă, ci este fundamentată de o formă particulară de vinovăție¹⁰. Responsabilitatea pentru comiterea unui abuz de drept nu va putea fi angajată decât posterior identificării, după criterii adecvate, a actului abuziv. Teoria abuzului de drept nu rezolvă însă toate incidentele ivite în cadrul acestor ecuații faptice, funcționând în paralel cu teoria inconvenientelor anormale de vecinătate, creație pretoriană în plină expansiune, capabilă să suprindă situații de vecinătate inimaginabile până nu demult. Prins între două concepte diferite, cel al abuzului de drept și cel al inconvenientelor anormale de vecinătate, dreptul de proprietate este supus unei compresii severe și își pierde astfel din absolutismul tradițional. Dreptul de proprietate nu mai poate purta asupra sa o veritabilă suveranitate, *plena in re potestas*, nu mai poate fi reprezentat ca un *dominium* în sensul etimologic al cuvântului¹¹, ci tinde să devină un drept comun, ca toate celelalte, absolut din perspectiva originii sale, a rațiunii sale de a fi, însă profund social din perspectiva realizării sale practice.

2. Evoluția fundamentelor teoriei inconvenientelor anormale de vecinătate

Doctrina și jurisprudența au căutat îndelung fundamentul responsabilității proprietarului în situațiile în care acesta cauzează dezagremente vecinului său, însă nu i poate fi imputată nicio vină.

O primă explicație ce s-a încercat a se da acestei teorii se bazează pe ideea că responsabilitatea analizată decurge dintr-un *cvasi-contract de vecinătate*. S-a spus că art. 588 din Codul civil reprezintă textul de lege capabil să susțină o asemenea explicație. Acest articol, precedând enumerarea diferitelor obligații ce le incumbă proprietarilor, dispune următoarele: „*Legea supune pe proprietari la osebite obligații unul către altul, fără chiar să existe vreo convenție între dânșii*”. Un astfel de sistem este însă criticabil. Fără a insista asupra controverselor suscitade de însăși noțiunea de *cvasi-contract*, inexactă și inutilă din punct de vedere juridic, se poate observa faptul că norma invocată este străină de această noțiune și, mai mult, ea se referă la obligațiile speciale pe care legea le impune proprietarilor vecini, art. 588 reprezentând un preambul al textelor referitoare la servituțile legale¹². S-a încercat să se găsească în aceste text fundamentul puterii judecătorești de a fixa limite judiciare ale exercitării dreptului de proprietate privată. Art. 588 ar reglementa o adevărată obligație de vecinătate, în virtutea căreia proprietarul trebuie să se abțină de la acele acte de exercitare ale dreptului său care ar putea cauza prejudicii terților. Încălcarea acestei obligații atrage răspunderea proprietarului. În realitate, noțiunea de *obligație de*

vecinătate este lipsită de conținut, astfel încât nu se poate vorbi de încălcarea ei, textul art. 588 fiind, împreună cu textul art. 586, o simplă introducere la servituțile legale descrise la art. 590-619 Cod civil¹³.

O altă fundamentare găsită teoriei inconvenientelor anormale de vecinătate este chiar *abuzul de drept*, instituție cu care s-a confundat din punct de vedere juridic până la separarea realizată de către jurisprudența franceză¹⁴. Însă teoria abuzului de drept se va găsi întotdeauna cantonată la categoria faptelor săvârșite în prezența culpei, cu intenția de a vătăma pe altul, însă fără un motiv serios și legitim, chestiune ce contravine esenței responsabilității pentru inconvenientele anormale de vecinătate, și anume sancționarea faptelor prejudiciabile, chiar în absența culpei. Chiar dacă legiuitorul român a adoptat prin art. 3, al. 2 din Decretul nr. 31/1954 criteriul obiectiv, răspunderea pentru abuzul de drept¹⁵ rămâne o formă particulară de manifestare a răspunderii civile delictuale, astfel încât ea nu poate fi angajată în absența vinovăției, fie ea și culpă. Ca urmare, nici teoria abuzului de drept nu este suficientă pentru a explica, în toate cazurile, răspunderea pentru pagubele create prin exercitarea dreptului de proprietate.

Printre posibilele explicații aduse teoriei inconvenientelor se numără și *teoria riscului*, care presupune că proprietarul care a creat un risc anormal prin desfășurarea unei activități din care el azi trage profit, dacă riscul se va realiza pe cheltuiala vecinului, primul va trebui să repare prejudiciile cauzate. Recursul la teoria riscului nu poate fi validată datorită faptului că, odată adoptată, proprietarul va trebui să repare orice inconvenient cauzat vecinului său, independent de caracterul normal sau anormal¹⁶, chestiune ce prezintă suficiente dezavantaje pentru a nu fi acceptată, fiind capabilă să genereze un veritabil lanț al slăbiciunilor izvorât din starea de vecinătate.

Sintagma „*depășirea inconvenientelor normale de vecinătate*” recurge la utilizarea unui concept tradițional, acela al *obligațiilor normale de vecinătate*, dincolo de obligațiile prevăzute expres de lege, la care trimite în realitate art. 588 Cod civil. Acestea presupun, în primul rând, în sarcina fiecărui vecin, obligația de a suporta anumite inconveniente, inclusiv prejudiciile minore, și, în al doilea rând, în mod implicit, obligația de a exercita propriul drept de proprietate astfel încât se nu se cauzeze vecinilor inconveniente mai mari decât cele normale sau chiar prejudicii majore. Proprietarul care, prin activitatea desfășurată, creează vecinului dezagremente anormale, va fi nevoit să le repare; astfel, actul excesiv, dar nu culpabil, devine sursă de responsabilizare. Obligațiile normale de vecinătate se deduc din principiul echității, nu din vreun text legal. Această concepție are avantajul de a explica, pe de o parte, limitarea răspunderii pentru exercitarea dreptului de proprietate numai la prejudiciile care au caracter anormal în raporturile de vecinătate și, pe de altă parte, funcționarea acestei răspunderi independent de orice idee de culpă¹⁷.

În doctrina noastră recentă¹⁸ s-a afirmat un punct de vedere interesant, dar totodată provocator din punct de vedere juridic. S-a susținut că în absența unei dispoziții legale care să reglementeze o formă sau alta de răspundere civilă delictuală, limitele judiciare ale exercitării dreptului de proprietate privată sunt stabilite printr-

o judecată în echitate. Deși se vrea a fi o opinie de avangardă, ea nu poate fi validată în condițiile în care sistemul de drept privat român nu este compatibil cu judecata *ex aequo et bono*.

Considerăm că diversitatea și complexitatea relațiilor de vecinătate reclamă existența unui regim juridic autonom, care să fie guvernat de principiul general stabilit de către jurisprudență, caracterizat prin simplitatea și flexibilitatea conținutului, potrivit căruia nimeni nu trebuie să cauzeze altuia un inconvenient de vecinătate, vecinii trebuind să dea dovadă de o toleranță sporită, pe care și-o datorează reciproc.

II. Remedii pentru înlăturarea inconvenientelor anormale de vecinătate în dreptul român

Deși în materia raporturilor de vecinătate adesea s-a statuat faptul că ceea ce o persoană nu ar tolera de la un străin, legea îi ordonă să tolereze de la un vecin¹⁹, trebuie stabilit, într-o primă fază, care este, până la urmă, statutul juridic atribuit unui proprietar: obligația de a suporta inconvenientele normale sau dreptul de a-i fi reparate daunele provocate de inconvenientele anormale de vecinătate? În cazul celor din urmă este de remarcat amalgamul de consecințe și dificultăți pe care acestea le atrag²⁰, fiind de dorit ca, în virtutea ideii de comunitate, proprietarilor să le incumbe obligația de a suporta inconvenientele normale de vecinătate, chiar dacă determinarea limitelor normale poate cădea uneori în capcana arbitrariului, această operațiune, aparținând într-un final instanței de judecată, singura în măsură să realizeze în concreto aplicarea adecvată a principiilor de drept în materia raporturilor de vecinătate. Statuarea unei idei potrivit căreia orice inconvenient, oricât de neînsemnat, ar putea fi sancționat pe calea justiției ar însemna deschiderea unei *cutii a Pandorei*, dând ocazia oricărui proprietar care nu agreează activitățile vecinului, să stea în justiție și să pretindă repararea celui mai minor prejudiciu. Acceptarea unei astfel de situații ar îngreuna procesul justiției în mod nejustificat; de aceea, în interesul tuturor, cea mai viabilă soluție trebuie să constea în constrângerea fiecăruia la a suporta o anumită marjă a prejudiciului care nu trebuie însă să excedă măsura obligațiilor normale de vecinătate. Aceasta înseamnă că un vecin, în mod voluntar, ar putea să fie autorul unui comportament deranjant la limită²¹; atâta timp cât inconvenientul rămâne în limitele toleranței și a unei normalități general acceptate nu va putea fi antrenată nicio răspundere.

1. Prezentarea remediilor existente. Condițiile necesare existenței unui prejudiciu și caracteristicile acestuia

Deși pentru o lungă perioadă de timp nu a fost făcută nicio distincție între abuzul de drept și inconvenientele anormale de vecinătate, teoria inconvenientelor anormale de vecinătate s-a desprins în cele din urmă, proclamându-și autonomia, prin intermediul jurisprudenței²², în mod deosebit cea franceză. Cu toate acestea,

dezagrementele de vecinătate presupun existența unei activități licite, utile, lipsită de rea-credință din care rezultă, totuși, un prejudiciu pentru vecini, singura condiție impusă elementului de prejudiciu este acela al atingerii unui anumit nivel de gravitate.

Clasificarea tradițională a inconvenientelor de vecinătate preferată de către doctrina noastră este cea adoptată de către majoritatea autorilor francezi. Regăsim două categorii de inconveniente: cele cauzate prin exercitarea dreptului de proprietate fără depășirea limitelor materiale ale fondului și cele cauzate prin depășirea limitelor propriului fond și introducerea unor elemente materiale pe fondurile vecine. Astfel, dacă sursa inconvenientului se află într-o activitate ce implică exercitarea dreptului de proprietate fără depășirea limitelor materiale ale fondului, cum ar fi, de exemplu, cele provocate cu ocazia executării unor lucrări de construcții când se produc fisuri în construcția vecină sau secarea unui izvor de pe fondul vecin de către proprietarul care a efectuat săpături, în literatura de specialitate²³ s-a apreciat că în acest caz se va putea naște obligația de despăgubire doar dacă a existat vinovăție în desfășurarea activității; într-o asemenea situație nu mai prezintă importanță dimensiunea prejudiciului, fiind vorba de o răspundere delictuală. Dacă inconvenientele sunt cauzate prin depășirea limitelor propriului fond și introducerea (*imissio*) a unor elemente materiale²⁴ în subsolul, solul, sau spațiul suprapus fondurilor vecine, iar acestea nu se înfățișează ca prejudicii minore și nici nu au capacitatea de a angrena răspunderea delictuală, inclusiv sub forma răspunderii pentru abuzul de drept, vor putea da naștere unei obligații de reparare a prejudiciului²⁵. Prejudiciul rezultat va putea fi considerat anormal nu doar în ipoteza în care are caracter continuu, de permanență, relevant fiind raportul inegal dintre intensitate și frecvență. Merită amintită și o altă modalitate de clasificare a inconvenientelor de vecinătate, promovată de către doctrina contemporană²⁶. Astfel, se propune distingerea între inconveniente ce afectează *mediul*, cum ar fi zgomotul, mirosurile, praful, inconveniente ce afectează *imobilul* și inconveniente ce afectează *activitatea profesională*, în special pierderile suferite de către comercianți datorită unor lucrări la drumurile publice. În literatura europeană de dată recentă²⁷ se insistă în mod particular asupra zgomotului²⁸, inconvenient care, deși nu este produsul societății moderne, este etichetat ca aparținând fără îndoială acesteia. Sursele acestuia sunt variate, de cele mai multe ori fiind vorba despre animale sau despre om în desfășurarea activităților sale profesionale sau care țin de un anumit mod de viață. Conform unui sondaj al *Institutului Național de Statistică și Studii Economice (INSSE)* din Franța, zgomotul afectează aproximativ 40% din populație, aceasta traducându-se în nenumărate plângeri înaintate fie autorităților publice locale, fie instanțelor de judecată²⁹.

Cât privește paleta modalităților de reparare a prejudiciului creat, aceasta este una relativ restrânsă, o importanță mai deosebită prezentând doar ordinea de dispunere a acestora. Deși suveran în aprecierea limitelor exercitării dreptului de proprietate privată în cadrul raporturilor de vecinătate, judecătorul este, în definitiv, o ființă umană, supusă oricând pericolului de a cădea în capcana arbitrariului. Până

la urmă unde sfârșește normalul și unde începe anormalul? Când se poate spune *trop, c'est trop*? Nu se poate enunța un criteriu exact care să permită determinarea limitei care nu trebuie depășită de către proprietar pentru că noțiunea de *normalitate* este una profund relativă. Aprecierea responsabilității este o chestiune de fapt deferită instanței, fiind de preferat să se refuze recunoașterea dreptului la reparație, în afară de situația în care prejudiciul atinge un anumit grad de gravitate; în caz contrar, viața în comun ar fi imposibilă dacă fiecare nu ar fi ținut să suporte anumite inconveniente³⁰. Înainte de toate, trebuie avută în vedere reparația în natură deoarece aceasta se apropie cel mai mult de principiul reparării integrale. Așadar, instanța poate prescrie măsuri obligatorii pentru proprietarul responsabil, de natură a face să înceteze dauna, de pildă desființarea gardului care a luat vederea, desființarea unui atelier de tinichigerie împreună cu o rampă de reparații auto care provocau locului vecin din imediata apropiere zgomote, mirosuri și gaze poluante intolerabile³¹, încetarea poluării fonice produse de un motor aflat în stare de funcționare, atunci când este posibil din punct de vedere tehnic, instalarea unui dispozitiv care să neutralizeze tulburarea toxică sau fonică, fără ca aceasta să însemne încetarea activității, sau chiar demolarea construcției care incomodează. O abordare modernă a remediilor juridice în cadrul raporturilor de vecinătate pune în balanță nu doar prejudiciul victimei, ci și pierderile financiare și materiale suferite de către autorul inconvenientelor în cazul în care s-ar dispune încetarea activității, astfel că instanțele, în raport de fiecare speță în parte, ar trebui să dispună mai degrabă, acolo unde contextul faptic o permite, reducerea actelor generatoare de prejudicii până la limita inconvenientelor anormale decât încetarea definitivă a acestora, dat fiind faptul că în societatea contemporană are loc un fenomen de expansiune numerică a vecinilor – întreprinderi sau societăți comerciale. În cazuri extreme se poate ordona chiar închiderea unei întreprinderi care funcționează cu autorizație legală, dacă în raport de activitatea lucrativă a întreprinderii, prejudiciile aduse sunt infinit mai mari, această măsură trebuind să aibă caracterul unei măsuri de ultim resort, în absența oricărei soluții alternative. Un remediu complementar reparației în natură este acordarea de daune-interese. Acest mecanism poate însoți soluția reparației în natură sau poate fi dispus ca unic remediu, atunci când reparația în natură nu mai este posibilă. Despăgubirile trebuie să fie echivalente valorii prejudiciului. De principiu, inconvenientele de vecinătate sunt daune directe, acestea nu rezultă doar din clasică ipoteză de vecini persoane fizice, ci și din vecinătatea unei persoane fizice cu o uzină, o fabrică de ciment, o mină, un șantier, un gater, o linie electrică de înaltă tensiune, un aeroport, o linie de cale ferată, un abator, o fabrică de lactate, un ansamblu comercial, un complex turistic, un teatru, o discotecă, un restaurant, o școală, un spital, un panou publicitar³², o antenă, dar și cu o fermă de porci sau de găini sau cu o crescătorie piscicolă. Sunt rare cazurile când inconvenientul de vecinătate provoacă o pagubă indirectă. De exemplu, atunci când într-un imobil se exercită o activitate care prezintă riscuri grave de incendiu pentru proprietarii învecinați și când aceștia ar trebui să plătească o primă

de asigurare majorată. Extrapolând, soluția ar fi aceeași și în ipoteza în care în imobilul respectiv s-ar desfășura o activitate care prezintă riscuri grave de inundație sau dacă în imobilul respectiv, deși clasificat ca fiind în pericol de prăbușire la manifestarea unui cutremur suficient de grav, s-ar desfășura o activitate legal autorizată, dar care, datorită trepidațiilor ce le presupune, ar afecta structura de rezistență a clădirii. Existența unei pagube indirecte s-a constatat și în cazul în care proprietarul, răspândind pe terenul său un produs toxic, a neglijat să ia măsuri de protecție împotriva incursiunilor animalelor aparținând vecinilor. Toate aceste situații reclamă responsabilizarea proprietarului care, neavând o intenție caracterizată, cauzează altuia o daună, fără puterea de a o evita, exercitând un drept ce prezintă pentru acesta un anumit interes. Prejudiciul creat în materia inconvenientelor de vecinătate este unul special. Cel mai adesea, astfel cum practica judiciară a evidențiat, instanțele au de-a face cu prejudicii materiale, caracterizate prin zgomote, mirosuri neplacute, prime de asigurare majorate, costuri suplimentare cu întreținerea imobilului în cazul emisiilor excesive de praf de la o fabrică de ciment. Dar prejudiciul poate fi și corporal atunci când zgomotul antrenează diverse afecțiuni, cum ar fi surditatea, hipertensiunea arterială, disconfortul fizic, sau când mirosurile cauzează manifestări anormale ale organismului. În cazuri mai rare se poate crea un prejudiciu moral, atunci când un bun cu valoare sentimentală este deteriorat sau distrus, inclusiv decesul unui animal de companie foarte drag reclamantului. În fine, deloc de neglijat, ipoteza în care reclamantul suferă o diminuare a valorii imobilului său, care, eventual, ar putea fi însoțită de un prejudiciu material, corporal sau moral. Aprecierea gravității inconvenientelor, dar și a măsurii prejudiciului trebuie realizată circumstanțiat, prin raportare la epoca și la locul în care se desfășoară raporturile de vecinătate, dar și la perioada de timp pe care se întind acestea. Ceea ce altă dată era considerat a fi tolerabil, astăzi poate să nu mai fie. Apoi, ceea ce se poate admite în mediul rural, în mediul urban riscă să fie sancționat. Ceea ce este admisibil într-un cartier poate fi anormal într-altul. O anumită activitate desfășurată noaptea poate fi considerată anormală, pe când aceeași activitate desfășurată ziua nu ar mai avea același caracter³³. Daunele-interese pot fi acordate de către instanță fie sub forma unei sume fixe care să fie suficientă pentru a compensa ruperea echilibrului între vecini, fie sub forma unei rente periodice³⁴, în situația în care persistența unui prejudiciu este inevitabilă, acesta continuând să se producă, chiar și ulterior momentului încetării inconvenientului anormal de vecinătate. În plus, ca măsură preventivă, instanța ar putea obliga vecinul la luarea unor măsuri, de natură să se evite extinderea prejudiciilor, sau chiar producerea unora noi.

2. *Problema titularilor acțiunii civile*

Teoria inconvenientelor anormale de vecinătate a cunoscut o evoluție extensivă în ceea ce privește validarea persoanelor vătămate. Dacă noțiunea de *vecinătate* trebuie înțeleasă în sens larg, ea nefiind limitată doar la imediata proximitate geografică a

fondurilor, astfel că acestea nu trebuie să fie în mod obligatoriu alăturate, rămâne de văzut dacă noțiunea de „vecin” îi cuprinde doar pe cei doi vecini, ambii având calitatea de proprietari sau domeniul de aplicare al acesteia este susceptibil de expansiune. Actualmente, doctrina și jurisprudența, mai cu seamă cea franceză, cu tradiție în domeniu, consideră că actorii, fie că sunt perturbatori sau victime ale unui inconvenient de vecinătate, pot fi titulari de drepturi reale sau personale, drepturile în chestiune putând izvorî direct din lege sau chiar dintr-un contract³⁵. Vin în minte în mod natural locatarii și sublocatarii, care pot fi considerați după caz, perturbatori condamnați la repararea unui prejudiciu cauzat prin activitatea lor sau, dimpotrivă, victime ale unor astfel de activități. Se pune problema dacă există vreun sens în a diferenția, în cadrul noțiunii de „vecin”, între proprietar și cel care se bucură doar de unul din atributele dreptului de proprietate. Oare faptul că o persoană are *usus* îi conferă suficientă protecție juridică în cazul în care ar fi afectat de inconvenientele anormale de vecinătate cauzate de către vecinii proprietarului cu care are un contract de locațiune sau un motiv destul de verosimil din punct de vedere juridic încât să nu fie responsabilizat dacă ar fi autorul unor inconveniente anormale de vecinătate? Răspunsul la această întrebare nu este atât de evident pe cât pare, ci trebuie nuanțat, în funcție de circumstanțele faptice ale fiecărei spețe. Teoretic, locatarul, privit dintr-o perspectivă exterioară, dar nu superficială, se comportă, în virtutea dreptului de folosință conferit, mai mult sau mai puțin ca un proprietar. A-i nega acestuia dreptul de a sta în justiție, întemeindu-și acțiunea pe teoria inconvenientelor anormale de vecinătate, are semnificația impunerii acestei interdicții însuși proprietarului. Interpretarea noțiunii de „vecin” doar în favoarea proprietarilor ar avea efectul de a crea două regimuri de răspundere civilă distincte pentru același fapt generator, și anume inconvenientele anormale de vecinătate: pe de o parte, locatarul ar fi pus în situația ingrată din punct de vedere juridic și uneori imposibilă, de a dovedi culpa vecinului autor al inconvenientelor anormale de vecinătate, pe când proprietarul ar beneficia de avantajele conferite de regimul răspunderii obiective, nefiind nevoit să probeze culpa vecinului. În consecință, cel puțin din acest punct de vedere, se impune luarea în considerare a sensului larg al noțiunii de „vecin” pentru a evita limitarea dreptului de a sta în justiție pentru inconvenientele anormale de vecinătate suferite și a tuturor avantajelor implicite ce rezultă din aplicarea regulilor răspunderii obiective. În schimb, nu este deloc o problemă simplă aceea de a ști dacă proprietarul unui imobil răspunde de tulburările provocate de locatarii săi sau, dimpotrivă, răspund doar aceștia din urmă. În doctrină s-a apreciat că proprietarul ar trebui să răspundă atunci când prin folosința sa a cauzat respectivele tulburări anormale de vecinătate, chiar dacă la momentul producerii acestora imobilul respectiv constituia obiectul unui contract de locațiune, inconvenientul respectiv trebuind nu doar să fie legat de imobil, ci să fie imputabil proprietarului în această calitate. De asemenea, proprietarul va trebui considerat responsabil și atunci când, deși tulburările sunt provocate de către

locatari, el a neglijat să le împiedice sau chiar le-a favorizat³⁶. Exemplul conferit de către doctrină este acela al proprietarului care a închiriat un local pentru funcționarea unei discotecă, el fiind responsabil pentru daunele rezultate din zgomotele de o intensitate anormală percepute de către vecini. În aceste două situații proprietarul îi rămâne, desigur, posibilitatea exercitării unei acțiuni în regres împotriva locatarului, totală sau parțială. Proprietarul se va putea întoarce pentru a-și recupera doar o parte din prejudiciile pe care a fost obligat să le suporte, dacă fapta lui a concurat cu fapta locatarului, putându-se identifica, în acest caz, existența unei „greșeli” comune a proprietarului și locatarului. În schimb, proprietarul se va putea întoarce împotriva chiriașului pentru recuperarea integrală a daunelor suportate în situația în care prejudiciul a rezultat dintr-un abuz de folosință din partea acestuia ori s-au încălcat obligațiile stipulate în contractul de locațiune. *Per a contrario*, când inconvenientul nu este imputabil proprietarului, responsabilitatea va fi atribuită în totalitate locatarului. În situația în care mai mulți locatari sunt “coautorii” dezagrementelor anormale de vecinătate, se pune problema dacă regimul juridic al inconvenientelor anormale de vecinătate permite ca doar unul dintre aceștia să fie chemat pentru a repara prejudiciul, urmând ca acesta să se întoarcă ulterior împotriva celorlalți pentru a recupera o parte din daunele suportate, și nu în întregime, situația fiind similară cu cea în care există o „greșală” comună a proprietarului și a locatarului. În sfârșit, un proprietar va avea la dispoziție acțiunea privind inconvenientele anormale de vecinătate, chiar dacă nu locuiește pe fondul său, vecinilor săi revenindu-le obligația a nu face nimic de natură să îl prejudicieze, chiar dacă acesta nu exercită o prezență constantă la imobilul său. Tocmai pentru că obligația de reparare a prejudiciului se naște independent de culpă³⁷, în materia raporturilor de vecinătate s-a ajuns, prin intermediul exercițiului jurisprudențial, la aprecierea *in concreto* a responsabilității, circumstanțiată în funcție de particularitățile fiecărui raport perturbator-victimă; nu se alege un tip ideal de proprietar diligent care ar fi capabil să concilieze interesul său personal cu cel al vecinilor deoarece aprecierea *in abstracto* a unei situații faptice aduce cu sine consecințe nedorite, cum ar fi aceea de sancționare a unui proprietar doar pentru că nu corespunde modelului ideal de proprietar, deși desfășoară o activitate în limite normale și nu creează prejudicii vecinului. Astfel, urmând modelul jurisprudenței franceze, instanțele noastre vor trebui să țină cont de receptivitatea personală pentru a putea stabili dacă inconvenientul este anormal sau nu pentru proprietarul în cauză. Printre asemenea motive personale a căror luare în calcul este necesară, regăsim: profesia celui prejudiciat, starea sănătății sau condiția materială, acestea reprezentând puncte de reper în aprecierea limitelor normale ale exercitării dreptului de proprietate și implicit a existenței obligației de a repara prejudiciul. Simetric, trebuie să se țină seama și de elementele personale definitorii ale autorului inconvenientelor.

3. Anterioritatea în ocuparea fondurilor și existența unei autorizații: cauze justificative sau motive de răspundere?

În jurisprudență se întâmplă ca, uneori, judecătorul să fie confruntat cu alegarea, de către pârât, adică de către vecinul autor al inconvenientelor anormale, a unor așa-zise cauze justificative proprii materiei raporturilor de vecinătate. Decizia de a le admite sau nu semnifică, până la urmă, un proces de aplicare a unor criterii de apreciere a limitelor judiciare de exercitare a dreptului de proprietate. Adesea, perturbatorii invocă pre-ocuparea fondului. Această chestiune privește dimensiunea temporală a raporturilor de vecinătate. Criteriul anteriorității a suferit în timp aplicări nuanțate, într-o primă fază considerându-se că este neîntemeiată pretenția proprietarului unei locuințe de a fi despăgubit pentru prejudiciile create prin activitatea desfășurată de către vecin, dacă acesta o inițiasse anterior construcției imobilului. Ulterior, s-a respins de către instanțe apărarea pârâtului care, pentru a se exonera de răspundere, a opus reclamanților *pre-ocuparea sau anterioritatea în ocuparea fondului*. Stabilirea anterioară a pârâtului pe fondul respectiv nu îi conferă acestuia o „imunitate” particulară în circumstanțele date. În doctrină s-a arătat faptul că ar fi inadmisibil ca prin anterioritatea unei construcții sau instalații, proprietarul acestora să greveze fondurile vecine cu o veritabilă servitute, restrângând astfel folosința lor, apreciindu-se că prin acest procedeu se ajunge de fapt la o așa-zisă expropriere fără despăgubire³⁸. Însă această afirmație necesită anumite nuanțări, care se realizează în funcție de tipul de *pre-ocupare*. Astfel, în cazul în care avem de-a face cu un proprietar al unui teren situat lângă o uzină și acesta ridică o construcție pe acel teren, el va îndreptățit la daune-interese datorită impunerii forțate a unei sarcini juridice asemănătoare servituților, aceasta fiind de fapt situația descrisă de către doctrină, caz tipic de *pre-ocupare individuală*³⁹. Altele sunt criteriile de apreciere ale inconvenientelor anormale de vecinătate în cazul *pre-ocupării colective*. Dacă activitatea dăunătoare este una colectivă, posibilitatea unui proprietar sau chiriaș de a solicita de despăgubiri se reduce semnificativ; spre exemplu, proprietarul sau locatarul unui imobil aflat în apropierea unui parc industrial sau un imobil situat într-un cartier industrial, la momentul încheierii contractului de vânzare-cumpărare sau al contractului de locațiune, pe lângă dreptul de opțiune propriu acestora, a putut să întrevadă eventualele daune ce ar putea rezulta dintr-o astfel de proximitate, unde suma inconvenientelor este considerabilă, dar prejudiciul pe care îl cauzează fiecare industriaș, luat individual, nu depășește măsura obișnuită a obligațiilor de vecinătate. În consecință, a fost liber în a alege să cumpere sau să nu cumpere, să închirieze sau să nu închirieze un asemenea imobil, iar faptul că a avut cunoștință despre caracteristicile zonei respective are ca efect reducerea aproape la minim a posibilității de a solicita daune-interese sau atenuarea semnificativă a despăgubirilor pe care le reclamă, în situația în care instanța ar admite existența unor inconveniente anormale. Jurisprudența franceză a recunoscut influența *pre-ocupării colective*, considerând că aceasta este prima și principala unitate de măsură a toleranței vecinilor, ea oferind o idee clară asupra avantajelor și dezavantajelor ce îi așteaptă pe noii veniți⁴⁰.

Cealaltă cauză justificativă a cărei posibilitate de invocare trebuie analizată este existența unei autorizații privind desfășurarea unei anumite activități de către un proprietar. Emiterea unei autorizații sau a unui aviz nu are ca scop deghizarea beneficiarului sub o mantie protectoare, ferindu-l de o eventuală antrenare a răspunderii civile. Acesta poate fi, cel mult, pus la adăpost de răspunderea penală, administrativă sau contravențională, autorizația neavând ca scop înlăturarea tuturor inconvenientelor ce pot rezulta dintr-o activitate, ci doar a celor esențiale⁴¹. De cele mai multe ori existența unei astfel de autorizații impune în sarcina beneficiarului anumite obligații, mai ales referitoare la protecția mediului, care trebuie imperios respectate, astfel că prevalarea de autorizație nu ar putea să constituie un argument al pledoariei pârâtului.

III. Perspectiva noului Cod civil asupra inconvenientelor anormale de vecinătate

Configurarea legislativă a teoriei inconvenientelor anormale de vecinătate exprimă azi un rău necesar, ce trebuia realizată, însă cu o atenție deosebită, pentru a nu iniția un cerc vicios în ceea ce privește modalitatea de declanșare a mecanismului juridic al răspunderii pentru asemenea de dezagremente; altfel spus, pentru ca un proprietar să știe ce poate face cu lucrul asupra căruia are un asemenea drept, cel mai potrivit este să i se arate ceea ce nu îi este permis să facă⁴², care sunt limitele care îi îngrădesc exercițiul.

În încercarea de modernizare a dreptului privat român, noul Cod civil⁴³ dedică relațiilor de vecinătate două texte, fapt a cărei însemnătate este justificată de nevoia propriu-zisă a unei asemenea reglementări, reclamată de însăși evoluția firească atât a raportului dintre om și dreptul de proprietate al altuia, cât și a raportului dintre om și propriul său drept, dar și de necesitatea adoptării unui model legislativ contemporan societății careia îi aparținem. Ambele texte se află situate în Cartea a III a, despre bunuri, Titlul II referitor la proprietatea privată, mai precis la Capitolul III al acestuia, intitulat „*Limitele juridice ale dreptului de proprietate privată*”. O analiză corectă a dispozițiilor referitoare la relațiile de vecinătate din noul Cod civil presupune trecerea prin vizorul critic nu doar a dispozițiilor propriu-zise, dar și a surselor de documentare avute în vedere la elaborarea acestui act normativ, precum și a motivelor ce au determinat consacrarea legislativă a acestei materii.

Primul articol referitor la relațiile de vecinătate se găsește inclus în cadrul dispozițiilor comune ale secțiunii referitoare la limitele legale ale dreptului de proprietate. Conținutul art. 603⁴⁴ este identic cu cel al conținutului al. 7 al art. 44 din Constituție. Nu putem decât să presupunem faptul că tratarea la nivel constituțional a teoriei inconvenientelor de vecinătate s-a vrut a constitui un suport juridic suficient pentru o punere în aplicare relativ facilă a acesteia, însă nu a avut aptitudinea de a stabili un regim juridic complet aferent acestei instituții. Astfel, în noul Cod civil, la art. 603,

s-a încercat impunerea unui cadru legal general propriu dreptului privat, care să guverneze întreaga materie a raporturilor de vecinătate, prin stabilirea obligațiilor de a proteja mediul înconjurător și de a asigura buna vecinătate, pe când art. 630⁴⁵ găzduiește un cadru legal specific, statuându-se în mod expres posibilitatea angajării răspunderii în cazul producerii unor inconveniente anormale de vecinătate. Rămâne de văzut dacă instituirea în această materie a unui cadru legal dual servește într-adevăr scopului teoriei inconvenientelor de vecinătate, sau este doar un exces de reglementare, ce ar putea determina în fond nefuncționalitatea pe plan jurisprudențial a teoriei. Dacă primul text nu surprinde datorită faptului că era deja prezent în conștiința juridică de ceva vreme, cel de-al doilea text, și anume art. 630, prezintă, fără îndoială, implicații mult mai importante, fiind de fapt și unicul articol ce alcătuiește secțiunea referitoare la limitele judiciare ale dreptului de proprietate, referindu-se în acest sens la situația depășirii inconvenientelor normale de vecinătate.

Printre sursele legislative de inspirație ale noului Cod civil se enumeră, fără nicio surpriză, Codul civil din Québec și Codul civil francez. Codul civil francez, chiar dacă nu are actualmente un text dedicat teoriei inconvenientelor de vecinătate, cu toate că jurisprudența franceză este cea care a individualizat-o pentru prima dată față de teoria abuzului de drept, rămâne matricea care a stat atât la baza Codului civil român, cât și a Codului civil din Québec. Influența acestuia din urmă în reglementarea relațiilor de vecinătate în noul Cod civil autohton se impune prin modernitatea sa. Legiuitorul român a preluat însă doar ideea de a consacra legislativ această instituție, nu și modalitatea propriu-zisă de realizare, chestiune regretabilă din mai multe considerente. În primul rând, autorii Codului civil din Québec au preferat ca reglementarea inconvenientelor de vecinătate să troneze întregul capitol dedicat diverselor situații ce decurg din starea generală de vecinătate⁴⁶, fiind de altfel unica dispoziție generală din această materie. Textul codului canadian francfon reprezintă rezultatul cristalizării unei jurisprudențe vaste și rezonante în materie, putându-se observa că s-a dorit, și în același timp s-a și reușit, sincronizarea acestuia cu tendința actuală de codificare în dreptul privat, anume aceea de a fi elaborate Coduri civile care să nu fie exhaustive, care să nu mai reglementeze în amănunt, dându-se astfel posibilitatea judecătorilor de a pune mereu în discuție textul de lege⁴⁷, pentru a-l putea adapta situațiilor ivite odată cu graba trepidantă a cotidianului. Deși mecanismul descris este o caracteristică de *common law*, transpunerea sa într-un sistem continental, precum cel din Québec sau cel român nu este contrară principiilor unui asemenea sistem tocmai pentru că el nu înlătură fundamentul tradițional al unei hotărâri judecătorești aparținând acestuia, ci dimpotrivă, îl susține și îl întărește. Ideal ar fi fost ca și noul Cod civil român să realizeze un singur text de lege referitor la inconvenientele de vecinătate, înzestrat cu suficientă forță juridică de punere în aplicare, care să aibă valoare de principiu general în ceea ce privește întregul context al relațiilor de vecinătate, precum art. 976⁴⁸ din Codul civil din Québec. Legiuitorul român a reușit să transpună ideea mecanismului

prezentat mai sus doar în titlul secțiunii unde se regăsește plasat art. 630, și anume „*Limite judiciare*”, pentru că reglementarea în sine este una ce încearcă să fie exhaustivă, acesta nerealizând că într-o materie precum relațiile de vecinătate, veșnic dinamică și într-o continuă reinterpretare a *actorilor* și a *piesei* nu o iluzorie epuizare a situațiilor reprezintă soluția optimă, ci crearea unui cadru legal suficient de flexibil încât să poată răspunde oricăror situații, indiferent de momentul apariției lor, cu ajutorul celui care aplică legea, adică a judecătorului. Sintagma de „*limite judiciare*” ar trebui să se traducă prin posibilitatea judecătorului de a repune mereu în discuție subiectele și obiectul raporturilor de vecinătate, și nu neaparat puterea acestuia de a-i acorda victimei inconvenientelor, din considerente de echitate, despăgubiri, astfel cum se deduce din dispozițiile al. 1 al art. 630 din noul Cod civil. Din analiza textului amintit reiese că judecătorul va putea, „*din considerente de echitate*”, să îl oblige pe autorul inconvenientelor la „*despăgubiri în folosul celui vătămat, precum și la restabilirea situației anterioare atunci când acest lucru este posibil*”. Ori în dreptul nostru, considerentele de echitate nu pot ele însele să fundamenteze o hotărâre judecătorească. Într-adevăr, activitatea de aplicarea a legii trebuie să fie guvernată de simțul echității, însă deocamdată, în dreptul român, o judecată pur *ex aequo et bono*, care să ia în considerare doar normele morale, nu și pe cele juridice, nu este posibilă. Materia relațiilor de vecinătate este profund antagonică, supusă subiectivismului; o situație pe care o persoană o acceptă ca normală, o alta o va respinge, considerând-o anormală. Acest raționament permite judecătorului, confruntat cu spețe de acest gen, să apeleze la considerentele de echitate în ceea ce privește aprecierea caracterului normal sau anormal al inconvenientelor de vecinătate. Astfel ar fi trebuit legiuitorul român să privească ingerința principiului echității în raporturile de vecinătate. Desigur că în ceea ce privește acordarea de despăgubiri pentru prejudiciile morale echitatea este, până la urmă cea care cântărește cel mai greu în decizia judecătorului, chiar funcția reparatorie a răspunderii civile reclamând-o, cu atât mai mult cu cât avem de-a face cu o obligație de reparare în lipsa oricărei culpe, însă ea nu poate să constituie unicul motiv pentru a se acorda despăgubiri, pentru că în acest fel s-ar crea o nișă a arbitrariului, chestiune ce nu poate fi permisă. Ar fi de preferat ca legiuitorul să îndepărteze sintagma „*din considerente de echitate*” din cuprinsul al. 1 al art. 630 din noul Cod civil român.

O altă observație ce se poate face pe marginea al. 1 se referă la ordinea dispunerii remediilor în cazul inconvenientelor anormale de vecinătate, prevăzându-se ca principală soluție acordarea de despăgubiri, însoțită de restabilirea situației anterioare, atunci când acest lucru este posibil. Credem că se impune o regândire a ordinii de dispunere a remediilor procesuale din partea legiuitorului, având în vedere specificul răspunderii pentru inconvenientele de vecinătate. Așa cum am mai arătat, în această materie, înainte de toate, trebuie avută în vedere restabilirea situației anterioare, aceasta redând cel mai fidel principiul reparării integrale. În cazul producerii de inconveniente anormale de vecinătate, instanța va putea dispune, în

sarcina autorului lor, măsuri obligatorii, de natură a face să înceteze dauna, de pildă desființarea gardului care a luat vederea, desființarea unui atelier de tinichigerie împreună cu o rampă de reparații auto care provocau locului vecin din imediata apropiere zgomote, mirosuri și gaze poluante intolerabile, încetarea poluării fonice produse de un motor aflat în stare de funcționare, atunci când este posibil din punct de vedere tehnic, instalarea unui dispozitiv care să neutralizeze tulburarea toxică sau fonică, fără să se înceteze activitatea sau chiar demolarea construcției care incomodează. Un remediu complementar reparației în natură îl reprezintă acordarea de daune-interese. Bineînțeles că atunci când restabilirea situației anterioare nu mai este posibilă sau când în raport de necesitatea sau utilitatea desfășurării activității prejudiciabile daunele ar fi minore, daunele-interese vor fi dispuse ca unic remediu, însă regula care trebuie urmată în stabilirea ordinii remediilor procesuale este aceea că restabilirea situației anterioare are prioritate, și nu neaparat obținerea unei compensații a prejudiciului. Trăsătura pozitivă pe care o putem identifica la al. 1 de la art. 630 din nou Cod civil este aceea că s-a reținut în mod corect principiul ce trebuie să guverneze situațiile în care se nasc inconveniente de vecinătate, acela că vecinii au obligația de a suporta inconveniente normale de vecinătate, și nu dreptul de a le fi reparate daunele provocate de inconveniente anormale de vecinătate. Putem totuși sublinia faptul că pentru a putea realiza acel proces de reglementare legislativă non-exhaustiv de care aminteam, ar fi fost indicat ca acest principiu să fie enunțat de manieră directă, așa cum au procedat redactorii canadieni francofoni, și nu indirect, fiind mai eficient și cu o mai mare probabilitate de respectare a normei juridice dacă proprietarului i se indică concret ce anume are de suportat.

Al. 2 al art. 630 aduce în atenție situația în care deși a fost cauzat un prejudiciu, acesta minor fiind „în raport cu necesitatea sau utilitatea desfășurării activității prejudiciabile de către proprietar, instanța va putea încuviința desfășurarea acelei activități, cel prejudiciat având însă dreptul la despăgubiri”. Într-adevăr, o abordare modernă a remediilor juridice în cadrul raporturilor de vecinătate ia în considerare nu doar prejudiciul ocazionat victimei, ci și pierderile materiale suferite de vecinul perturbator în cazul în care s-ar dispune încetarea activității. Considerăm că dacă în raport de necesitatea sau utilitatea activității prejudiciabile desfășurate de către vecinul perturbator daunele sunt minore, instanța ar putea nu doar să apeleze la soluția oarecum categorică a încuviințării desfășurării acelei activități, ci ar putea la fel de bine să dispună reducerea actelor generatoare de prejudicii până la o anumită limită sau chiar desfășurarea acestora în alte intervale orare, dacă este posibil, luând astfel în considerare interesele în principal financiare ale ambelor părți. Desigur că atât în situația încuviințării activității prejudiciabile, cât și a soluției propuse de noi, aceea de reducere a aceste activități până la anumite limite vor trebui însoțite de acordarea de daune-interese, pentru a putea compensa situația ce trebuie suportată de către victima inconvenientelor⁴⁹. Deși textul de lege nu prevede la al. 2, ne putem pune întrebarea sub ce formă se vor dispune daunele-

interese: ca sumă forfetară sau ca o sumă periodică? Credem că răspunsul depinde în primul rând de durata desfășurării activității prejudiciabile, dar și de natura prejudiciului cauzat. Dacă durata pe care se intenționează desfășurarea activității este una redusă, atunci se va acorda o sumă forfetară; în schimb dacă perioada de desfășurare a activității este mai îndelungată, atunci se va dispune acordarea daunelor-interese sub forma unei rente periodice. Deși prin intermediul acestui text de lege se dorește în principal facilitarea desfășurării activității autorităților publice sau a comercianților ce desfășoară o activitate necesară sau utilă pentru publicul larg, nu trebuie să ignorăm și reversul acestei ipoteze, cazurile extreme în care există posibilitatea ca raportul dintre activitatea prejudiciabilă desfășurată și daunele ocazionate victimei să se inverseze pe parcurs, prejudiciile ajungând să fie infinite mai mari. Considerăm că pe parcursul întregii perioade de desfășurare a activității prejudiciabile, la intervale prestabilite, instanța ar avea obligația să verifice dacă acest raport rămâne constant sau nu. Al. 2 ar urma să fie aplicat de către judecători cu o deosebită atenție, pentru a nu favoriza desfășurarea de activități necesare sau utile, chiar dacă acestea beneficiază de autorizație de funcționare, în detrimentul suferirii de către victima inconvenientelor a unor prejudicii corporale, deoarece unor astfel de activități li se vor putea găsi întotdeauna alternative, pe când sănătatea umană nu.

Cea din urmă ipoteză a art. 630 se referă la situația în care vecinul, confruntat cu iminența sau probabilitatea producerii unui prejudiciu datorită activității desfășurate de către vecinul său, apelează la instanța de judecată pentru ca aceasta să încuviințeze, pe calea ordonanței președințiale, măsurile necesare pentru prevenirea pagubei. Deși reprezintă un lucru pozitiv, o asemenea reglementare nu era necesară deoarece dispozițiile art. 581-582 din Codul de procedură civilă dedicate instituției ordonanței președințiale pot să vizeze și situația imaginată de al. 3 al art. 630 din noul Cod civil⁵⁰. Dacă legiuitorul român ar fi respectat întru totul schema trasată de legiuitorul canadian francofon în privința inconvenientelor de vecinătate, nu ar mai fi enunțat și această normă, fiind suficient faptul că normele de procedură amintite au capacitatea de a se adapta cu fidelitate normelor materiale ale dreptului privat.

Chestiunea reglementării concrete a raporturilor de vecinătate și mai ales a obiectivizării răspunderii pentru inconvenientele anormale de vecinătate, semnalată de mult timp în doctrină⁵¹, a fost materializată prin intermediul noului Cod civil. Însă metoda prin care legiuitorul român a înțeles să realizeze acest deziderat este susceptibilă de critici. În condițiile în care se dorește o modernizare a sistemului dreptului privat autohton, se impune nu atât o transpunere mecanică a dispozițiilor unor coduri civile cu adevărat contemporane, cât o legiferare care să țină cont de ideatica dictată de tendințele actuale de codificare, care propun o actualizare, calmă, fără zguduiri, prin crearea de norme flexibile, permanent adaptabile.

IV. Considerații finale

În momentul de față, raporturile de vecinătate continuă să fie reglementate prin dispoziții legislative deloc numeroase, asimetrice și disperse. Însă reunirea tuturor prevederilor nu ar fi suficientă, deoarece ele reflectă în mare parte realitățile de la vremea redactării Codului Civil din 1865, impunându-se mai mult ca oricare o consființire a opiniilor doctrinare și a jurisprudenței în materie. O modalitate de reglementare, și poate de prevenție în cazul inconvenientelor anormale de vecinătate, ar fi aceea a elaborării, după modelul american sau după cel din Québec, a unor Coduri Regionale de Vecinătate. Practic, acestea ar trebui să încorporeze așa zisele bune practici în materia raporturilor de vecinătate, având în vedere mai ales obiceiurile locale, pentru că, până la urmă, comportamentul indivizilor este oglindirea mediului în care aceștia își desfășoară existența și activitatea. Responsabilizarea în temeiul Codurilor Regionale de Vecinătate ar trebui să se constituie într-o fază premergătoare și paralelă cu cea contencioasă, care nu ar îndepărta posibilitatea apelării la instanța de judecată. În acest fel s-ar evita supraîncărcarea instanțelor de judecată, iar această etapă ar presupune obligativitatea instituirii mecanismului medierii, care s-ar putea concretiza în sancționarea autorului inconvenientelor anormale de vecinătate la plata de daune-interese celui vătămat, însoțită de plata unei amenzi, dacă dezagrementele ar afecta în mod serios mediul înconjurător, quantumul acesteia putându-se constitui în contribuție la bugetul unei organizații non-guvernamentale care să aibă ca scop luarea de măsuri pentru conservarea mediului înconjurător și a calității vieții persoanelor, achiesându-se în acest fel și la direcția jurisprudențială instituită de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

Astăzi nu ne mai îndoim de autonomia pe care teoria inconvenientelor de vecinătate a câștigat-o față de teoria abuzului de drept și chiar față de responsabilitatea civilă de drept comun. Lipsa culpei a înlocuit prezența vinovăției; imputabilitatea a înlocuit responsabilitatea; sintagma de *comportament al vecinului* nu mai este subsumată conceptului de *act abuziv*; valoarea tuturor acestor semne ale evoluției teoriei ar fi știrbită dacă s-ar pierde din vedere faptul că vocație la calitatea de „victimă” și „perturbator” au acum nu doar proprietarii, ci și ceilalți titulari de drepturi reale, precum și orice persoană care, în virtutea unui drept real sau personal conferit de către însuși proprietarul, dispune de unul din atributele dreptului de proprietate. Raporturile de vecinătate se bucură de un regim juridic autonom, care permite reținerea responsabilității unui vecin nu numai în absența unei culpe, dar și atunci când condițiile responsabilității fără culpă nu sunt toate îndeplinite, fiind suficient să se constate caracterul grav și continuu al tulburării pentru ca autorul ei să fie obligat a o repara.

În urma examenului general al cadrului legal în care se desfășoară relațiile de vecinătate, se poate constata faptul că în cazul legislației de drept privat român rămâne încă loc de îmbunătățiri și evoluții, ce pot fi îndeplinite prin îmbrățișarea unor metode de reglementare funcționale deja aplicate în sistemele de drept moderne.

Bineînțeles că orice efort legislativ poate fi criticat și desființat dacă este raportat și comparat în mod rigid cu un model abstract de tehnică normativă; însă o analiză precaută ce are ca etalon o modalitate de reglementare ce a dat deja rezultate nu poate decât să se constituie într-o critică cel puțin constructivă. Alegerile pe care legiuitorul este chemat să le facă nu trebuie să se ghideze după un portret ideal al raporturilor de vecinătate, ci trebuie să ia în considerare, înainte de toate, antinomiile inerente societății contemporane, precum și faptul că, omul, înainte de toate, poate și trebuie să fie perfectibil.

* Jurist, absolventă a Facultății de Drept din cadrul UBB Cluj-Napoca; anca.ruen@gmail.com.

¹ I. Deleanu, *Drepturile subiective și abuzul de drept*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1988, p. 50.

² M. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. Cartea Românească S.A, București, 1921, p. 146.

³ D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil român*, vol. I, Ed. Socec&Co. (atelier grafice), 1926, p. 441.

⁴ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, vol. I, ediția a II a, Ed. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932, p.761.

⁵ Ibidem, p. 762.

⁶ Acest articol prevede că „*Drepturile civile...pot fi exercitate numai potrivit scopului lor economic și social.*”

⁷ „*Cetățenii români, cetățenii străini și apatrizii trebuie să-și exercite drepturile și libertățile constituționale cu bună-credință fără să încalce drepturile și libertățile celorlalți.*”

⁸ Noul Cod civil a fost adoptat prin legea nr. 287/2009, publicată în Monitorul Oficial nr. 511/24.07.2009 și poate fi consultat la următoarea adresă de internet: http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/5/leg_pl305_09.pdf

⁹ M. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 145.

¹⁰ H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, ediția a X a, Ed. Dalloz, Paris, 1994, p. 279.

¹¹ L. Josserand, *op. cit.*, p. 779.

¹² F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, ediția a V a, Dalloz, Paris, 1998, p. 224.

¹³ V. Stoica, *Limite judiciare stabilite în interes privat, în materie imobiliară, în cadrul raporturilor de vecinătate*, *Dreptul*, nr. 12/2003, p. 74.

¹⁴ L.-M. Crăciuneanu, *The responsibility of the landlord for the right abuse and the abnormal neighborhood inconvenients*, *Acta Universitatis Lucian Blaga*, Ediția supliment în limba engleză, nr. 1-2/2005, p. 78.

¹⁵ Pentru partizanii și adversarii teoriei abuzului de drept, a se vedea M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1972, p. 163, notele de subsol 107-110.

¹⁶ O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Drepturi reale*, ediția a III a, Ed. Rosetti, București, 2005, p. 127.

¹⁷ Ibidem, p. 127.

¹⁸ V. Stoica, *Drept civil. Drepturi reale*, vol. I, Ed. Humanitas, București, 2005, p. 283-284.

- ¹⁹ Acest principiu a fost enunțat din vremuri timpurii, încă din epoca lui Cicero, care, la fel ca și Solomon în *Învățăturile* sale, ilustra vecinătatea în exemplul fraternității negative. În *De Officiis*, I, 18 se regăsește consacrată binecunoscuta expresie „*Vecinul meu aproape de mine înseamnă mai mult decât fratele sau prietenul meu de departe.*”, care, interpretată în concordanță cu realitățile contemporane, semnifică impunerea în sarcina vecinilor a obligației de a nu își face rău unul altuia și de a se suporta reciproc.
- ²⁰ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens et les obligations*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1964, p.278.
- ²¹ O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Drepturi reale*, ediția a III a, Ed. Rosetti, București, 2005, p. 126.
- ²² L.-M. Crăciuneanu, *op. cit.*, p. 80.
- ²³ Al. Weill, F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, ediția a III a, Dalloz, Paris, 1985, p. 274.
- ²⁴ Categoria acestor elemente materiale este una relativ diversă și vastă. Cu titlu exemplificativ, se pot eticheta ca făcând parte dintr-o asemenea categorie: fumul, mirosurile pestilențiale, zgomotele, undele electrice, emanațiile de substanțe chimice, trepidațiile, praful excesiv.
- ²⁵ V. Stoica, *op. cit.*, p. 284. Autorul susține că temeiul în virtutea căruia s-ar naște o astfel de obligație ar fi acela al principiului echității, afirmând un punct de vedere interesant, expus anterior în prezenta lucrare: în absența unei dispoziții legale care să reglementeze o formă sau alta de răspundere civilă delictuală, limitele judiciare ale executării dreptului de proprietate privată sunt stabilite printr-o judecată în echitate, judecătorul operând o înțelegere laxă a principiului echității în materia raporturilor de vecinătate.
- ²⁶ J.-P. Vergauwe, *Les relations de voisinage*, Ed. Larcier – seria Perspectives Immobilières, Bruxelles, 2008, p. 170.
- ²⁷ J. Bergel-Hatchuel, *Le cout du bruit dans la copropriété et l'environnement: panorama jurisprudentiel*, <http://www.netpme.fr>, rubrica Gestion de l'entreprise, domeniul Immobilier. Autoarea remarcă faptul că instanțele franceze, confruntate cu acțiuni ce reclamă existența zgomotelor excesive din partea vecinului reclamantului, apelează, din ce în ce mai des, la experții în acustică, ce sunt însărcinați cu stabilirea caracterului normal sau anormal al zgomotului reclamat. Astfel, aceștia și-au câștigat, în doctrina franceză, denumirea de „*urechile judecătorului*”.
- ²⁸ În Franța, zgomotul este a doua cauză a consultațiilor medicale, după alcoolism. Într-adevăr, zgomotul poate cauza perturbări grave organismului. și în doctrina română s-a discutat pe marginea acestei chestiuni. Pentru mai multe detalii a se vedea O. Ungureanu, C. Munteanu, *Propunere de lege ferenda privind reglementarea inconvenientelor anormale de vecinătate*, Revista Română de Drept Privat, nr. 4/2007, p. 184, nota de subsol 10 apud D. S. Chertes, *Poluarea psihică a ființei umane*, Studia Universitatis Babeș-Bolyai, nr. 1/2005, p. 135-156.
- ²⁹ J. Bergel-Hatchuel, *loc. cit.* Autoarea, trecând în revistă o pleiadă de hotărâri judecătorești ale instanțelor franceze, care, confruntate cu situații similare de inconveniente anormale de vecinătate, au acordat, cu titlul de daune-interese, sume între care există o discrepanță șocantă, realizându-se astfel o practică neunitară, nu poate fi privată de dreptul de a lansa o întrebare esențială: care este cauza unei asemenea disparități? Întrebarea se naște în mod firesc deoarece în condițiile unor spețe similare, daunele-interese acordate au variat, de la o instanță la alta, de la modica sumă de 76€ (Curtea de Apel Grenoble, 11 martie 1998) la 200.000€ (Curtea de Casație Franceză, Camera Civilă a II a, 8 iulie 2004).
- ³⁰ Al. Weill, F. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, p. 227.

- ³¹ Curtea de Apel Suceava, s. civ., dec. nr. 541/1998 în C. Bîrsan, P. Perju, M.-M. Pivniceru, *Codul Civil Annotat. Vol. I: art 1-649*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 133.
- ³² J.-P. Vergawe, *op. cit.*, p. 195, nota de subsol 338 apud B. Le Court, *Lutter contre les troubles de voisinage*, Ed. Delmas, Paris, 2004, p. 75. Autorul oferă ca exemplu inconvenientul cauzat de proximitatea reclamantului față de locul instalării unui panou publicitar imens, care îi bloca priveliștea sau de locul instalării unei firme extrem de luminoase, inconvenient cauzat în ciuda respectării normelor în vigoare în domeniu și în ciuda existenței unei autorizații administrative de instalare.
- ³³ I. Albu, *Privire generală asupra raporturilor de vecinătate*, Revista Română de Drept, nr. 8/1984, p. 31.
- ³⁴ O. Ungureanu, *Reflecții privind abuzul de drept și inconvenientele anormale de vecinătate*, Acta Universitatis Lucian Blaga, nr. 1-2/2003, p. 43 apud J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens et les obligations*, Ed. Presses –universitaires de France, Paris, 1964, p. 275.
- ³⁵ J.-P. Vergauwe, *op. cit.*, p. 179, nota de subsol 290 apud L. Mauger-Vielpeau, *Note sur l'arrêt de la Cour de cassation française du 21 mai 1997*, La Semaine Juridique, 1998, p. 10057. Autorul a reținut responsabilitatea *in solidum* a unui francizor și a unui francizat în cazul inconvenientelor anormale suferite de către vecinii francizatului, responsabilitatea francizorului fiind reținută deoarece contractul de franciză presupune obligația francizorului de a-l asista și de a-l sfătui pe francizat în alegerea terenului potrivit exploatarea unei spălătorii auto. Sub acest titlu, francizorul are obligația particulară de a-l consilia pe francizat în ceea ce privește inconvenientele anormale de vecinătate pe care acesta le-ar putea ocaziona vecinilor de la locul situării exploatației.
- ³⁶ O. Ungureanu, C. Munteanu, *Propunere de lege ferenda...*, *op. cit.*, p. 191.
- ³⁷ V. Stoica, *Limite judiciare...*, *op. cit.*, p. 81.
- ³⁸ O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil...*, *op. cit.*, p. 130, nota de subsol 284.
- ³⁹ J.-P. Vergawe, *op. cit.*, p. 194, nota de subsol 337 apud B. Le Court, *Lutter contre les troubles de voisinage*, Ed. Delmas, Paris, 2004, p. 19. Autorul precizează că în Franța principiul anteriorității este admis în cazul instalațiilor profesionale, în acest sens art. 112-16 din Codul Construcției prevăzând o „scuză legitimă” ce operează în favoarea activităților agricole, industriale, artizanale sau comerciale, atunci când profesionistul s-a instalat înaintea vecinului.
- ⁴⁰ J.-P. Vergawe, *op. cit.*, p. 195.
- ⁴¹ O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil...*, *op. cit.*, p. 129.
- ⁴² C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 49 apud G. N. Luțescu, *Teoria generală a drepturilor reale*, București, 1947, p. 295.
- ⁴³ Noul Cod civil a fost publicat în Monitorul Oficial nr. 511/24.07.2009. Sub aspectul momentului intrării sale în vigoare, putem reține dispozițiile art. 2664 ale acestuia, care prevede următoarele:
Al. 1: „Prezentul Cod civil intră în vigoare la data care va fi stabilită în legea pentru punerea în aplicare a acestuia.”
Al. 2: „În termen de 12 luni de la data publicării prezentului Cod civil, Guvernul va supune Parlamentului spre adoptare proiectul de lege pentru punerea în aplicare a Codului civil.”
- ⁴⁴ Art. 603, referindu-se la regulile privind protecția mediului și buna vecinătate, dispune: „Dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecția mediului și asigurarea bunei vecinătăți, precum și la respectarea celorlalte sarcini care, potrivit legii sau obiceiului, revin proprietarului.”

⁴⁵ Al. 1: „Dacă proprietarul cauzează, prin exercitarea dreptului său, inconveniente mai mari decât cele normale în relațiile de vecinătate, instanța de judecată poate, din considerente de echitate, să îl oblige la despăgubiri în folosul celui vătămat, precum și la restabilirea situației anterioare atunci când acest lucru este posibil.”

Al. 2: „În cazul în care prejudiciul cauzat ar fi minor în raport cu necesitatea sau utilitatea desfășurării activității prejudiciabile de către proprietar, instanța va putea încuviința desfășurarea acelei activități. Cel prejudicat va avea însă dreptul la despăgubiri.”

Al. 3: „Dacă prejudiciul este iminent sau foarte probabil, instanța poate să încuviințeze, pe cale de ordonanță președințială, măsurile necesare pentru prevenirea pagubei.”

⁴⁶ În această categorie se includ nu doar situațiile în care un vecin cauzează celui alt dezgreme datorită activității pe care o desfășoară sau modului de viață, ci și situațiile ocazionate de încălcarea dreptului de vedere al vecinului, dreptului de trecere, de apele ce curg de pe un fond pe altul, de picătura streșinilor sau de existența arborilor la limitele fondurilor vecine.

⁴⁷ M.-D. Bocșan, *Code civil – colloque international „Codes et codification” (Québec, 19-21 septembre 2004)*, Studia Universitatis Babeș-Bolyai, seria Jurisprudentia, nr. 2/2004, p. 30.

⁴⁸ Acesta dispune că: „Vecinii trebuie să accepte inconveniente normale de vecinătate care nu depășesc limitele toleranței ce și-o datorează unul altuia, potrivit naturii sau situației fondurilor lor, ori potrivit obiceiurilor locale.”

⁴⁹ Am preferat această modalitate de exprimare a scopului daunelor-interese în ipoteza de față pentru a nu utiliza eterna variantă extrapolată a conceptului de „expropriere”, specific unui context juridic diferit. Totuși, al. 2 al art. 630 din noul Cod civil ne permite să imaginăm o situație în care o persoană ar suferi din cauza inconvenientelor provocate de vecinul său, o autoritate publică locală, iar instanța, în raport de necesitatea sau utilitatea activității prejudiciabile, ar încuviința desfășurarea acesteia, dispunând totodată acordarea de daune-interese victimei inconvenientelor ocazionate de către autoritatea publică locală.

⁵⁰ Al. 1 al art. 581 din Codul de procedură civilă prevede următoarele: „Instanța va putea să ordone măsuri vremelnice în cazuri grabnice, pentru păstrarea unui drept care s-ar păgubi prin întârziere, pentru prevenirea unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara, precum și pentru înlăturarea piedicilor ce s-ar ivi cu prilejul unei executări.”

⁵¹ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 169. În acest sens a se vedea și I. Albu, *op. cit.*, p. 32.

**EXISTĂ, ÎN SISTEMUL NOSTRU JURIDIC, DOUĂ UNIUNI
NAȚIONALE ALE BAROURILOR DIN ROMÂNIA¹ ?**

Adrian TAMBA*

Doris ȘERBAN**

Résumé. Est-ce qu'il existe en Roumanie deux unions nationales des barreaux des avocats ? Cette étude aborde des aspects épineux sur la profession d'avocat en Roumanie, des aspects qui ont provoqué et provoquent toujours des passions, surtout parmi les avocats. Les auteurs observent que dans notre système de droit il y a plusieurs entités des avocats qui portent le même nom, c'est-à-dire, faisant référence surtout à l'entité nationale des avocats, l'Union Nationale des Barreaux de Roumanie, la première intitulée traditionnelle, et une autre nommée Bota.

En essayant de clarifier la dispute entre les deux entités des avocats (et, parmi leurs éléments composants, c'est-à-dire les barreaux), cet étude présente l'histoire de l'UNBR traditionnelle et de l'UNBR Bota. Ensuite, une courte présentation de la « guerre » entre les deux UNBRs, exposant surtout les allégations des partisans d'UNBR traditionnelle, respectivement de l'UNBR Bota.

Ensuite, aux paragraphes no.10-13, sont présentés les arguments pour lesquels l'UNBR traditionnelle est vue comme la seule de notre système juridique, et l'UNBR Bota est considérée comme n'existant pas du point de vue juridique (ou, dans une exposition plus large, les éléments Bota sont considérés comme inexistant du point de vue juridique). De même, aux paragraphes no.14-16, on parle des infractions commises par les « avocats » Bota.

Certaines observations conclusives représentent le paragraphe final de l'étude intitulée « Est-ce qu'il y a, dans notre système juridique, deux Unions Nationales des Barreaux de Roumanie ? »

Mots-clefs : UNBR traditionnelle, personne juridique de droit public, UNBR Bota, barreaux, barreau constitutionnel roumain, décision de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur la recevabilité de la requête no.24057/03 présentée par Pompiliu Bota contre la Roumanie, l'infraction d'exercer sans droit la profession d'avocat, l'infraction de tromperie dans les conventions.

1. Observații liminarii. O problemă spinoasă (încă) îi macină mai ales pe cei care practică avocatura în România, problemă care, pare-se, a fost și mai este una de notorietate publică². Respectiva problemă, despre care aminteam în fraza precedentă, ar fi aceasta: manifestarea unor structuri întitulate UNBR (Bota) și barouri (Bota), entități care, după cum se observă, poartă exact aceeași denumire ca persoanele juridice – UNBR și barouri – tradiționale (așadar, pentru a realiza o cât se poate de necesară

deosebire, UNBR al cărei președinte este actualmente Gheorghe Florea o vom numi și noi UNBR tradițională, iar UNBR care îl are în frunte pe Pompiliu Bota o vom numi, la rândul nostru, UNBR Bota); finalmente, problema se rezumă la a ști dacă în sistemul nostru juridic există cu adevărat sau, dimpotrivă, nu există două UNBR.

În rândurile ce urmează vom poposi asupra problemei mai sus expuse, căznindu-ne să evidențiem, mai spre final, o soluție. Bineînțeles, dezlegarea aspectului arătat în rândurile ce preced nu se poate face cu ignorarea istoriei avocaturii în România; astfel, o scurtă incursiune istorică cu privire la avocatura din România se impune ca pas următor (*infra.* nr. 2-7).

2. Incursiune istorică privind avocatura în România. Luarea în considerare a „ambelor” Uniuni Naționale ale Barourilor din România. Rând pe rând ne vom referi la UNBR zisă tradițională, respectiv la UNBR Bota³.

În țara noastră avocatul este cunoscut din timpuri îndepărtate, el fiind pomenit în Legiunea Caragea și, de asemenea, în Codul Andronache Donici⁴; cu toate acestea, s-a remarcat că „*la începutul veacului trecut (...) corpul avocaților abia își preciza existența cu drepturi și îndatoriri, separându-se greu și pe încetul de instituția vechietului*”⁵; așadar, chiar dacă instituția avocatului era știută în țara noastră chiar din timpuri mai vechi, situația sa apărea ca fiind una firavă, fragilă, nu pe deplin conturată. Chiar așa stând lucrurile (anume cunoașterea instituției avocatului din vechi timpuri), în prezenta lucrare vom porni, în prezentarea istoriei avocaturii (prin ideea de „istorie a avocaturii” vizând aici, la acest alineat din cadrul paragrafului nr.2, UNBR tradițională, căci aceasta este cea mai veche, doar ea având rădăcini cu adevărat îndepărtate), de la Legea din 21 februarie 1923 pentru organizarea și unificarea corpului de avocați. Motivul pentru care înțelegem să procedăm ca atare este ușor de deslușit: după cum se desprinde din chiar titlul studiului nostru, ne propunem să ne ocupăm în lucrarea de față, întâi și întâi, de entitatea existentă la nivel național în materia avocaturii; or, pentru întâia dată, o structură națională a ordinului avocaților se realizează prin Legea din 21 februarie 1923 pentru organizarea și unificarea corpului de avocați⁶; așadar, precum tocmai spuneam, vom avea în vedere istoria avocaturii pornind de la Legea nr. 610 din 21 februarie 1923 (căci aceasta este cea dintâi care înființează o entitate națională în materia profesiei de avocat) și ne vom referi la actele normative ulterioare⁷ legii pomenite, aspect ce, evident, ne va permite a observa care a fost atitudinea legiuitorului⁸, de-a lungul vremii, față de organul național al avocaturii (organ național cunoscut începând cu Legea din 21 februarie 1923).

3. UNBR tradițională – istoric. Mai întâi perspectiva istorică va purta asupra Uniunii Naționale a Barourilor din România așa-zisă „tradițională”.

După cum bine s-a observat⁹, „*organizarea ordinală a profesiei liberale de avocat se realizează însă abia prin Legea din 6 decembrie 1864 pentru constituirea corpului de avocați*”. Așadar, actul normativ anterior pomenit prezintă o serioasă

importanță pentru cel care se pleacă asupra istoriei ordinului profesional al avocaților din România. De asemenea, semnificativă este și Legea din 12 martie 1907 pentru organizarea corpului de avocați, atunci când vine vorba despre ordinul profesional al avocaților.

Lucrarea de față, însă, precum subliniam anterior (*supra*. nr. 2), vizează mai ales structura națională a profesiei de avocat, așa încât ni se pare prea puțin de dorit a ține seama de legile din 1864 (pentru constituirea corpului de avocați) și din 1907 (pentru organizarea corpului de avocați); niciuna din aceste două legi tocmai pomenite nu poartă asupra unei structuri sau entități naționale¹⁰ în materie de avocatură.

4. Legea nr. 610 din 21 februarie 1923 pentru organizarea și unificarea corpului de avocați¹¹ este cea care, pentru prima dată, introduce o entitate la nivel național a ordinului profesional al avocaților¹². Alin.(1) al art.71 din legea anterior pomenită ne arată că „*se înființează în București un organ general al barourilor avocaților din România, care e persoană juridică, cu denumirea «Uniunea Avocaților din România»*”. Astfel, toate barourile din România devin membre sau elemente componente ale nou înființatei structuri naționale, Uniunea Avocaților din România¹³.

Următorul act normativ care se referă la entitatea națională în materie de avocatură reprezentată de Uniunea Avocaților din România este Legea pentru organizarea corpului de avocați din 28 decembrie 1931¹⁴ (această lege, de altfel, abrogă actul normativ anterior privind organizarea și unificarea corpului de avocați, anume Legea nr.610 din 21 februarie 1923¹⁵; într-adevăr, Legea din 28 decembrie 1931 este noul act normativ în materia organizării corpului de avocați, care înlocuia vechea Lege din 1923 ce privea domeniul avocaturii). Art. 125 alin. (1) din legea amintită în fraza precedentă (Legea din 28 decembrie 1931) sună astfel: „*Uniunea avocaților din România, înființată prin legea din 21 februarie 1923, ca organ general al barourilor avocaților din România, este și rămâne persoană juridică, având toate drepturile patrimoniale; sediul ei este în București*”.

Mergând mai departe, vom observa un alt act normativ ce prezintă relevanță în raport de ceea ce ne preocupă. Actul normativ despre care vorbeam anterior este Decretul-lege pentru numirea și funcționarea comisiunilor interimare la Uniunea avocaților și la Barourile avocaților din țară din data de 26 octombrie 1939¹⁶. Întâi de toate, s-ar părea că Decretul-lege din 1939 abrogă Legea din 28 decembrie 1931 (art. II din acest Decret-lege arată că „*dispozițiunile din legea nr. 222 din 28 decembrie 1931 pentru organizarea corpului de avocați, cu toate modificările ulterioare ce i s-au dus, precum și orice alte dispozițiuni din legi și regulamente contrare prezentului decret, sunt și rămân abrogate*”). Profesorul Corneliu-Liviu Popescu este de părere că Decretul-lege din 1939 abrogă Legea din 1931¹⁷. Totuși, alți autori opinează că Legea pentru organizarea corpului de avocați din 28 decembrie 1931 este abrogată de Decretul-lege pentru organizarea Corpului de avocați din România din data de 5 septembrie 1940¹⁸ (de acest act normativ, Decretul-lege din 5 septembrie 1940, ne vom ocupa mai jos). În ceea ce ne privește, tindem să credem că Decretul-lege

din 1940 este cel care abrogă Legea din 1931, întrucât Decretul-lege din 1940 viza toate aspectele reglementate de Legea din 1931. Legea din 1931 și Decretul-lege din 1939 coexistau, cea dintâi fiind o lege generală care viza, spre exemplu, condițiile pentru a accede în profesia de avocat, drepturile și obligațiile avocaților, acțiunea disciplinară, iar cel de al doilea era o lege specială ce viza doar organele de conducere ale Uniunii avocaților și barourilor¹⁹ [art. I alin. (1)-(6) din Decretul-lege din 1939]. În momentul în care a fost adoptat Decretul-lege din 1940, care viza toate aspectele întâlnite în Legea din 1931 (de pildă, condițiile de primire în avocatură, drepturile și îndatoririle avocaților, acțiunea disciplinară), Decret-lege din 1940 ce la rândul său era un act normativ general, Legea din 1931 a fost abrogată, două legi generale ce au un domeniu de reglementare absolut identic (în ipoteza discutată, prin ideea de “domeniu de reglementare absolut identic” ne referim la, vizăm organizarea corpului de avocați, dar mai exact, condițiile de primire în avocatură, drepturile și îndatoririle avocaților, acțiunea disciplinară, asistența judiciară, taxe și cotizații etc.) neputând coexista. Totodată, Decretul-lege din 1940 abroga și Decretul-lege din 1939, întrucât cel dintâi viza și domeniul celui de al doilea, anume organele de conducere ale entității naționale în materie de avocatură și ale barourilor (art. 7-92 din Decretul-lege din 1940). La urma urmelor, Decretul-lege din 1940 era o lege generală care, având exact același domeniu de reglementare ca Legea din 1931 (spre exemplu, condițiile de primire în avocatură, drepturile și îndatoririle avocaților, acțiunea disciplinară) și ca Decretul-lege din 1939, anume organele de conducere ale entității naționale în materie de avocatură și ale barourilor (Lege din 1931 și Decret-lege din 1939 care coexistau, Legea din 1931 fiind legea generală în raport de Decretul-lege din 1939, care, astfel, era act normativ special față de Legea din 1931, Decretul-lege din 1939 vizând un domeniu ce scăpa Legii din 1931)²⁰, le-a înlăturat (art. 291, art. 292 și art. 300 din Decretul-lege din anul 1940, cele trei texte trebuind văzute, într-adevăr, laolaltă pentru a înțelege exact cum anume sunt înlăturate Legea din 1931 și Decretul-lege din 1939 de către Decretul-lege din 1940).

În sfârșit, vom mai arăta aici că Decretul-lege din 1939 nu suprimă entitatea națională în materie de avocatură, ci înlătură doar organele Uniunii Avocaților din România [art. I alin. (1) și (2) din Decretul-lege din 1939], aceste organe fiind, mai pe larg vorbind, dizolvate și înlocuite cu niște „comisiuni interimare”. Că, într-adevăr, Decretul-lege din 1939 nu înlătură entitatea națională în materie de avocatură, se desprinde din alin. (3) al art. I, în care se spune că „(...) ministrul justiției va numi, prin decizie, comisiuni interimare alcătuite pentru Uniunea avocaților dintr’un președinte și 14 membri (...)”; astfel, Uniunea Avocaților își vede înlocuite organele alese cu așa-numitele comisiuni interimare (care erau organe numite²¹), însă ea, entitatea națională în materia avocaturii, dăinuia în continuare (la fel, prin Decretul-lege din 1939, barourilor le sunt supimate organele, fiind înlocuite tot de așa-zise comisiuni interimare alcătuite „dintr’un decan și din 4 până la 16 membri”, însă barourile, în contextul respectivului Decret-lege din 1939, nu-și văd atinsă existența, ele fiind pe mai departe).

În continuare va trebui să avem în fața ochilor un alt act normativ ce prezintă un serios interes, anume Decretul-lege pentru organizarea Corpului de avocați din România din data de 5 septembrie 1940²². Art. 5 al Decretului-lege din 1940 dispune că „*Uniunea Barourilor din România este alcătuită din toate barourile din țară și are sediul în Capitala țării*”; art.6 ne arată că „*Uniunea Barourilor din România și barourile sunt persoane juridice de drept public*”. De notat că, potrivit actului normativ la care ne referim, entitatea națională în materie de avocatură nu mai poartă denumirea de „*Uniunea Avocaților din România*” (așa cum se întâmpla în contextul Legii din 1923, al Legii din 1931 și al Decretului-lege din 1939), ci este denumită „*Uniunea Barourilor din România*” [fiind o persoană juridică de drept public²³, așa cum, de astă dată, expres se prevede în art.6 al Decretului-lege din 1940; mai mult, art.71 alin.(1) din Decretul-lege din 1940, care stipulează că „*Uniunea Barourilor din România, înființată prin legea din 21 februarie 1923, sub numele de Uniunea Avocaților, este și rămâne persoană juridică de drept public*”, pare a sugera că încă de la înființarea sa în anul 1923, entitatea națională în materie de avocatură era o persoană juridică de drept public și a rămas astfel în continuare; cu adevărat, ținând seama de cum era formulat alin.(1) al art.71 din Decretul-lege din 1940, tentația ar fi să socotim că legiuitorul a indicat expres o idee ce până în 1940 era de la sine înțeleasă pentru el, pentru legiuitor: entitatea națională a avocaturii, încă de la înființarea sa în anul 1923, a fost o persoană juridică de drept public și a continuat a fi astfel pe mai departe].

Urmează să ne referim în rândurile de mai jos la Legea nr.3 din 17 ianuarie 1948 pentru desființarea Barourilor și înființarea Colegiilor de Avocați din România²⁴. Art.1 din Legea nr.3/1948 dispune că „*barourile avocaților și Uniunea Barourilor avocaților din România se desființează pe data publicării prezentei legi*”. Mai departe, art.2 alin.(1) din același act normativ arată că „*în locul Barourilor se înființează Colegii de avocați pe județe cu sediul în capitala județului, iar în locul Uniunii Barourilor, Uniunea Colegiilor de avocați din România, cu drepturile și obligațiile prevăzute în legea nr. 509 din 5 Septembrie 1940 (fiind vorba despre Decretul-lege din 5 septembrie 1940 – nota ns.), pentru organizarea Corpului de avocați din România (...)*”. Referindu-ne, în contextul Legii nr.3/1948, la entitatea națională a avocaturii se poate spune că nu avem de a face cu o suprimare pură și simplă, căci în locul Uniunii Barourilor se înființează de către legea discutată Uniunea Colegiilor de avocați din România [această Uniune a Colegiilor de Avocați din România este o structură națională a avocaturii și, precum se arată în alin.(2) al art.2 din chiar Legea nr.3/1948, este persoană juridică de drept public].

Avansând, vom supune unei scurte analize Decretul nr.39 din 13 februarie 1950 privitor la profesiunea de avocat²⁵. Decretul nr.39/1950 desființează structura națională în materie de avocatură, anume Uniunea Colegiilor de avocați din România (art.65 din acest Decret nr.39/1950). Așadar, sub imperiul Decretului nr.39/1950 nu mai ființa vreo entitate națională a profesiei de avocat.

Cu toate acestea, perioada în care a lipsit o entitate națională a avocaturii a fost una cât se poate de scurtă. Decretul nr.281 din 21 iulie 1954 pentru organizarea și exercitarea avocaturii în Republica Populară Română²⁶ renaște structura națională a avocaturii, art.19 prevăzând că „*pentru organizarea, conducerea și îndrumarea activității avocațiale din R.P.R., se înființează Consiliul Central al Colegiilor de Avocați din R.P.R.; el este persoană juridică și are sediul în orașul București*” (art.19 din Decretul nr.281/1954 trebuie văzut în lumina art.5 din Decretul nr.281/1954, art.19 trebuie văzut alături de art.5, art.19 trebuie văzut laolaltă cu art.5; art.5 din Decretul nr.281/1954 reliefează că Colegiile de avocați erau organizații obștești cu personalitate juridică, adică persoane juridice de drept public și noi credem că la fel era și Consiliul Central al Colegiilor de avocați; într-adevăr, apare de nesușinut ca entitățile teritoriale ale avocaturii, acele Colegii de avocați, să fi fost persoane juridice de drept public, iar entitatea națională a avocaturii să nu fi fost astfel; așadar, cu adevărat, având în vedere cele arătate anterior în această paranteză, vom spune răspicat: Consiliul Central al Colegiilor de Avocați din R.P.R. era persoană morală de drept public); alin.(1) al art.22 din Decretul nr.281/1954 arată că Prezidiul Consiliului Central al Colegiilor de Avocați din R.P.R. este organul operativ al Consiliului Central al Colegiilor de Avocați din R.P.R. Astfel, Decretul nr.281/1954²⁷ înființează după 4 ani o entitate națională în materie de avocatură (Consiliul Central al Colegiilor de Avocați din R.P.R.), entitate națională cu personalitate juridică ce avea drept organ operativ așa-numitul Prezidiu al Consiliului Central al Colegiilor de Avocați din R.P.R.

La începutul anului 1990, pe scena juridică apare un nou act normativ privitor la avocatură, anume Decretul-lege nr.90 din 28 februarie 1990 privind unele măsuri pentru organizarea și exercitarea avocaturii în România²⁸. Art.3 alin.(2) din Decretul-lege nr.90/1990 ne spune următoarele: “*Uniunea avocaților din România este formată din toți avocații înscriși în barouri și are sediul în București*”. Potrivit alin.(5) al art.3, Uniunea Avocaților din România are personalitate juridică. Referitor la acest Decret-lege din 1990, profesorul Corneliu-Liviu Popescu observă pe bună dreptate că, pentru prima dată, structura națională a avocaturii nu mai este compusă din barouri, ci din chiar avocați²⁹. Ar mai fi de zis aici că legiuitorul, referindu-ne la entitatea națională în materie de avocatură, revine la denumirea din perioada interbelică, anume “Uniunea avocaților din România”.

În sfârșit, prezentarea istoriei UNBR tradiționale se va încheia prin referirea la actul normativ în vigoare, anume Legea nr.51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat³⁰. Din capul locului vom arăta că Legea nr.51/1995³¹ a fost modificată și completată prin Legea nr.231/2000³², respectiva Lege nr.51/1995 fiind republicată (așa cum prevedea art.V din Legea nr.231/2000) și, astfel, dându-se textelor Legii nr.51/1995 o altă numerotare. Art.52 alin.(1) [devenit, după republicarea Legii nr.51/1995, art.57 alin.(1)] din Legea nr.51/1995 prevedea: “*Uniunea Avocaților din România este formată din toți avocații înscriși în barouri și are sediul în municipiul București*”.

Conform alin.(2) al art.52 [după republicarea Legii nr.51/1995, devenit art.57 alin.(2)], Uniunea Avocaților din România avea personalitate juridică. Putem menționa aici că, la început și o bună perioadă de timp după aceea, Legea nr.51/1995 vedea entitatea națională în materie de avocatură (Uniunea Avocaților din România) ca fiind compusă din avocați, iar nu din barouri. Urmează însă un alt act normativ ce modifică Legea nr.51/1995, suficient de important pentru a-l pomeni aici, anume Legea nr.255/2004³³. Urmare a modificărilor aduse prin Legea nr.255/2004, art.57 alin.(1) din Legea nr.51/1995 dispune că “*Uniunea Națională a Barourilor din România - U.N.B.R. este formată din toate barourile din România și are sediul în capitala țării, municipiul București*”; alin.(2) al art.57 din aceeași Lege nr.51/1995 se citește astfel: “*U.N.B.R. este persoană juridică de interes public (...)*”. În fine, art.83 din Legea nr.51/1995 (așa cum acest art.83 a fost modificat de Legea nr.255/2004) prevede următoarele: “*(...) denumirea Uniunea Avocaților din România se înlocuiește cu denumirea Uniunea Națională a Barourilor din România, în toate actele normative*”.

În prezent, așadar, entitatea națională a avocaturii poartă denumirea de UNBR, este persoană juridică de interes public (ba am putea chiar spune pur și simplu că UNBR este persoană juridică de drept public, dacă vedem Legea nr.51/1995 în lumina mai ales a unei decizii a Curții Europene a Drepturilor Omului, decizie la care ne vom referi mai încolo; desigur, acceptând, așa cum apare a fi exact –a se vedea, *infra*. nr.5 și nr.10-, că în cazul UNBR există continuitate, că UNBR este continuatoarea entității naționale de odinioară, de altădată a avocaturii, că este, oarecum, chiar entitatea națională de odinioară a avocaturii, putem spune că, în înțelesul Legii nr.51/1995, UNBR –tradițională- este persoană juridică de drept public, nemaifiind, poate, necesar să avem în vedere decizia Curții Europene de la Strasbourg la care ne referem în partea de început a prezentei paranteze) și este alcătuită din barouri (iar nu din avocați).

5. Cu referire la entitatea națională tradițională în materie de avocatură, cu referire la UNBR tradițională (a cărei istorie am expus-o *supra*. nr.4) ar trebui să ținem seama de o foarte seducătoare viziune doctrinară. Astfel, profesorul Corneliu-Liviu Popescu³⁴ vorbește despre continuitate³⁵. Ni se spune că structura centrală a fost înființată în anul 1923 și a existat până în anul 1950 (aceasta fiind o primă perioadă). Reînființarea a avut loc în anul 1954 și entitatea națională a avocaturii există până în prezent (ne aflăm în prezența celei de a doua perioade). În cele două perioade au existat transformări ale persoanei juridice reprezentate de entitatea națională a avocaturii. Transformarea persoanei juridice³⁶, în cazul nostru, a entității naționale a avocaturii, este o operațiune juridică având caracter complex, realizată prin una și aceeași lege (sau act normativ cu aceeași forță juridică), vechea persoană juridică încetându-și existența concomitent cu înființarea, în locul ei, a unei persoane morale noi, care persoană morală nouă este succesoarea universală,

continuatoarea celei vechi. S-ar părea (ori, cel puțin, astfel ni se pare nouă că pot fi înțelese vorbele autorului Corneliu-Liviu Popescu) că această trăsătură, continuitatea, privește entitatea națională a avocaturii de la înființarea sa (afară de perioada cuprinsă între 1950 și 1954, când, pentru structura națională a avocaturii, lipsește continuitatea juridică)³⁷.

Un atare punct de vedere al profesorului Corneliu-Liviu Popescu (punct de vedere tocmai prezentat) nu ni se pare de lepădat (așadar, UNBR tradițională ar fi continuatoarea entității naționale de altădată, de odinioară a avocaturii, ar fi, oarecum, chiar entitatea națională de odinioară a avocaturii). Oricum ar fi, am arătat dintru începutul acestui studiu (*supra*. nr.1) că problema ce se pune este aceea de a ști dacă în sistemul nostru juridic avem de a face cu două UNBR. Chiar presupunând că orice persoană ce vede o continuitate a structurii naționale a avocaturii se înșeală pe marginea respectivei continuități a entității naționale tradiționale în materie de avocatură (ceea ce nu este cazul, însă presupunem, mai degrabă, de dragul discuției), chiar presupunând că UNBR tradițională nu poate fi moștenitoarea sau succesoarea, continuatoarea entității naționale de odinioară a avocaturii³⁸, vom vedea că, totuși, UNBR zisă tradițională este, în realitate, singura din sistemul nostru juridic.

Până una alta, însă, vom prezenta în cele ce urmează istoria UNBR Bota.

6. O scurtă zăbavă asupra istoriei UNBR Bota. Istoria UNBR Bota începe cu “Baroul constituțional român”, așa încât, întâi, pe acest așa-zis barou constituțional român îl vom avea în vedere. În expunerea aspectului reprezentat de baroul constituțional român ne vom raporta îndeobște la studiul profesorului Corneliu-Liviu Popescu (studiu cu titlul „*Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*”) și la o decizie a Curții Europene a Drepturilor Omului de la Strasbourg, mai exact la decizia cu privire la admisibilitatea cererii nr.24057/03 prezentată de Pompiliu Bota contra României³⁹, însă, cu adevărat, ne vom raporta mai ales la decizia instanței europene (vom avea în fața ochilor partea intitulată “*En fait*” a respectivei decizii).

Plecând de la inițiativa lui Pompiliu Bota, au fost înființate trei entități cu personalitate juridică, ce aveau în obiectul de activitate, printre altele, înființarea de barouri. Aceste entități erau asociația de binefacere “Bonis Potra” Deva, asociația “Figaro Potra” Alba Iulia și filiala Bălești Gorj a asociației “Figaro Potra”. Dintre aceste trei asociații, s-ar părea că doar “Bonis Potra” a înființat efectiv baroul constituțional, celelalte două (“Figaro Potra” și filiala Bălești Gorj a asociației “Figaro Potra”) necreând asemenea barouri constituționale. Din acest motiv, ne vom referi aici doar la asociația “Bonis Potra” Deva, în privința celorlalte două mulțumindu-ne să facem trimiterile de rigoare⁴⁰. Așa cum tocmai am spus, deși toate trei asociațiile anterior indicate aveau în obiectul de activitate, printre altele, înființarea de barouri, se pare că doar asociația “Bonis Potra” Deva a înființat un atare barou (botezat “baroul constituțional român”), celelalte două asociații neînființând

asemenea barouri⁴¹. Iată, așadar, cum se prezintă lucrurile pe marginea asociației „Bonis Potra” și a baroului constituțional înființat de ea (la urma urmelor, cele două elemente, asociația „Bonis Potra” și baroul constituțional de ea înființat, trebuind văzute împreună, chiar dacă, așa cum pare a rezulta din cele arătate la începutul acestui paragraf, ne dorim să vizăm baroul constituțional – element de start a UNBR Bota⁴²) ! După cum ziceam, expunând aspectul reprezentat de baroul constituțional, ne apare de dorit a ține seama mai ales de decizia mai sus indicată (la începutul acestui paragraf) a Curții Europene de la Strasbourg [la chiar începutul părții întitulate „*En fait*”, Curtea de la Strasbourg arată următoarele: „*les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par le requérant* (adică, de Pompiliu Bota – nota ns.), *peuvent se résumer comme suit*”; așa fiind, ni se pare că raportându-ne la acea parte zisă „*En fait*” a deciziei Instanței Europene, parte întocmită de instanța europeană pe baza celor expuse de Pompiliu Bota în „fața” sa –adică, în „fața” Curții Europene de la Strasbourg-, vom putea reda cât mai fidel aspectul ce este baroul constituțional].

Printr-un act constitutiv din 29 iulie 2002, Pompiliu Bota și două alte persoane au decis să pună în comun o sumă echivalentă cu o sută de euro pentru a crea, în virtutea Ordonanței Guvernului nr.26/2000⁴³, o asociație de caritate, denumită „Bonis Potra”, având printre obiectele statutare, pe lângă ajutorarea orfanilor, copiilor în dificultate, sprijinirea spitalelor, și crearea de unități economice, de studiouri de înregistrare, de jurnale, de lanțuri de radio și televiziune, de barouri, de saune și de saloane de cosmetică și de masaj. Pompiliu Bota a fost desemnat președinte și reprezentant al asociației, urmând să efectueze demersurile pentru ca aceasta să obțină personalitate juridică. Asociația „Bonis Potra” dobândește personalitate juridică printr-o hotărâre din 5 august 2002 a judecătoriei Deva („*tribunal de première instance de Deva*”, ca să folosim cuvintele instanței europene). Prima decizie a asociației „Bonis Potra”, din data de 10 septembrie 2002, privea crearea „Baroului constituțional român”⁴⁴. La 4 octombrie 2002, baroul Hunedoara (adică, baroul tradițional Hunedoara), „membru” al Uniunii Avocaților (așa cum se numea, *illo tempore*, entitatea națională a avocaturii), solicită judecătoriei Deva dizolvarea asociației „Bonis Potra” și radierea sa din registrul asociațiilor, pe motiv că respectiva asociație avea ca obiect crearea de barouri și a desfășurat efectiv o activitate constând în crearea de barou. Baroul tradițional Hunedoara a mai indicat că rezulta din activitatea asociației „Bonis Potra” că singurul său scop a fost exercitarea profesiei de avocat (mai exact, exercitarea profesiei de avocat de către anumite persoane fizice), ceea ce constituia o activitate ilicită și contrară ordinii publice instituită prin Legea nr.51/1995. Printr-o hotărâre din 3 februarie 2003, judecătoria Deva a ordonat dizolvarea asociației „Bonis Potra” pe motiv că obiectul său statutar era ilicit și contrar ordinii publice instituită prin Legea nr.51/1995 (instanța, judecătoria Deva, a observat că Pompiliu Bota, prevalându-se de calitatea de membru al „baroului constituțional”, a încheiat cu diverse persoane contracte de asistență

juridică, în virtutea căroro și-a arogat dreptul de a reprezenta acele persoane în fața instanțelor, în calitate de avocat; or, condițiile de exercitare a avocaturii erau expres indicate în Legea nr.51/1995, lege potrivit căreia profesia de avocat nu poate fi desfășurată decât de membrii baroului, reuniți în Uniunea Avocaților din România).

Asociația „Bonis Potra” a făcut apel împotriva hotărârii pronunțate în primă instanță. La data de 13 mai 2003, tribunalul Hunedoara („*le tribunal départemental de Hunedoara*”, așa cum îi zice Curtea Europeană de la Strasbourg) recalifică drept recurs calea de atac a asociației „Bonis Potra”. În 25 noiembrie 2003, tribunalul Hunedoara confirmă hotărârea primei instanțe (hotărâre a primei instanțe, judecătoria Deva, prin care asociația „Bonis Potra” este dizolvată). De asemenea, tribunalul Hunedoara a subliniat că prin statutul său și prin activitatea sa, asociația „Bonis Potra” s-a plasat în afara cadrului legal de exercitare a profesiei de avocat. Cu alte cuvinte, ni se pare că instanța de recurs evidențiază faptul că asociația „Bonis Potra”, iar, la urma urmelor, baroul constituțional român erau în afara Legii nr.51/1995. Așadar, baroul constituțional român nu se situa în „corpul” Legii nr.51/1995, ci în afara acestei legi.

Lucrurile, însă, nu s-au încheiat aici. Am văzut mai sus că asociația „Bonis Potra” a dobândit personalitate juridică printr-o hotărâre a judecătoriei Deva din 5 august 2002. Împotriva acestei hotărâri din 5 august 2002, procurorul general al Parchetului de pe lângă instanța supremă a găsit de cuviință să declare un recurs în anulare, recurs în anulare judecat de Înalta Curte de Casație și Justiție⁴⁵. Înalta Curte a admis recursul în anulare împotriva hotărârii din 5 august 2002 a Judecătoriei Deva și, astfel, cererea de înregistrare a asociației „Bonis Potra” a fost înlăturată pe fond.

Așadar, în prezent, nu mai avem de a face cu baroul constituțional român care trebuie considerat ca dispărut în chiar momentul în care a dispărut și asociația „Bonis Potra”, în chiar momentul considerării ca inexistente a asociației „Bonis Potra” (creatoarea sa); cu adevărat, baroul constituțional român s-a aneantizat în chiar momentul aneantizării asociației „Bonis Potra” (creatoarea sa). Oricum ar sta lucrurile, rămâne ideea că baroul constituțional român s-a manifestat, cel puțin în fapt, rămâne ideea că pentru a înțelege în mod precis lucrurile cu privire la UNBR Bota, se impune a avea în vedere baroul constituțional. După cum ziceam, însă, în ziua de azi, baroul constituțional este în neființă (mai adăugăm, chiar și cu riscul de a ne repeta, că atunci când s-a manifestat, chiar dacă, eventual, manifestarea a avut loc numai în fapt, baroul constituțional, într-adevăr, se situa în afara Legii nr.51/1995; mai mult, baroul constituțional, chiar presupunând că putea fi înființat, se situa în afara Legii nr.51/1995; în definitiv, vom zice: oricum ar fi fost situația baroului constituțional, acesta, adică baroul constituțional român, se situa în afara Legii nr.51/1995).

7. Ne plecăm, în continuare, asupra UNBR Bota, entitatea națională a avocaturii paralele. UNBR Bota este elementul care se manifestă actualmente, în prezent, în ziua de azi. Profesorul Corneliu-Liviu Popescu rostește următoarele

cuvinte: „în luna iunie 2004, membrii filialei Bălești Gorj a asociației «Bonis Potra» (în realitate, este vorba despre filiala Bălești Gorj a asociației «Figaro Potra», așa cum, de altfel, arată chiar profesorul Corneliu-Liviu Popescu în aceeași lucrare, anume „Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților”, la p.105 paragraful nr.136 și la p.110, paragraful nr.146; atunci când se vorbește de către autorul la care ne referim aici despre filiala Bălești Gorj a asociației «Bonis Potra», ne aflăm în fața unei simple scăpări de condei – nota ns.) hotărâsc înființarea a 42 de «barouri» și a «Uniunii Avocaților din România/Uniunii Naționale a Barourilor din România», toate cu personalitate juridică”⁴⁶. De asemenea, profesorul Corneliu-Liviu Popescu se mai referă la „(...) aceste entități create de membrii Filialei Bălești Gorj a asociației «Bonis Potra» (așa cum arătam adineaori, în realitate, este vorba despre filiala Bălești Gorj a asociației «Figaro Potra» – nota ns.), întitulate «barouri» și «Uniunea Avocaților din România/Uniunea Națională a Barourilor din România»”⁴⁷. Din cuvintele autorului citat anterior, anume că UAR/UNBR Bota a fost înființată de membrii filialei Bălești Gorj a asociației „Figaro Potra”, reiese că această UAR/UNBR Bota a fost înființată de persoane fizice. Totuși, doctrinarul despre care discutăm mai arată în chiar ultima frază de la paragraful nr.149 (pagina 112) din lucrarea „Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților” că „(...) toate aceste entități (adică, barourile și UAR/UNBR Bota – nota ns.), fiind create de o filială a unei asociații care nu mai există (...)”, afirmație din care se desprinde că, de fapt, UAR/UNBR Bota (și barourile Bota) au fost create de o persoană juridică (în chiar ultima frază de la paragraful nr.149, pagina 112, profesorul Corneliu-Liviu Popescu argumentează că UAR Bota/UNBR Bota și barourile Bota nu există; cu adevărat, oricum ar fi, ideea rămâne: prin chiar ultima frază de la paragraful nr.149, pagina 112, profesorul Corneliu-Liviu Popescu sugerează, arată că UAR/UNBR Bota și barourile Bota au fost create, înființate de o persoană morală). La urma urmelor, se pare că, în ochii profesorului Corneliu-Liviu Popescu, UAR/UNBR Bota (ca să ne referim doar la entitatea națională a avocaturii paralele)⁴⁸ a fost înființată de o persoană juridică. În opinia noastră, lucrurile stau cu totul altfel, adică UAR/UNBR Bota a fost înființată de persoane fizice, subiecte de drept de sine stătătoare, independente. Într-adevăr, în actul constitutiv al Uniunii Avocaților din România Bota⁴⁹ (în prezent, UNBR Bota) se arată următoarele: „subsemnații, (...) membri fondatori ai UNIUNII AVOCAȚILOR DIN ROMÂNIA în temeiul (...) Legii nr. 51/1995 (...) am hotărât ÎNFIINȚAREA UNIUNII AVOCAȚILOR DIN ROMÂNIA” (în prezent este vorba despre Uniunea Națională a Barourilor din România Bota, așa încât cuvintele „Uniunea Avocaților din România” trebuie înțelese „Uniunea Națională a Barourilor din România”, pentru detalii, a se vedea cele arătate de noi *supra*. nr.2, nota de subsol nr.3); de asemenea, în art.26 al actului constitutiv al UNBR Bota se vorbește despre „(...) membrii Uniunii (adică, UNBR Bota – nota ns.) care au consimțit la înființarea acesteia”. Având în vedere că în actul constitutiv al UNBR Bota se vorbește despre „subsemnați”, „membri fondatori”, „membrii Uniunii”, adică se folosește pluralul și

genul masculin, avem de a face cu indicii că, avem de a face cu o exprimare care evidențiază că această UNBR Bota a fost înființată de persoane fizice, subiecte distincte de drept, iar nu de o persoană juridică (dacă era vorba despre o persoană juridică, despre filiala Bălești Gorj a asociației „Figaro Potra”, ca element de înființare a UNBR Bota, atunci s-ar fi folosit singularul și genul feminin sau, în orice caz, s-ar fi folosit o cu totul altă exprimare).

Așadar, în opinia noastră, văzând actul constitutiv al UNBR Bota, putem susține că aceasta (UNBR Bota) a fost înființată de persoane fizice, subiecte de drept distincte, de sine stătătoare, independente, înființare ce a avut loc la data de 20 iunie 2004 și ea (UNBR Bota), cel mai probabil, „a dobândit” personalitate juridică precum o persoană morală de drept privat (de pildă, precum o persoană morală fără scop patrimonial); în definitiv, am putea rezuma, comprimă fraza aceasta în felul următor: UNBR Bota a fost înființată de persoane fizice, subiecte de drept distincte, de sine stătătoare. Totodată, așa cum am mai spus-o, în cazul UNBR Bota (presupunând că ea putea fi înființată), este aplicată⁵⁰ Legea nr.51/1995; s-ar părea că, într-adevăr, privitor la UNBR Bota (presupunând că ea putea fi înființată), am putea vorbi despre cadrul instituționalizat prin Legea nr.51/1995 (vom vedea, însă, că, în realitate, pe marginea UNBR Bota, Legii nr.51/1995, cadrului instituționalizat prin Legea nr.51/1995, toată chestiunea este aceasta: UNBR Bota putea ea fi înființată ?; altfel zis, trebuie stabilit dacă UNBR Bota putea fi înființată sau nu, iar dacă răspunsul este afirmativ, atunci putem spune, cu indulgență, că, referitor la UNBR Bota, este aplicată Legea nr.51/1995, este vorba despre cadrul instituționalizat prin Legea nr.51/1995; dacă, însă, răspunsul este negativ, dacă UNBR Bota nici nu putea fi înființată, este cât se poate de evident că, în privința UNBR Bota, nu putem vorbi despre Legea nr.51/1995, nu putem spune că este aplicată Legea nr.51/1995; deocamdată, ne ferim să dăm un răspuns la întrebarea din această paranteză, chiar dacă, în rândurile precedente din lucrarea de față –de pildă, *supra*. nr.5-, într-o oarecare măsură, am anticipat).

8. „Războiul” dintre cele „două” Uniuni Naționale ale Barourilor din România. Susținătorii UNBR tradiționale și susținătorii UNBR Bota, nici unii, nici alții nevăzând cu ochi buni structura „concurrentă”, au trecut la manifestări belicoase (într-adevăr, fiind vorba, de pildă, despre schimburi de argumente, mai mult sau mai puțin acide, între susținătorii UNBR tradiționale și cei ai UNBR Bota, suntem de părere că, în definitiv, oarecum, putem discuta despre un „război” între UNBR tradițională și UNBR Bota). Numeroasele plângeri penale depuse de avocații tradiționali împotriva avocaților Bota sunt notorii. De asemenea, un autor⁵¹, referindu-se, din câte credem, la barourile membre ale UNBR Bota, afirmă: „*în ultima perioadă de timp au existat tot mai multe încercări de constituire a unor barouri (...) paralele (...)*”, după care continuă, „*(...) credem că nu trebuie să existe barouri (...) paralele (...)*”; se înțelege, este de la sine înțeles, din cuvintele acestui autor, că nu trebuie să existe nici UNBR Bota.

În favoarea UNBR Bota, un autor ne spune așa: „*avem Uniunea Națională a Barourilor din România "tradițională" (fără acte) și Uniunea Națională a Barourilor din România varianta Bota în care sunt înscrise singurele Barouri Legale din România, ce dețin acte de înființare conform legislației în vigoare*”⁵². Aceste vorbe ale autorului Miloșu semnifică următorul lucru: UNBR Bota și (barourile Bota) sunt singurele entități ce pot fi avute în vedere, ce pot fi acceptate, iar UNBR tradițională (și barourile tradiționale) sunt fără acte, ilegale, sunt, așadar, negate.

9. În continuare, vom încerca să limpezim apele. Ne vom strădui să lămurim problema enunțată din capul locului, anume aceasta: există, în sistemul juridic român, două Uniuni Naționale ale Barourilor din România ?

10. Elementele pe deplin lămuritoare: decizia Curții Europene de la Strasbourg cu privire la admisibilitatea cererii nr.24057/03 prezentată de Pompiliu Bota contra României și doctrina franceză. În decizia Curții Europene de la Strasbourg, decizie cu privire la admisibilitatea cererii nr.24057/03 prezentată de Pompiliu Bota contra României (mai exact, în partea acestei decizii intitulată „*En Droit*”), citim următoarele: “*en l'espèce, la Cour relève que l'Union a été instituée par la loi n° 51/1995 et qu'elle poursuit un but d'intérêt général, à savoir la promotion d'une assistance juridique adéquate et, implicitement, la promotion de la justice elle-même (...)*” (în speță, Curtea relevă că Uniunea a fost instituită prin Legea nr.51/1995 și că ea urmărește un scop de interes general, adică promovarea unei asistențe juridice adecvate și, implicit, promovarea a însăși justiției – trad. ns.; pentru o deplină claritate, ne vedem ținuți să repetăm: Curtea Europeană de la Strasbourg ne spune că Uniunea a fost instituită, înființată prin Legea nr.51/1995 și că ea – Uniunea- urmărește un scop de interes general).

Întâi și-ntâi, aprioric trecerii la analiza mai în detaliu a vorbelor Curții Europene, vorbe rediate mai sus, la paragraful de față, vom zice următoarele: prin cele spuse mai sus (*supra*. nr.5), am indicat că punctul de vedere al profesorului Corneliu-Liviu Popescu ni se pare întemeiat; așadar, în cazul entității naționale a avocaturii (entitatea tradițională), ni se pare că există continuitate; am putea foarte bine susține că UNBR (tradițională) este continuatoarea entității naționale de odinioară, de altădată a avocaturii [de pildă, putem crede că UNBR –tradițională- este continuatoarea, este, oarecum, spre exemplu, chiar Consiliul(ui) Central al Colegiilor de Avocați din R.P.R –Decretul nr.281/1954-, (a) Uniunea(ii) Avocaților din România – despre care vorbesc Decretul-lege nr.90/1990 și Legea nr.51/1995, aceasta din urmă în forma nemodificată de Legea nr.255/2004-; cu alte cuvinte, Consiliul Central al Colegiilor de Avocați din R.P.R. a devenit Uniunea Avocaților din România, care, la rândul său, a devenit UNBR tradițională; așa fiind, la urma urmelor, putem zice, situându-ne la extremitățile lanțului din exemplul dat, că UNBR tradițională este continuatoarea Consiliului Central al Colegiilor de Avocați din R.P.R, este, oarecum,

Consiliul Central al Colegiilor de Avocați din R.P.R.]; astfel văzând lucrurile, luând în discuție întreg lanțul –Consiliul Central al Colegiilor de Avocați din R.P.R., UAR, UNBR tradițională-, putem considera că UNBR (tradițională) este persoană juridică de drept public (înființată de legiuitor, numai legiuitorul putând-o înființa, așa încât, legiuitorul înființând doar o singură UNBR –cea tradițională-, UNBR Bota –apărută în 20 iunie 2004- nu putea fi creată, nu există) și, la urma urmelor, nu ar mai fi întru totul necesar să avem în vedere decizia Curții de la Strasbourg (decizie care, poate, ar părea discutabilă).

Totuși, mai mult de dragul discuției, pe marginea entității naționale tradiționale a avocaturii, vom accepta părerea favorabilă UNBR Bota că nu există continuitate, că UNBR tradițională nu poate fi continuatoarea Consiliului Central al Colegiilor de Avocați din R.P.R. (despre care vorbește Decretul nr.281/1954, ale cărui texte cu privire la entitatea națională a avocaturii au fost abrogate prin Decretul-lege nr.90/1990), nu poate fi continuatoarea Uniunii Avocaților din România (despre care vorbește Decretul-lege nr.90/1990, abrogat prin Legea nr.51/1995). Totuși, concesiile făcute avocaților Bota se va opri, în mod necesar, aici; UNBR tradițională, în mod imperios, va trebui considerată continuatoarea Uniunii Avocaților din România despre care vorbește Legea nr.51/1995 (așadar, referindu-ne mai degrabă la UAR, acceptăm, de dragul discuției, că putem separa Uniunea Avocaților din România despre care vorbește Decretul-lege nr.90/1990 de Uniunea Avocaților din România despre care vorbește Legea nr.51/1995 și vom spune că UNBR tradițională nu continuă UAR despre care vorbește Decretul-lege nr.90/1990; totuși, UNBR tradițională este continuatoarea UAR despre care vorbește chiar Legea nr.51/1995 în forma avută de lege în momentul adoptării și ca urmare a modificării prin Legea nr.231/2000, dacă nu din alte motive, atunci doar pentru că ambele –UNBR tradițională și UAR despre care vorbește chiar Legea nr.51/1995- aparțin unuia și aceluiași act normativ, adică, în mod cu totul evident, Legii nr.51/1995).

11. Într-adevăr, vom porni de la ideea că UNBR tradițională este continuatoarea doar a UAR tradiționale⁵³ despre care vorbește Legea nr.51/1995, este, oarecum, UAR tradițională.

Așadar, va trebui să avem în vedere cele zise de instanța europeană de la Strasbourg în decizia cu privire la admisibilitatea cererii nr.24057/03 prezentată de Pompiliu Bota contra României (mai exact, vom avea în vedere vorbele instanței europene de la Strasbourg rostite în partea intitulată „*En Droit*” a acestei decizii tocmai pomenite în fraza de față), anume “*en l'espece, la Cour relève que l'Union*⁵⁴ *a été instituée par la loi n° 51/1995 et qu'elle poursuit un but d'intérêt général, à savoir la promotion d'une assistance juridique adéquate et, implicitement, la promotion de la justice elle-même (...)*”. În română vorbind, Uniunea Avocaților din România tradițională (deci, UNBR tradițională) a fost instituită de Legea nr.51/1995 și ea urmărește un scop de interes general. Într-adevăr, privind, analizând mai atent, mai

În detaliu vorbele instanței europene de la Strasbourg, vom observa sau, mai bine zis, observăm că, de pildă, expresia Curții Europene a Drepturilor Omului, anume „*a fost instituită*” este sinonimă aceleia de „*a fost înființată*”. Chiar cu riscul de a părea agasanți, reluăm: instanța europeană de la Strasbourg ne învață că Uniunea Avocaților din România tradițională (deci, UNBR tradițională) a fost instituită (a fost înființată) de Legea nr.51/1995 și ea urmărește un scop de interes general.

Un monstru sacru⁵⁵ al dreptului civil ne învață așa: „*Parmi les personnes morales, il en est qui relèvent principalement du droit public, d'autres du droit privé. Selon quel critère ? La source: tantôt la loi, tantôt l'autonomie de la volonté. Mais aussi le but: soit l'intérêt public (...), soit des intérêts privés (...)*”. Așadar, criteriul pe baza căruia distingem între persoane morale de drept public și persoane morale de drept privat este sursa (fie legea, fie autonomia de voință), însă, de asemenea, scopul (fie interesul public, general, fie interese private). Astfel, în măsura în care o persoană morală își are sursa în lege și scopul său este interesul public, general, acea persoană morală este una de drept public.

Așa cum am văzut mai sus, Curtea Europeană de la Strasbourg ne spune că UAR tradițională (în prezent, UNBR tradițională) a fost înființată prin lege (Legea nr.51/1995) și că UAR tradițională (actualmente, UNBR tradițională) urmărește un scop de interes general, public (anume, promovarea unei asistențe juridice adecvate și, implicit, promovarea a însăși justiției); Jean Carbonnier ne arată că în măsura în care o persoană morală își are sursa în lege și scopul său este interesul public, general, acea persoană morală este una de drept public.

Ținând seama de decizia Curții Europene de la Strasbourg, decizie cu privire la admisibilitatea cererii nr.24057/03 prezentată de Pompiliu Bota contra României și de vorbele savantului autor Jean Carbonnier, concluzia nu poate fi decât aceasta: UNBR tradițională este o persoană juridică de drept public [astfel, art.57 alin.(2) din Legea nr.51/1995 trebuie înțeles în sensul că UNBR este persoană morală de drept public].

12. Cu adevărat, UNBR (zisă tradițională) este persoană juridică de drept public (ceea ce înseamnă că scopul său este interesul public și a fost înființată prin lege; într-adevăr, UAR/UNBR tradițională este persoană morală de drept public și a fost persoană juridică de drept public de la început, în orice caz, de dinaintea apariției elementelor –referindu-ne mai ales la UAR/UNBR Bota- Bota; subliniem, încă o dată, ideea: UNBR tradițională este persoană juridică de drept public); așadar, a fost înființată prin Legea nr.51/1995, a fost înființată de legiuitor, doar legiuitorul putând înființa o entitate națională a avocaturii⁵⁶ (și, de altfel, entități regionale, teritoriale ale avocaturii, adică barouri, barouri ce sunt membre, elemente componente ale entității naționale a avocaturii). Legiuitorul a înființat o singură UNBR (cea zisă tradițională), așa cum se desprinde din textele Legii nr.51/1995.

La urma urmelor, oricum am privi lucrurile (a se vedea, în mod cu totul special, *supra.* nr.10-11) rămâne ideea: UNBR (așa-numită tradițională⁵⁷) a fost și este persoană juridică de drept public, cu tot ceea ce înseamnă, implică un asemenea aspect.

Persoane fizice, subiecte de drept de sine stătătoare, au “creat” UNBR Bota, ceea ce, în realitate, este cu neputință din punct de vedere juridic (așa cum ziceam la începutul acestui paragraf, doar legiuitorul putând crea o UNBR). UNBR Bota nu putea fi înființată, ea nu există din punct de vedere juridic (și, de asemenea, elementele sale componente, membre, anume barourile Bota, nu există din punct de vedere juridic; avocatura paralelă, nici ea nu există din punct de vedere juridic); în sfârșit, UNBR Bota, barourile Bota, avocatura paralelă nu există din punct de vedere juridic, referitor la toate aceste elemente nu are cum să fie aplicată Legea nr.51/1995, nu poate fi vorba despre cadrul instituționalizat prin Legea nr.51/1995.

13. Așa cum am arătat în cele de mai sus (*supra.* nr.12), în sistemul nostru juridic există o singură UNBR (cea numită tradițională). UNBR Bota nu putea fi înființată, nu există din punct de vedere juridic, elementele sale componente, membre, anume barourile Bota, nu există din punct de vedere juridic, avocatura paralelă nu există din punct de vedere juridic, avocații Bota nu sunt, în realitate, avocați. “Avocații” Bota, prin activitatea lor ilicită, se află în sfera dreptului penal. Despre infracțiunile comise de “avocații” Bota vom vorbi în continuare (*infra.* nr.14-16), așadar, a priori observatiilor conclusive (*infra.* nr.17).

14. Semnificația penală a conduitei avocaților Bota. Analiza semnificației penale a acțiunilor celor care fac parte din structurile ilegitime Bota, entități Bota inexistente din punct de vedere juridic, trebuie să debuteze cu reiterarea și apoi accentuarea faptului că aceste structuri nu au absolut niciun fundament legal, ele transgresând în mod clar limitele structurale ale organizării profesiei de avocat impuse de Legea nr.51/1995. Această ilegitimitate trebuie de la bun început evidențiată pentru că ea reprezintă cauza primară a caracterului ilicit de natură penală a conduitei avocaților Bota. Chiar dacă nucleul dur al analizei noastre îl va constitui infracțiunea de exercitare fără drept a profesiei de avocat (existența ei raportat la conduita profesională a avocaților Bota fiind absolut evidentă⁵⁸), semnalăm de la bun început faptul că, în același context al exercitării ilegitime a profesiei de avocat, avocații Bota pot comite și alte fapte de natură penală. Vom trata individual fiecare dintre aceste ipoteze, nu într-o manieră descriptivă (prin descrierea în mod clasic a conținutului infracțiunilor pe care avocații Bota le pot comite), ci semnalând doar acele aspecte considerate de noi a fi esențiale.

15. Infracțiunea de exercitare fără drept a profesiei de avocat (săvârșită de către “avocații” Bota). Conform art.25 din Legea nr.51/1995 „*exercitarea oricărei activități de asistență juridică specifică profesiei de avocat și prevăzută la*

art. 3 de către o persoană fizică sau juridică ce nu are calitatea de avocat înscris într-un barou și pe tabloul avocaților acelu barou constituie infracțiune și se pedepsește potrivit legii penale". Această normă penală⁵⁹ dobândește eficacitate doar dacă este întregită cu prevederile art.281 C.pen.⁶⁰, raportarea la art.281 C.pen.⁶¹ fiind necesară pentru determinarea limitelor legale ale sancțiunii pentru o asemenea faptă⁶².

Textul de incriminare gravitează în jurul verbului „a exercita”, acesta fiind practic elementul determinant al conduitei cu semnificație penală. În ceea ce privește semnificația termenului de „exercitare” raportat la profesia de avocat, ea este ușor determinabilă dacă avem ca reper (astfel cum chiar și norma de incriminare ne indică), art.3 din Legea nr.51/1995 care cuprinde toate acele activități efectuate de avocat ca modalitate de exercitare a profesiei. Astfel, conform art.3 din Legea nr.51/1995: „ *activitatea avocatului se realizează prin: a) consultații și cereri cu caracter juridic; b) asistență și reprezentare juridică în fața instanțelor judecătorești, a organelor de urmărire penală, a autorităților cu atribuții jurisdicționale, a notarilor publici și a executorilor judecătorești, a organelor administrației publice și a instituțiilor, precum și a altor persoane juridice, în condițiile legii; c) redactarea de acte juridice, atestarea identității părților, a conținutului și a datei actelor prezentate spre autentificare; d) asistarea și reprezentarea persoanelor fizice sau juridice interesate în fața altor autorități publice cu posibilitatea atestării identității părților, a conținutului și a datei actelor încheiate; e) apărarea și reprezentarea cu mijloace juridice specifice a drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor fizice și juridice în raporturile acestora cu autoritățile publice, cu instituțiile și cu orice persoană română sau străină; f) activități de mediere; g) activități fiduciare constând în primirea în depozit, în numele și pe seama clientului, de fonduri financiare și bunuri, rezultate din valorificarea sau executarea de titluri executorii, după încheierea procedurii succesoriale sau a lichidării, precum și plasarea și valorificarea acestora, în numele și pe seama clientului, activități de administrare a fondurilor sau a valorilor în care acestea au fost plasate; h) stabilirea temporară a sediului pentru societăți comerciale la sediul profesional al avocatului și înregistrarea acestora, în numele și pe seama clientului, a părților de interes, a părților sociale sau a acțiunilor societăților astfel înregistrate; i) activitățile prevăzute la lit. g) și h) se pot desfășura în temeiul unui nou contract de asistență juridică; j) orice mijloace și căi proprii exercitării dreptului de apărare, în condițiile legii*”⁶³. Este esențial de adăugat faptul că, de regulă, nu vor intra sub incidența legii penale acele acte care au un caracter ocazional și excepțional⁶⁴. În ceea ce privește îndeplinirea acestei condiții privind desfășurarea anumitor activități specifice profesiei de avocat, aceasta este în mod evident îndeplinită de avocații barourilor Bota.

O discuție interesantă este cea privitoare la momentul consumativ al faptei⁶⁵. Este clar că această infracțiune este una de pericol abstract⁶⁶, astfel că momentul în care intervine consumarea faptei este momentul în care s-a „exercitat”

fără drept profesia de avocat. În consecință, esențial pentru identificarea momentului consumării faptei este a se determina din ce moment vom putea vorbi despre o exercitare fără drept. În acest context, dorim să semnalăm că, o comparație dintre cele două texte (art.281 C.pen. respectiv art.25 din Legea nr.51/1995), relevă o diferență esențială. Sintagma „exercitare a unei profesii” din art.281 C.pen. implică o oarecare continuitate și repetitivitate în realizarea activităților specifice acelei profesii⁶⁷, transformând implicit infracțiunea într-o infracțiune similară celei de obicei (doar similară pentru că ea prezintă câteva diferențe față de infracțiunea de obicei clasică)⁶⁸. Pe de altă parte, art.25 din Legea nr.51/1995, deși preia același termen de „exercitare” suprimă aparent cerința repetitivității activităților specifice profesiei de avocat prin precizarea consecutivă „oricărei activități”. Astfel din interpretarea literală a sintagmei „exercitarea oricărei activități”, poate rezulta că momentul consumativ al faptei intervine imediat ulterior îndeplinirii oricărei activități prevăzute de art.3 din Legea nr.51/1995 pentru care nu există o altă autorizare specială. Urmărilor pe care această aparentă derogare de la norma comună le-ar produce nu ar fi deloc ne semnificative. Astfel, așa cum arătam anterior infracțiunea prevăzută de art.281 C.pen. va fi, având în vedere semantica termenului exercitare care presupune o oarecare repetitivitate, o infracțiune similară celei de obicei. Aceasta înseamnă că momentul consumativ va interveni după existența unui număr suficiente de acte din care să se poată deduce „exercitarea” (obiceiul dacă e să continuăm paralela cu infracțiunea de obicei) iar orice act ulterior se va subsuma acestei conduite, fiind vorba despre o unitate de infracțiune. Încetarea conduitei ilegale va echivala cu momentul epuizării faptei. Pe de altă parte, în cazul normei speciale, nemaiputându-se vorbi despre o repetitivitate implicită din cauza intervenției legiuitorului care, aparent, oferă semnificație penală și exercitării unei activități singulare specifice profesiei de avocat, atunci când avocatul Bota va realiza intermitent diferite activități el va comite de regulă fapta sub forma unei infracțiuni continuate și nu o singură infracțiune, fapt ce va avea repercusiuni asupra sancțiunii aplicabile (având în vedere sporul de 5 ani posibil a fi aplicat în cazul infracțiunii continuate). O altă consecință oarecum ridicolă este aceea că norma de incriminare specială impune sancționarea inclusiv a persoanei care întreprinde asemenea activități de genul redactării unor acte juridice absolut ocazional și în mod excepțional, și nu în mod continuu sau repetat. O asemenea abordare ni se pare cel puțin excesivă. În ceea ce ne privește, pledăm pentru o interpretare rațională a textului de incriminare, remutând accentul chiar și în norma specială pe termenul de exercitare. Astfel, considerăm că și în acest caz în centrul atenției trebuie să se afle termenul de exercitare⁶⁹ (care impune așa cum am arătat o oarecare repetitivitate) și că acel singular problematic („oricărei activități”) trebuie considerat a fi un nefericit termen de conexiune între termenul de exercitare și concretizarea conținutului acestuia raportat la profesia de avocat⁷⁰. În sprijinul acestei rezolvări vin și o serie de soluții din practica judiciară. Astfel, spre exemplu în aproape singularea, dar răsunătoarea soluție de

condamnare a avocatului Bota pronunțată de judecătoria Deva din 2009, promotorul barourilor Bota și al U.N.B.R. Bota, acesta a fost condamnat pentru comiterea infracțiunii de exercitare fără drept a profesiei de avocat, fără ca instanța să fi reținut că acesta a comis fapta în formă continuată⁷¹.

Un alt element necesar pentru tipicitatea faptei este ca aceste activități să se realizeze „fără drept”. Precizăm că suntem în prezența unei condiții de tipicitate, rațiunea fiind evidentă: exercitarea profesiei de avocat în condițiile legii nu lezează absolut nicio valoare socială, astfel că o asemenea faptă nu poate fi nici măcar tipică, pentru ca apoi ea să fie justificată prin autorizarea legii. În acest caz sintagma „fără drept” trebuie raportată la condițiile impuse de lege pentru dobândirea calității de avocat. Conform prevederilor legale, calitatea de avocat se dobândește prin decizie a Baroului în care respectivul avocat s-a înscris⁷². În ceea ce privește avocații Bota chiar dacă aceștia sunt înscrși în structuri omonime celor tradiționale, exercitarea se face în mod evident fără drept, cât timp, așa cum am arătat, singura structura legitimă este U.N.B.R. tradițională și barourile aferente, orice formă de organizare exterioară acestei structuri fiind în mod evident nelegală.

Cu privire la latura subiectivă a faptei aceasta se poate comite exclusiv cu intenție directă sau indirectă. Singura precizare pe care dorim să o facem aici, este faptul că, având în vedere multitudinea soluțiilor de practică judiciară cu privire la inexistența infracțiunii de exercitare fără drept a profesiei de avocat (care le depășesc ca număr pe cele de condamnare), oricare dintre avocații Bota, în cazul demarării procesului penal împotriva lui pentru comiterea acestei fapte, ar putea invoca (iar argumentul ar fi unul destul de puternic) existența unei erori asupra tipicității faptei. Mai exact, acesta ar putea susține că, având în vedere multitudinea soluțiilor cu autoritate de lucru judecat care confirmă legalitatea activității sale, acesta a fost în eroare vincibilă, fapt care va duce la modificarea laturii subiective în culpă și în consecință la lipsa de tipicitate a faptei. Șansele de reușită ale unui asemenea argument sunt destul de mari, pentru că o respingere a acestuia ar echivala credem noi cu faptul că statul pretinde avocatului Bota să cunoască și să aplice mai bine legea decât propriile sale organe judiciare, concluzie absolut absurdă.

Referitor la participație două elemente specifice merită a fi menționate. În primul rând precizăm faptul că această infracțiune nu poate fi comisă în coautorat. Astfel, spre exemplu în cauze în care clientul este reprezentat de doi avocați Bota, fiecare dintre aceștia va comite o infracțiune de exercitare fără drept a profesiei de avocat în forma autoratului. În al doilea rând, cel care pune la dispoziție oricărui avocat această structura nelegală permițându-i aderarea la ea, va comite infracțiunea de exercitare fără drept a profesiei de avocat în forma complicității. Am dori să putem vorbi și despre o răspundere a persoanei juridice, însă atragerea ei în acest caz este imposibilă având în vedere faptul că persoana juridică U.N.B.R. Bota există doar în plan faptic nu și în plan juridic.

16. Alte fapte cu semnificație penală, posibil a fi comise de avocații

Bota. Calitatea de avocat al celui cu care clientul încheie contractul de asistență juridică are în mod evident un caracter determinant pentru încheierea respectivului act juridic. Astfel, încheierea unor contracte de asistență juridică de către avocații Bota cu clienți induși în eroare cu privire la calitatea reală de avocat a contra-părții poate constitui fapta de înșelăciune în convenții prevăzută de art.215 alin.(4) C.pen. Problematic este aici elementul necesar al inducerii în eroare. Mai exact, în mod evident, în cazul în care clientul cunoaște caracterul controversat și intens discutat al legitimității exercitării profesiei de avocat sau când avocatul Bota prezintă clientului aceste aspecte, iar clientul deși informat își asumă riscul, nu se poate în mod evident vorbi despre o inducere în eroare. Categorieic însă că vor intra în sfera de aplicare a acestei norme de incriminare situațiile în care clientul încheie contractul de asistență juridică, indus în eroare fiind de titulatura de avocat pe care avocatul Bota și-o arogă și eventual o afișează la sediul acestuia sau în instanță. Tot în acest context trebuie analizat și conținutul sintagmei „*dacă s-a pricinuit o pagubă*”. Astfel, întrebarea care se pune este dacă se poate vorbi despre pricinuirea unei pagube în situația în care activitatea specifică profesiei de avocat a avocatului Bota a fost una încununată de succes. Considerăm că și în acest caz achitarea onorariului ca urmare a încheierii unui contract de asistență juridică poate fi considerată un act de autolezare patrimonială a victimei, succesul reputat de avocatul Bota neavând aptitudinea de a anula faptul că victima înșelăciunii a achitat o sumă de bani în temeiul unui contract încheiat prin inducerea în eroare. Actul de dispoziție există, legătura causală între inducerea în eroare și actul de dispoziție există, astfel că nu vedem ce obstacol insurmontabil ar putea exista pentru a împiedica reținerea împotriva avocatului Bota a unei infracțiuni de înșelăciune în convenții în formă consumată. În mod evident, infracțiunea de înșelăciune se va reține în concurs cu infracțiunea de exercitare fără drept a profesiei de avocat⁷³.

Într-o analiză privitoare la semnificația penală a conduitei avocaților Bota, autorul propune sancționarea acestora inclusiv pentru infracțiunea de favorizare a infractorului. Considerăm că o asemenea abordare este una exagerată, „ajutorul dat” fiind în acest caz specific activității pe care avocatul Bota o exercită fără drept⁷⁴. De aceea, nu credem că o asemenea infracțiunea ar trebui reținută în sarcina avocatului Bota.

Am făcut referire aici la acele fapte penale care în opinia noastră sunt cele mai frecvent comise de către avocații Bota. Este clar însă că activitatea avocaților Bota poate implica o suită de alte activități care intră sub incidența legii penale și că organele judiciare vor trebui să renunțe la inerția de a încadra faptele avocaților Bota exclusiv ca fapta de a exercita fără drept profesia de avocat și de a analiza mai în detaliu activitatea acestora pentru a determina dacă faptele acestora nu au și o altă semnificație penală.

17. Precizări sau consemnări conclusive. Astfel cum am arătat în rândurile ce preced, UNBR tradițională, oricum am privi lucrurile, a fost și este persoană juridică de drept public (a se vedea, îndeobște, *supra*. nr. 10-12), ceea ce vrea să zică mai ales că a fost înființată de legiuitor, doar legiuitorul putând înființa o entitate națională a avocaturii⁷⁵ (și, de altfel, entități regionale, teritoriale ale avocaturii, adică barouri, barouri ce sunt membre, elemente componente ale entității naționale a avocaturii), legiuitorul înființând o singură UNBR (cea zisă tradițională) și doar barourile numite „tradiționale”⁷⁶. Ca să răspundem și aici la întrebarea ce este titlul studiului de față, în sistemul nostru juridic există o singură UNBR (la rigoare, impropriu numită „tradițională”, din simplul motiv că este, în realitate, singura existentă, așa încât foarte bine îi putem spune doar UNBR).

UNBR (zisă tradițională) este singura existentă din punct de vedere juridic, UNBR Bota (și barourile Bota, respectiv avocatura Bota) nu ființează din punct de vedere juridic. La urma urmelor, atât în opinia noastră, cât și în cea a profesorului Corneliu-Liviu Popescu (pentru a ne referi doar la acest doctrinar), UNBR Bota și barourile Bota sunt inexistente din punct de vedere juridic. Mai pe larg zicând, soluția inexistenței juridice a UNBR Bota și a barourilor Bota este viziunea împărtășită atât de noi, cât și de profesorul Corneliu-Liviu Popescu, atât că argumentele ce justifică respectiva soluție sunt diferite (precum am spus-o, însă, atât în ceea ce ne privește, cât și în ceea ce-l privește pe profesorul Corneliu-Liviu Popescu, UNBR Bota și barourile Bota sunt fără ființă din punct de vedere juridic, sunt inexistente din punct de vedere juridic). Profesorul Corneliu-Liviu Popescu⁷⁷ argumentează astfel soluția inexistenței din punct de vedere juridic a UNBR Bota și a barourilor Bota: UNBR Bota și barourile Bota au fost create de o persoană juridică (filiala Bălești Gorj a asociației „Figaro Potra”), care persoană juridică nu mai există și se consideră că nu a existat vreodată, așa încât nici UNBR Bota și barourile Bota nu există și se consideră că nu au existat vreodată. Astfel, în ochii profesorului Corneliu-Liviu Popescu, UNBR Bota și barourile Bota sunt inexistente din punct de vedere juridic, pentru că au fost înființate de o persoană morală inexistentă din punct de vedere juridic.

După noi, așa cum socotim că se desprinde din aspectele pertinente de pe site-ul www.bota.ro, UNBR Bota și, pare-ni-se, barourile Bota nu au fost înființate de filiala Bălești Gorj a asociației „Figaro Potra”, nu au fost înființate de o persoană morală, ci au fost înființate de persoane fizice, subiecte de drept de sine stătătoare. Persoane fizice, subiecte de drept de sine stătătoare (sau, mai pe larg vorbind, orice entitate de drept privat) nu puteau și nu pot înființa o UNBR sau barouri, ci numai legiuitorul poate crea o entitate națională a avocaturii și entități teritoriale ale avocaturii. Precum am mai spus-o, UNBR tradițională a fost (oricum am privi lucrurile –a se vedea, mai ales *supra*. nr.10-12-, UNBR tradițională a fost persoană morală de drept public dinainte de apariția entităților Bota) și este persoană juridică de drept public, adică a fost creată de legiuitor (evident, prin lege) și doar legiuitorul

putea înființa o UNBR (și entități teritoriale ale avocaturii, adică barouri). Legiuitorul român a înființat o singură UNBR (cea tradițională) și, de altfel, a înființat doar barourile tradiționale, astfel că UNBR Bota și barourile Bota (entități „înființate”⁷⁸ de subiecte de drept privat, mai exact, de persoane fizice, subiecte de drept de sine stătătoare), în realitate, nu puteau fi create, UNBR Bota și barourile Bota fiind inexistente din punct de vedere juridic, referitor la toate aceste elemente neavând cum să fie aplicată Legea nr.51/1995.

Cu adevărat, chiar dacă pentru argumente diferite, soluția noastră și cea a profesorului Corneliu-Liviu Popescu este aceeași: UNBR Bota și barourile Bota nu există din punct de vedere juridic. Cu adevărat, UNBR Bota, barourile Bota, avocatura Bota nu există din punct de vedere juridic, avocații Bota nu sunt, în realitate, avocați, așa încât absolut toți magistrații trebuie să renunțe la poziția favorabilă elementelor Bota și să înceapă a socoti că suntem în prezența infracțiunilor despre care am vorbit în rândurile de mai sus (de pildă, exercitarea fără drept a profesiei de avocat, înșelăciune în convenții; cu adevărat, ca să ne referim mai ales la infracțiunea de exercitare fără drept a profesiei de avocat, magistrații sau aceia dintre ei care pronunță soluții inacurate științific, trebuie să revină asupra poziției lor, să înceapă a considera că „avocații” Bota comit infracțiunea de exercitare fără drept a profesiei de avocat, așa încât absolut pentru orice persoană să fie clar că, în măsura în care se dedă la exercitarea avocaturii în afara barourilor și UNBR tradiționale, se află în sfera ilicitului penal, să fie clar că activitatea sa este una lipsită de legalitate, de legitimitate, să fie clar că fapta sa este una tipică, să fie clar că nu se poate accepta invocarea unei erori asupra tipicității faptei).

Vom pune capăt analizei de față zicând, pentru ultima dată, că UNBR tradițională a fost și este persoană juridică de drept public, UNBR tradițională este singura din sistemul nostru juridic. Elementele Bota (cu specială referire la UNBR Bota) nu există din punct de vedere juridic, iar o persoană malițioasă ar putea fi tentată să afirme, având mai multă sau mai puțină dreptate, că UNBR Bota nu este altceva decât, eventual, o odraslă a somnului rațiunii.

¹ Ca regulă, în continuare, *brevitatis causa*, UNBR. În sfârșit, în acest studiu vom pomeni și Uniunea Avocaților din România, zicându-i uneori, *brevitatis causa*, UAR.

* Doctorand, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca, cadru didactic asociat; tamba_adrian@yahoo.com

** Doctorand, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca, cadru didactic asociat, avocat Baroul Cluj; serbandorinalina@yahoo.co.uk

² Problema avocaturii paralele nu a rămas neobservată de presă, jurnaliștii aducând-o la cunoștința publicului. A se vedea, spre exemplu, D.Radu, *Pompiliu Bota a vrut să fenteze legea !*, “Evenimentul (regional al Moldovei)”; articolul poate fi consultat chiar și în formă electronică la adresa de Internet <http://www.evenimentul.ro/articol/pompiliu-bota-a-vrut-sa-fenteze-legea.html>. De asemenea, a se vedea, I.Oros, *Avocați contra avocați*, Monitorulcj.ro (adresa de Internet este aceasta: http://www.monitorulcj.ro/cms/site/m_cj/news/avocati_contra_avocati_2209.html). Recent, în presă a fost din nou observată problema ce ne preocupă și pe noi, anume avocatura paralelă, a se vedea, A.Anghelescu-Stancu, *Congresul Avocaților: Ministrul Justiției a atacat din nou barourile paralele*, ZIUAVECHE.ro (adresa de Internet este următoarea: <http://www.ziuaveche.ro/lumea-justitiei/congresul-avocatiilor-ministrul-justitiei-a-atacat-din-nou-barourile-paralele>); acest din urmă articol, privitor la discursul ținut de către Ministrul Justiției cu ocazia desfășurării Congresului Avocaților 2010 din 17-18 iunie 2010 (Congresul cu pricina a avut loc în Mamaia, județul Constanța), redă, printre mai multe afirmații ale respectivului Ministru al Justiției, și cele spuse de acesta pe marginea avocaturii paralele.

În sfârșit, mai dorim a preciza aici un singur lucru: conflictul dintre cele “două” categorii de avocați nu a scăpat atenției creatorilor Enciclopediei Wikipedia, a se vedea adresa de Internet http://ro.wikipedia.org/wiki/Uniunea_Na%C8%9Bional%C4%83_a_Barourilor_din_Rom%C3%A2nia.

³ Se poate preabine observa că în prezenta lucrare noi discutăm despre UNBR Bota. Totuși, pe site-ul <http://bota.ro/act-constitutiv/> se face vorbire despre Uniunea Avocaților din România (UAR, să-i zicem, Bota). Așa fiind, se ridică întrebarea: avem de a face cu UAR Bota sau cu UNBR Bota ? Răspunsul este că ne aflăm în prezența UNBR Bota. Argumentul este acesta: actul constitutiv de pe site-ul <http://bota.ro/act-constitutiv/> a fost adoptat în temeiul Legii nr.51/1995 nemodificată de către Legea nr.255/2004 (actul constitutiv de pe site-ul <http://bota.ro/act-constitutiv/> a fost adoptat la 20 iunie 2004, iar Legea nr.255/2004, lege care înlocuiește denumirea de „UAR” cu cea de „UNBR”, a fost publicată în „Monitorul Oficial”, Partea I, nr.559 din 23 iunie 2004). Așadar, deși pe site-ul <http://bota.ro/act-constitutiv/> se indică expres UAR Bota, în realitate, ținând seama de faptul că avocații Bota aplică, într-o mai mare sau mai mică măsură, dar totuși aplică Legea nr.51/1995, din momentul în care această dintâi lege a fost modificată de Legea nr.255/2004, avem de a face cu UNBR Bota [denumirea de „UAR” fiind înlocuită cu cea de „UNBR”, chiar și în privința avocaților Bota, care, precum spuneam, par să aplice Legea nr.51/1995; mai pe scurt, cu privire specială la actul constitutiv al entității naționale a avocaturii paralele, „UAR Bota” se citește „UNBR Bota”; în definitiv, în privința UNBR Bota –presupunând că putea fi înființată-, este aplicată Legea nr.51/1995, deci chiar și art.57 alin.(5) și art.83 ale legii avocaturii, UNBR Bota fiind succesoarea UAR Bota, „UAR Bota” citindu-se „UNBR Bota”].

⁴ L.Dănilă, *Organizarea și exercitarea profesiei de avocat*, ediția a 2-a, Editura C.H. Beck, București, 2008, p.9; a se vedea și doctrina citată de autoare

⁵ R.Dimiu, *Stilul judiciar* (ediție îngrijită de D.Lupașcu și N.Crăciun), Editura Rosetti, București, 2004, p.103; se impune a arăta aici că lucrarea lui Radu Dimiu a fost scrisă în 1939, iar la editura Rosetti a fost reeditată în cadrul colecției “Cultura juridică”; astfel, ținând seama de aceea că opera “*Stilul judiciar*” a fost scrisă în 1939, referirea autorului Radu Dimiu la “veacul trecut” vizează anii 1800

- ⁶ C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p.40, paragraful nr.50; studiul tocmai citat a fost întocmit ca urmare a solicitării adresate de către Călin Andrei Zamfirescu Facultății de Drept a Universității din București; într-adevăr, fostul președinte al UNBR tradiționale, d-nul Zamfirescu, a solicitat Facultății de Drept a Universității din București să elaboreze un studiu privind ordinul profesional al avocaților din România, iar conducerea Facultății de Drept i-a încredințat o atare sarcină profesorului Corneliu-Liviu Popescu; studiul întocmit de reputatul doctrinar, studiu al cărui titlu l-am indicat la începutul acestei note de subsol, poate fi consultat pe Internet
- ⁷ Când spunem că vom avea în vedere actele normative ulterioare Legii nr.610 din 21 februarie 1923 ne referim, așa cum se poate desprinde și din cele arătate în textul de bază, la acele acte normative ce prezintă o mai mare însemnătate din perspectiva problemei ce ne preocupă în acest studiu (anume, entitatea națională în materia avocaturii). Astfel fiind, tocmai pentru că nu ni se pare că este de o serioasă importanță atunci când vine vorba despre entitatea națională în materia avocaturii, nu este cazul să abordăm în lucrarea de față, spre exemplu, Decretul nr.250/1978 privind retribuirea muncii desfășurate de avocați pentru acordarea asistenței juridice (acest Decret nr.250/1978 nu este important din perspectiva entității naționale în materie de avocatură, pentru că, deși o entitate națională în materia profesiei de avocat exista când era în vigoare Decretul nr.250/1978, el vizează cu totul alte probleme decât cadrul instituțional al avocaturii).
- ⁸ Prin ideea de “atitudine a legiuitorului” ne referim, în mod special, la suprimarea entității naționale în materie de avocatură prin Decretul nr.39/1950 și la reînființarea sa, după o scurtă perioadă de timp, prin Decretul nr.281/1954; bineînțeles, prin ideea de “atitudine a legiuitorului” mai vizăm și denumirea oferită entității naționale în materia profesiei de avocat de-a lungul istoriei [respectiva denumire fiind fie „Uniunea Avocaților din România”, fie „Uniunea Barourilor din România”, fie „Uniunea Colegiilor de Avocați din România”, fie „Consiliul Central al Colegiilor de Avocați din Republica Populară Română/Republica Socialistă România” (acest Consiliu Central al Colegiilor de Avocați din RPR/RSR fiind adus în discuție de Decretul nr.281/1954, despre acest Consiliu Central al Colegiilor de Avocați din RPR/RSR vorbind Decretul nr.281/1954), fie, din nou, „Uniunea Avocaților din România” fie, precum în prezent, „Uniunea Națională a Barourilor din România”].
- ⁹ C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p.38, paragraful nr.48.
- ¹⁰ *Idem*, p.39, paragraful nr. 49 și p. 40, paragraful nr. 49.
- ¹¹ „Monitorul Oficial” nr. 231 din 21 februarie 1923.
- ¹² C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p.46, paragraful nr.61.
- ¹³ *Idem*, p. 47.
- ¹⁴ „Monitorul Oficial” nr. 301 din 28 decembrie 1931.
- ¹⁵ C. Hamangiu, *Codul general al României (codurile, legile și regulamentele uzuale în vigoare) 1856-1932*, volumul XIX, *Legi uzuale*, Editura Librărie “Universală”, Alcalay & Co., București, 1932, p. 855, nota de subsol nr.1
- ¹⁶ „Monitorul Oficial”, Partea I, nr. 248 din 26 octombrie 1939
- ¹⁷ C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p. 41, paragraful nr. 52 și p. 47, paragraful nr. 63

- ¹⁸ C. Hamangiu, *Codul general al României (codurile, legile și regulamentele în vigoare) 1856-1941*, volumul XXVIII, partea II, *Legi uzuale*, Monitorul Oficial și Imprimeriile Statutului, Imprimeria Centrală, București, 1941, p. 1459, nota de subsol nr. 1
- ¹⁹ Decretul-lege din 1939 are un domeniu de reglementare înfinit mai restrâns decât Legea din 1931, cel dintâi privind doar numirea și funcționarea comisiunilor interimare la Uniunea avocaților și la barourile avocaților din țară, adică doar organele de conducere ale Uniunii avocaților și ale barourilor din țară, iar nicidecum toate problemele, toate aspectele importante din domeniul avocaturii. Ni se pare, deci, că art. II din Decretul-lege din 1939 (art. II al cărui conținut l-am redat mai sus, în textul de bază) este defectuos redactat lăsând să se înțeleagă că acest Decret-lege din 1939 abrogă în întregime Legea din 1931, pe când, în realitate, abrogă doar dispozițiile ce-i sunt contrare din cel din urmă act normativ. Astfel apreciem că trebuie înțeles art. II din Decretul-lege din 1939, în sensul că abrogă nu toată Legea din 1931, ci doar dispozițiile Legii din 1931 contrare Decretului-lege din 1939.
- ²⁰ Pentru observații pe marginea noțiunilor de “drept comun” și “drept special”, a se vedea, I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, ediția a 2-a, Editura Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 13 și urm.
- ²¹ A se vedea și C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p. 47, paragraful nr. 63
- ²² “Monitorul Oficial”, Partea I, nr. 205 din 5 septembrie 1940
- ²³ Pentru discuții purtate în perioada interbelică pe marginea calificării ordinelor profesionale (accentul fiind pus pe ordinul avocaților de către autorul care prezintă respectivele discuții) și pe marginea naturii private sau publice a entităților în materie de avocatură (barouri și entitatea națională), a se vedea, C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p. 53-54, paragrafele nr. 72-75 (a se vedea și doctrina citată de autor la p. 53).
- ²⁴ “Monitorul Oficial” nr. 15 din 17 ianuarie 1948
- ²⁵ “Buletinul Oficial” nr. 11 din 14 februarie 1950
- ²⁶ “Buletinul Oficial” nr. 34 din 21 iulie 1954
- ²⁷ Decretul nr. 281/1954 a fost un act normativ ce a avut viață lungă. Precum s-a observat în doctrină (Ș. Beligrădeanu, *Cu privire la legislația referitoare la impozitul pe venitul realizat din exercitarea profesiei de avocat*, “Dreptul” nr. 4/1999, p. 41), înainte de anul 1990 avocatura era organizată și exercitată potrivit Decretului nr. 281/1954. Ba mai mult, acest Decret nr. 281/1954 nu a fost abrogat total până la Legea nr. 51/1995 (această lege fiind cea care a înlăturat Decretul nr. 281/1954), Decretul-lege nr. 90/1990 menținând Decretul nr. 281/1954 (cu privire la ideea că Decretul-lege nr. 90/1990 a menținut Decretul nr. 281/1954, a se vedea, I. Tudor, *Considerații în legătură cu recenta reglementare a organizării și exercitării avocaturii*, “Dreptul” nr. 5/1990, p. 57); bineînțeles, autorul Ilie Tudor consideră că acest Decret-lege nr. 90/1990 utilizează o tehnică legislativă nefirească prin aceea că menține Decretul nr. 281/1954 (I. Tudor, *op.cit.*, p. 57); într-adevăr, menținerea Decretului nr. 281/1954 pentru organizarea și exercitarea avocaturii în Republica Populară Română de către Decretul-lege nr. 90/1990 privind unele măsuri pentru organizarea și exercitarea avocaturii în România pare nefirească, fiind tentați să spunem că legiuitorul de la 1990 ar fi trebuit să procedeze precum legiuitorul de la 1940 (a se vedea cele arătate mai sus pe marginea Legii din 1931 și Decretului-lege din 1940); pe de altă parte, am văzut mai sus că Decretul-lege din

- 1940 reglementa absolut toate aspectele pe care le cuprindea Legea din 1931, pe când Decretul-lege nr. 90/1990 nu reglementează toate aspectele cuprinse de Decretul nr. 281/1954 (așa cum sunt, de pildă, îndatoririle avocatului). Oricum ar fi, Decretul nr. 281/1954 a dăinuit, așadar, mai bine de patru decenii. Mai avem a spune aici că în timpul în care era în vigoare Decretul nr. 281/1954, lucrările de specialitate dedicate avocaturii nu au lipsit (a se vedea, de exemplu, studii elaborate anterior anului 1990, precum sunt: O.A. Stoica, *Metode și mijloace pentru îmbunătățirea activității avocatului*, "Revista Română de Drept" nr. 8/1972, p. 95-104; T. Mandrea, *Reguli deontologice în exercitarea profesiei de avocat*, "Revista Română de Drept" nr. 5/1973, p. 79-83; Ș. Beligrădeanu, *Natura raporturilor juridice dintre colegiile de avocați și membrii acestora*, "Revista Română de Drept" nr. 7/1976, p. 25-29; a se vedea și o lucrare, de astă dată elaborată în 1990, lucrare pe care, de altfel, am citat-o anterior și anume, I. Tudor, *op.cit.*, p. 57-59).
- ²⁸ "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 32 din 1 martie 1990
- ²⁹ C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p. 49, paragraful nr. 68
- ³⁰ Legea nr.51/1995 a fost publicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 116 din 9 iunie 1995, iar apoi a fost republicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 113 din 6 martie 2001.
- ³¹ Sub imperiul actualei Legi a avocaților, Legea nr. 51/1995, studiile doctrinare dedicate avocaturii nu lipsesc. Redăm, exemplificativ, următoarele lucrări (la care ne referem în primul enunț de la această notă de subsol): F.A. Baias, *Principiile profesiei de avocat în lumina dispozițiilor Legii nr. 51/1995*, "Dreptul" nr. 10-11/1995, p. 28-36; E. Lipcanu, *Cu privire la noțiunea de afinitate în contextul legii pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat*, "Dreptul" nr. 12/1995, p. 31-32; Ș. Beligrădeanu, *Reglementări ilegale –în raport cu principiile și normele dreptului muncii și ale dreptului securității sociale- înscrise în Statutul profesiei de avocat*, "Dreptul" nr. 1/1996, p. 56-63; M.-E. Răchită Burzo, *Considerații în legătură cu înțelesul art. 17 din Legea nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat*, "Dreptul" nr. 6/1996, p. 24-32; V. Pașca, D. Lămășanu, *Înscrisurile certificate de avocat și valoarea lor juridică*, "Dreptul" nr. 4/1999, p. 71-78; C.-L. Popescu, *Societățile comerciale privind exercitarea profesiilor de avocat și de notar public*, "Revista de Drept Comercial" nr. 7-8/2001, p. 141-148; M. Voicu, *Avocatura –profesie liberală în spațiul juridic european - Statutul, cariera, limitele și îngrădirile exercitării profesiei de avocat*, "Revista Română de Drept Privat" nr. 5/2009, p. 161-195.
- ³² "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 635 din 7 decembrie 2000
- ³³ "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 559 din 23 iunie 2004
- ³⁴ C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p. 60, dar mai ales p. 61.
- ³⁵ Indiferent de cum stau lucrurile pe marginea continuității entității naționale a avocaturii, ni se pare că pentru a înțelege exact ce înseamnă actuala UNBR tradițională (actuala structură națională a avocaturii), studiul tuturor actelor normative (de la 1923 până în prezent, a se vedea aceste acte normative și cele zise pe marginea lor, toate -adică actele normative de la 1923 și până azi, respectiv cele zise pe marginea lor-, fiind aspecte redate *supra*. nr. 4) ce priveau, în mod evident de-a lungul vremii, în vreun fel sau altul structura națională a avocaturii se impune cu necesitate (de asemenea, întrucât a înțelege semnificația actualei

- entități naționale a avocaturii, UNBR zisă tradițională, presupune cu necesitate a studia actele normative de la 1923 și până în prezent ce priveau, în mod evident de-a lungul timpului, în vreun fel sau altul entitatea națională a avocaturii, aceste acte normative de la 1923 și până în prezent sunt istoria UNBR tradiționale).
- ³⁶ Pentru amănunte pe marginea ideii de “transformare a persoanei juridice”, a se vedea, Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ediția a VIII-a (revăzută și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă), Editura Universul Juridic, București, 2003, p. 559 și urm.; pentru o analiză a transformării persoanei juridice, a se vedea și G. Boroș, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ediția a II-a, Editura All Beck, București, 2002, p. 408-409
- ³⁷ C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p. 60-61, paragraful nr. 91 și p. 61, paragraful nr. 92
- ³⁸ Când afirmăm un atare lucru, anume “chiar presupunând că UNBR tradițională nu poate fi moștenitoarea sau succesoarea, continuatoarea entității naționale de odinioară a avocaturii”, ne referim la ipoteza în care am accepta, am presupune de dragul discuției că UNBR tradițională nu poate fi continuatoarea entității naționale a avocaturii despre care vorbește, de pildă, Decretul nr. 281/1954, a entității naționale a avocaturii la care se referă Decretul-lege nr. 90/1990 (adică, Uniunea Avocaților din România de care face vorbire acest Decret-lege nr. 90/1990), însă a presupune că UNBR tradițională nu este, oarecum, UAR despre care vorbește chiar Legea nr. 51/1995, nu este succesoarea, continuatoarea Uniunii Avocaților despre care vorbește chiar Legea nr. 51/1995 este cu neputință (din simplul motiv că atât UNBR tradițională, cât și Uniunea Avocaților despre care discută Legea nr. 51/1995 aparțin unuia și aceluiași act normativ, adică, în mod cu totul evident, Legii nr. 51/1995 în vigoare din 1995 și până în prezent, adică în vigoare și în prezent).
- ³⁹ Decizia cu privire la admisibilitatea cererii nr. 24057/03 prezentată de Pompiliu Bota contra României, decizie a Curții Europene de la Strasbourg, poate fi consultată în format electronic, în limba franceză, pe site-ul instanței europene de la Strasbourg, fiind vorba, mai exact, de următoarea adresă de Internet: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=24057/03&sessionid=62090872&skin=hudoc-fr> (ultima accesare: 14 noiembrie 2010).
- ⁴⁰ C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p. 103-111, paragrafele nr. 131-148
- ⁴¹ Toate cele arătate, anume că doar asociația “Bonis Potra” Deva a înființat un atare barou (botezat “baroul constituțional român”), celelalte două asociații neînființând asemenea barouri, ni se pare că se desprind din lucrarea profesorului Corneliu-Liviu Popescu, lucrare cu titlul “*Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*” (p. 109-110, paragrafele nr. 144-146; a se vedea, în special, chiar prima frază de la paragraful nr. 144, chiar prima frază de la paragraful nr. 145 și chiar prima frază de la paragraful nr. 146).
- ⁴² Într-adevăr, pentru a înțelege cum stau lucrurile pe marginea UNBR Bota este imperios să avem în vedere, să studiem baroul constituțional român, așa încât baroul constituțional român ni se pare a fi istoria UNBR Bota.
- ⁴³ “Monitorul Oficial al României”, Partea I, nr. 39 din 31 ianuarie 2000

⁴⁴ Baroul constituțional român nu a fost înființat de asociația “Figaro Potra” Alba Iulia, așa cum susțin unii autori (a se vedea, T. Savu, Șt. Naubauer, *Comentariile noului cadru legal privind profesia de avocat*, Editura Universul Juridic, București, 2004, p. 12). Cu adevărat, astfel cum putem citi în chiar decizia cu privire la admisibilitatea cererii nr. 24057/03 prezentată de Pompiliu Bota contra României, decizie a Curții Europene de la Strasbourg, baroul constituțional român a fost creat de asociația “Bonis Potra” Deva la 10 septembrie 2002.

Cu toate acestea, într-un final, autorul Ștefan Naubauer revine, arătând că baroul constituțional român a fost înființat de asociația “Bonis Potra” Deva (a se vedea, Șt. Naubauer, *Principiile fundamentale ce guvernează exercitarea profesiei de avocat în România*, “Pandectele Române” nr. 4/2010, p. 65, nota de subsol nr. 23).

⁴⁵ Pentru o discuție mai detaliată, a se vedea, C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p.102-103, paragraful nr. 129

⁴⁶ C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p. 111, paragraful nr. 149

⁴⁷ *Idem*, p. 112, paragraful nr. 150

⁴⁸ Entitatea națională a avocaturii (adică, UNBR, având în vedere, special, UNBR Bota) ni se pare cea mai importantă (prin cuvintele de până la această paranteză, cuvinte rostite la prezenta notă de subsol, referindu-ne, mai cu seamă, la UNBR și la barouri). Entitățile regionale, teritoriale ale avocaturii (barourile) sunt membre, sunt elemente componente ale entității naționale a avocaturii -UNBR – (chiar în cazul UNBR Bota, barourile Bota sunt membre, sunt componente ale UNBR Bota; cum UNBR Bota a fost înființată de persoane fizice, subiecte de drept de sine stătătoare, ni se pare extrem de probabil ca, am putea considera că și barourile Bota să fi fost/au fost înființate tot de persoane fizice, subiecte de drept de sine stătătoare; în sfârșit, mai pe scurt, ne îngăduim să credem, ținând seama, de astă dată, de aspectele relevante de pe site-ul <http://bota.ro/>, că UNBR Bota și barourile Bota au fost înființate de persoane fizice, subiecte de drept de sine stătătoare). În măsura în care UNBR Bota nu putea fi înființată, nu există, atunci nici barourile Bota (chiar dacă au personalitate juridică, ele sunt, totuși, membre, elemente componente ale UNBR Bota), barouri Bota ce, precum spuneam, sunt membre, elemente componente ale UNBR Bota, nu puteau fi înființate, nu există (într-adevăr, aspectul esențial este acela că barourile Bota sunt membre, sunt componente ale UNBR Bota, mai ales un atare aspect făcându-ne să credem că entitățile teritoriale ale avocaturii Bota, pe undeva, au urmat și urmează soarta entității naționale a avocaturii Bota).

⁴⁹ Actul constitutiv al Uniunii Avocaților din România Bota poate fi consultat în format electronic la această adresă de Internet: <http://bota.ro/act-constitutiv/>.

⁵⁰ Totuși, profesorul Corneliu-Liviu Popescu observă că în cazul UNBR Bota nu se respectă unele prevederi ale Legii nr. 51/1995 (C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p. 112, paragraful nr. 159). Însă, în mare, în esență, după cum pare a rezulta din unele elemente de pe site-ul <http://bota.ro/>, în cazul UNBR Bota (presupunând că aceasta putea fi înființată) este observată Legea nr.51/1995, așa încât, neexagerând în exigență, vom spune pur și simplu că, referitor la UNBR Bota, este aplicată Legea nr. 51/1995, este vorba despre cadrul instituționalizat prin Legea nr. 51/1995 (în definitiv, am putea spune, cu indulgență, că UNBR Bota -presupunând că putea fi înființată- se situează înăuntrul Legii nr. 51/1995). Pe scurt, cu privire la entitatea națională a avocaturii paralele, UNBR Bota (presupunând că putea fi înființată), este aplicată Legea nr. 51/1995, este vorba despre cadrul instituționalizat prin Legea nr. 51/1995.

Mai avem a spune aici următoarele: într-un interesant studiu apărut în anul 2005, maestrul Ion Deleanu vorbește despre „organizarea avocaturii și exercitarea profesiei de avocat în afara cadrului instituționalizat prin lege (adică, prin Legea nr. 51/1995 – nota ns.)”, a se vedea, I. Deleanu, *Cu privire la exercitarea profesiei de avocat în afara barourilor constituite pe temeiul și în condițiile Legii nr. 51/1995*, „Dreptul” nr. 1/2005, p. 29; la rândul său, Înalta Curte de Casație și Justiție, într-o decizie în interesul legii, ne spune că „este de la sine înțeles că nu este posibilă îndeplinirea unei asemenea profesii (profesia de avocat – nota ns.) în afara cadrului instituționalizat de acea lege (Legea nr. 51/1995 – nota ns.)”, a se vedea, Înalta Curte de Casație și Justiție, secțiunile unite, *decizia nr. XXVII din 16 aprilie 2007* („Monitorul Oficial al României”, Partea I, nr. 772 din 14 noiembrie 2007); instanța supremă, în aceeași decizie, mai spune: „este semnificativ că în art. 1 alin. 2 din Legea nr. 51/1995(...) s-a prevăzut că «profesia de avocat se exercită numai de avocații înscrși în tabloul baroului din care fac parte, barou component al Uniunii Naționale a Barourilor din România, denumită în continuare U.N.B.R.», iar prin alin. 3 al aceluiași articol s-au interzis expres constituirea și funcționarea de barouri în afara U.N.B.R., sub sancțiunea nulității de drept a acestor acte” (cercetând site-ul <http://bota.ro/>, observăm că, în cazul UNBR Bota –presupunând că putea fi înființată-, avem de a face cu avocați înscrși în tabloul baroului din care fac parte, barou component, membru al UNBR; barourile –Bota- sunt constituite și funcționează înăuntrul UNBR –Bota-). Totuși, studiul din 2005 al profesorului Ion Deleanu și decizia din 2007 a Înaltei Curți nu sunt apte să „răpună” avocatura paralelă (așa cum sugeram, măcar pe marginea deciziei Înaltei Curți, prin cele zise în ultima paranteză a frazei anterioare). Din 2004, mai exact, din 20 iunie 2004, avem de a face cu UNBR Bota (ni se pare, astfel, că doctrina și jurisprudența ar fi trebuit să analizeze dacă UNBR Bota putea fi înființată, dacă ea există din punct de vedere juridic, doctrina și jurisprudența trebuiau să abordeze cât se poate de clar, expres, chestiunea constând în posibilitatea înființării UNBR Bota, ceea ce studiul –ca de obicei, extrem de erudit- al profesorului Ion Deleanu și hotărârea instanței supreme, ambele indicate aici, nu au făcut-o; putem spune, pare-ni-se, că studiul din 2005 al maestrului Ion Deleanu și decizia în interesul legii din 2007 a Înaltei Curți nu au răpus avocatura paralelă). Precum ziceam la chiar nota de subsol de față, în privința UNBR Bota (presupunând că putea fi înființată) este aplicată Legea nr. 51/1995, este vorba despre cadrul instituționalizat prin Legea nr. 51/1995 [profesorul Deleanu ne mai învață că însăși legiuitorul, prin dispozițiile art. 82 alin. (1) din Legea nr. 51/1995, a considerat necesar să avertizeze că desfășurarea avocaturii în afara UNBR este infracțiune, a se vedea, I. Deleanu, *op.cit.*, p. 25; nu putem să nu observăm că avocatura paralelă se desfășoară în UNBR (Bota) –presupunând că ea putea fi înființată-, avocatura paralelă și UNBR Bota (presupunând că putea fi înființată) sunt elemente ce se îmbină]; avocatura paralelă și UNBR Bota sunt elemente ce se îmbină, sunt elemente puternic înlănțuite, așa încât am putea spune că în cazul UNBR Bota (presupunând că putea fi înființată) și, de asemenea, în cazul avocaturii paralele (avocaturii Bota), avocatură paralelă puternic înlănțuită de UNBR Bota, avocatură paralelă ce se îmbină cu UNBR Bota, este incidentă Legea nr. 51/1995, este vorba despre cadrul instituționalizat prin Legea nr. 51/1995, nefiind în prezența unor aspecte contrare legii sau care eludează dispozițiile ei; într-adevăr, în cazul avocaturii paralele, a UNBR Bota –presupunând că ea putea fi înființată- suntem în prezența unor elemente ce se pliază pe Legea nr. 51/1995 chiar în forma ce i-a fost dată de Legea nr. 255/2004; rămâne ideea: referitor la avocatura paralelă, la UNBR Bota (presupunând că ea putea fi înființată) este aplicată Legea nr. 51/1995, este vorba despre cadrul instituționalizat prin Legea nr. 51/1995.

- Bineînțeles, rămâne de văzut dacă UNBR Bota putea fi înființată, dacă ea există. În măsura în care UNBR Bota nu putea fi înființată, dacă ea nu există, atunci nu sunt în ființă, nu există nici elementele ce compun, ce sunt membre ale UNBR Bota, anume barourile Bota, așa încât, în mod logic, în privința tuturor acestor entități (UNBR Bota și barourile Bota) nu este aplicată Legea nr. 51/1995, nu este vorba despre cadrul instituționalizat prin Legea nr. 51/1995; de asemenea, nici în cazul avocaturii paralele (avocaturii Bota) nu este incidentă Legea nr. 51/1995, nu este vorba despre cadrul instituționalizat prin Legea nr. 51/1995; la urma urmelor, este vădit că Legea nr. 51/1995, cadrul instituționalizat prin această lege nu pot viza, nu ar putea viza, nu au cum să vizeze elemente care nici măcar nu există din punct de vedere juridic.
- ⁵¹ Fl. Măgureanu, *Considerații privind modificările și completările propuse pentru Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat*, "Revista de Drept Comercial" nr. 3/2004, p. 125 și p. 126
- ⁵² C. Miloiu, *Situația juridică a Barourilor din România*, p. 1. Articolul se regăsește pe site-ul lui Ciprian Miloiu (http://www.avocatmiloiu.com/index_ro-4.html), așa încât probabilitatea ca acest articol să fi fost scris chiar de Ciprian Miloiu este mare (astfel, îl cităm pe Ciprian Miloiu ca autor; mai spunem că, din câte se pare, Ciprian Miloiu este avocat Bota).
- ⁵³ Vorbim despre UAR tradițională pentru a o separa de UAR Bota (pentru o situație în care am folosit noțiunea de "UAR Bota", a se vedea, de pildă, *supra*. nr. 2, nota de subsol nr. 3). Totuși, UAR tradițională (plasându-ne pe terenul concesiilor făcute avocaților Bota) există din momentul adoptării Legii nr. 51/1995 (devenind, ulterior, UNBR tradițională), iar despre UAR Bota (devenită ulterior UNBR Bota) se poate discuta doar din 20 iunie 2004 (de observat că în momentul apariției Legii nr. 231/2000, UAR Bota –devenită UNBR Bota– nu era înființată).
- ⁵⁴ Prin cuvântul "Uniune", Curtea Europeană de la Strasbourg se referă la Uniunea Avocaților din România tradițională, așa cum poate observa orice lector al deciziei despre care discutăm.
- ⁵⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, volume I, *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, 1^{re} édition "Quadrige", Presses Universitaires de France, Paris, 2004, p. 695, paragraful nr. 354
- ⁵⁶ Găsim extrem de interesant un anumit lucru, așa încât am dori să-l discutăm măcar în cadrul unei note de subsol. Lucrul la care ne refeream în fraza precedentă ar fi acesta: unii au afirmat că "(...) în condițiile societății moderne (...), rolul avocatului nu mai poate fi redus la acela al unui auxiliar al justiției, ideea privitoare la rolul avocatului, de partener al autorităților chemate să înfăptuiască justiția, fiind mult mai realistă" (a se vedea intervenția lui N. Crăciun din lucrarea următoare: R. Dimiu, *op.cit.*, p. 100). Din vorbele lui Nicolae Crăciun se desprinde că avocatul nu mai este un simplu, doar auxiliar al justiției, ci este ceva mai mult, adică un partener al autorităților chemate la înfăptuirea justiției, întrucât o asemenea idee este mult mai realistă. Vorba unui mare, ba chiar colossal, doctrinar (D. Alexandresco, *notă la decizia nr.544 din 15 iunie 1921 a Curții de Casație*, „Pandectele Române” nr. 1/2001, p. 195): "Auziți argument !".
- Doctrina franceză, atât cea mai veche (J. Vincent, *Procédure civile*, dix-neuvième édition, Dalloz, Paris, 1978, p. 246, paragraful nr. 201 *bis*), însă și cea mai recentă, adică mai apropiată de zilele noastre (H. Croze, Ch. Morel, O. Fradin, *Procédure civile. Manuel pédagogique et pratique*, 3^e édition, Litec, Paris, 2005, p. 167; S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile*, cinquième édition, Dalloz, Paris, 2006, p. 169-170, paragraful nr. 131.243; R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 12^e édition, Montchrestien, Paris, 2006, p. 331, paragraful nr. 407), ne arată că avocatul este un auxiliar al justiției; chiar și legiuitorul francez vede avocatul ca fiind un auxiliar al justiției [art.3 alin. (1) din Legea nr. 71-1130 din 31 decembrie 1971 privind reforma anumitor profesii judiciare și juridice].

Curtea Europeană a Drepturilor Omului nu poate fi ignorată în cadrul discuției purtate la prezenta notă de subsol. Întru început, trei hotărâri ale instanței europene vom avea în vedere, hotărâri ce ni se par relevante din perspectiva aspectului aici dezbătut; aceste trei hotărâri sunt: hotărârea pronunțată în afacerea Casado Coca c. Spaniei din 24 februarie 1994, hotărârea pronunțată în afacerea Schöpfer c. Elveției din 20 mai 1998 și hotărârea pronunțată în afacerea Nikula c. Finlandei din 21 martie 2002 (toate aceste hotărâri, pronunțate în afacerile ce tocmai le-am indicat, pot fi consultate la următoarea adresă de Internet: <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/>). În hotărârea din afacerea Casado Coca, instanța europeană de la Strasbourg ne spune: “(...) un avocat; en sa qualité d’auxiliaire de la justice (...)” - a se vedea, paragraful nr.46 din hotărârea pronunțată în afacerea Casado Coca; “(...) un avocat (...); son statut spécifique le place dans une situation centrale dans l’administration de la justice, comme intermédiaire entre le justiciable et les tribunaux (...)” - a se vedea, paragraful nr. 54 din hotărârea pronunțată în afacerea Casado Coca. Curtea Europeană de la Strasbourg, în hotărârea din afacerea Schöpfer, arată: “la Cour rappelle que le statut spécifique des avocats les place dans une situation centrale dans l’administration de la justice, comme intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux (...)” - a se vedea, paragraful nr. 29 din hotărârea pronunțată în afacerea Schöpfer. În hotărârea din afacerea Nikula, instanța europeană indică: “la Cour rappelle que le statut spécifique des avocats les place dans une situation centrale dans l’administration de la justice, comme intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux (...)” - a se vedea, paragraful nr. 45 din hotărârea pronunțată în afacerea Nikula. Ni se pare că trebuie să privim simultan toate cele zise de Curte, vorbe ale Curții Europene indicate de noi, anterior, la această notă de subsol; afirmația Curții cum că avocatul se află într-o situație centrală în administrarea justiției, ca intermediar între justițiabili și instanțe (afirmație apărută în hotărârea din afacerea Casado Coca și apoi, am putea zice, inserată în hotărârile din afacerile Schöpfer și Nikula) trebuie privită alături de afirmația făcută în hotărârea din afacerea Casado Coca, cum că avocatul este un auxiliar al justiției (mai ales că cele două afirmații - “avocatul se află într-o situație centrală în administrarea justiției, ca intermediar între justițiabili și instanțe” și “avocatul este un auxiliar al justiției” - apar în hotărârea din afacerea Casado Coca). Văzând laolaltă cele două afirmații ale Curții (anume, “avocatul se află într-o situație centrală în administrarea justiției, ca intermediar între justițiabili și instanțe” și “avocatul este un auxiliar al justiției”) suntem de părere că, în ochii instanței europene de la Strasbourg, avocatul este un auxiliar al justiției, ce are un rol important în administrarea justiției. Rămâne, însă, ideea că avocatul este doar un auxiliar al justiției, în optica instanței europene; că astfel stau lucrurile, anume că instanța europeană de la Strasbourg vede avocatul ca fiind un auxiliar al justiției, ni se arată cu deosebită claritate într-o altă hotărâre a respectivei instanțe, anume hotărârea pronunțată în afacerea Steur c. Olandei din 28 octombrie 2003 (a se vedea, paragraful nr. 38 al hotărârii din afacerea Steur); hotărârea din afacerea Steur c. Olandei poate fi consultată pe Internet la adresa <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/>.

În opinia noastră, avocatul este un auxiliar al justiției, auxiliar ce are un rol important, însă, totuși, doar un auxiliar al justiției (ni se pare că, în definitiv, nu este de dorit a se exagera pe marginea a ceea ce reprezintă avocatul); într-adevăr, așa cum spun mai ales instanța europeană de la Strasbourg (precum am zis mai sus, la această notă de subsol, în viziunea Curții Europene de la Strasbourg, avocatul este un auxiliar al justiției) și doctrina franceză, avocatul este un auxiliar al justiției și, precum tocmai ziceam, la fel credem și noi.

⁵⁷ În cele din urmă, expresia “UNBR tradițională” poate fi considerată improprie. Cum în sistemul nostru juridic există o singură UNBR, ar trebui ca în privința așa-zisei “UNBR tradiționale” să vorbim pur și simplu despre UNBR.

⁵⁸ Din nefericire, această evidență este contrazisă de multitudinea soluțiilor surprinzătoare de practică judiciară prin care, în urma unei analize absolut superficiale mai ales a prevederilor Legii nr. 51/1995 privind organizarea profesiei de avocat, s-a dispus fie achitarea inculpatului fie scoaterea de sub urmărire penală a acestuia considerându-se că acțiunea penală este lipsită de obiect pentru că fapta nu există sau ea nu este prevăzută de legea penală [art. 10 lit. a), respectiv b) C. proc. pen.]. Argumentele invocate în motivarea acestor inexplicabile „victorii” reputeate de UNBR Bota, barourile Bota și avocații săi sunt disponibile și pe www.bota.ro, secțiunea „Noutăți”, care argumente, ținând seama de cele arătate de către noi în studiul de față, sunt cu totul imprecise, inexacte științific. Nu socotim că este necesar să abordăm, punctual, în studiul de față părerile magistraților prin care se dă apă la moară UNBR Bota, barourilor Bota și avocaților Bota. Așadar, principial, ne vom limita la o remarcă generală, ne vom limita la a spune aceasta: prin prisma mai ales a celor arătate în prezenta lucrare, soluțiile, argumentele magistraților favorabile UNBR Bota, barourilor Bota, „avocaților Bota” sunt revoltător de inexacte; ba chiar, un procuror al Parchetului de pe lângă Judecătoria sectorului 5 din București, printr-o rezoluție din data de 4 martie 2009, nu se dă în lături de la a perverti într-o manieră atroce, abominabilă decizia cu privire la admisibilitatea cererii nr. 24057/03 prezentată de Pompiliu Bota contra României, decizie a Curții de la Strasbourg, scoțând în mod grotesc din context o afirmație a instanței europene (într-adevăr, văzând în ansamblu decizia cu privire la admisibilitatea cererii nr. 24057/03 prezentată de Pompiliu Bota contra României, decizie a instanței europene de la Strasbourg, dacă „avocații” Bota vor să fie, în realitate, avocați ei trebuie să fie incluși în barourile tradiționale, să se raporteze la barourile și la UNBR tradiționale; referindu-ne mai ales la entitatea națională a avocaturii, o mai spunem o dată: UNBR tradițională este singura din sistemul nostru juridic).

⁵⁹ Articolul 281 C. pen. este un exemplu clasic de normă cadru (în alb), care devine aplicabilă doar „în momentul în care apare o lege specială care prevede că exercitarea fără drept a unei anumite profesii se sancționează potrivit legii penale”- cum este cazul articolului 25 din Legea nr. 51/1995. A se vedea, F. Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală*, vol. I, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 140.

⁶⁰ Conform art. 281 C.pen. exercitarea fără drept a unei profesii sau a oricărei alte activități pentru care legea cere autorizație, ori exercitarea acestora în alte condiții decât cele legale, dacă legea specială prevede că săvârșirea unor astfel de fapte se sancționează potrivit legii penale, se pedepsește cu închisoare de la o lună la 1 an sau cu amendă.

⁶¹ Deși s-a afirmat de nenumărate ori faptul că activitatea avocaților se circumscrie noțiunii de serviciu public (pentru argumente în acest sens, a se vedea și I. Deleanu, *Cu privire la exercitarea profesiei de avocat în afara barourilor constituite pe temeiul și în condițiile Legii nr. 51/1995*, „Dreptul” nr. 1/2005, p. 27), astfel că s-ar putea susține că aceștia au calitatea de funcționar public conform definiției penale, această posibilă etichetă a avocatului nu face ca fapta avocaților Bota să poată fi considerată uzurpare de calități oficiale, textul cerând uzurparea unei calități oficiale (din aparatul statului) și nu a unei calități publice de prestator al unui serviciu public.

⁶² O construcție similară găsim și în alte state europene. Astfel, spre exemplu, în sistemul italian art. 1 alin. (1) din Decretul nr. 1578/1933, interzice oricărei persoane care nu are calitatea de avocat să desfășoare activități specifice profesiei, iar violarea acestei prevederi atrage răspunderea penală a persoanei conform art. 348 Codul penal italian. Art. 348 din Codul penal italian incriminează persoana care exercită în mod abuziv o profesie pentru care este necesară autorizarea statului (în sens larg, deci inclusiv a persoanelor juridice de drept public), sancționând fapta cu o pedeapsă cu închisoarea până la 6 luni sau amendă între 103 și 516 Euro. În sistemul spaniol, infracțiunea corespondentă celei de exercitare fără drept a profesiei de avocat este cea prevăzută de art. 403 din Codul penal spaniol, prin care este incriminată fapta de a exercita acte proprii unei profesii fără a deține titlul aferent, fapta fiind sancționată cu amenda penală.

Aceste sisteme nu sancționează însă doar exercitarea fără drept a unei profesii, ci și faptul de a afișa public calitatea de titular al unei profesii. Astfel, conform art. 498 din Codul penal italian persoana care poartă în public semne distinctive ale unei profesii, iar în sistemul spaniol infracțiunea de exercitare fără drept a unei profesii se comite în formă agravată atunci când autorul afișează în public „deținerea” titlului profesional aferent. Într-o manieră similară, în dreptul german (art. 132a din Codul penal german) este sancționat cel care folosește în mod abuziv titulatura de avocat.

⁶³ Se poate observa o inadvertență a textului față de restul prevederilor din Legea nr. 51/1995, căci acesta folosește termenul de „asistență juridică” ca fiind unul general, pe când în art. 3 (mai exact art. 3 lit. b) termenul apare ca fiind o subcomponentă a activității avocatului și nu unul care înglobează întreaga activitate a acestuia. Oricum, nu putem fi acuzați de o încălcare a imperativului *lex stricta* având în vedere faptul că însuși legiuitorul remediază această inexactitate în textul de incriminare prin stabilirea ca punct de reper a art. 3 din lege în integralitatea sa pentru particularizarea laturii obiective a infracțiunii

⁶⁴ Oferim un exemplu pentru clarificarea acestei ultime afirmații: orice persoană (chiar și nelicențiată în drept) poate oferi ocazional unei alte persoane sfaturi juridice, poate redacta acte juridice. Caracterul ocazional al acestor activități este esențial, pentru că odată ce acestea dobândesc un caracter organizat și continuu, chiar dacă persoana nu-și arogă în mod explicit titulatura de avocat, conduita sa va intra sub incidența textului de incriminare.

⁶⁵ Mai ales că tentativa la această infracțiune nu este sancționată.

⁶⁶ Ceea ce este esențial pentru existența faptei este aceea că sunt exercitate activități specifice profesiei de avocat fără drept. Nu are absolut nicio importanță faptul că persoana care exercită fără drept această profesie are o pregătire profesională impecabilă sau că interesele clientului nu au fost *de facto* periclitate. Toate acestea sunt elemente care vor putea fi valorificate în procesul de individualizare a sancțiunii.

⁶⁷ Termenul de exercitare sugerează prin însăși semantica lui un caracter repetat al unor activități specifice unei anumite profesii. Caracterul de continuitate necesar pentru existența infracțiunii, dedus din semnificația uzuală a verbului „a exercita”, este afirmat constant de doctrină. Cu titlu exemplificativ, a se vedea și V. Dongoroz ș.a., *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea specială*, vol. IV, ed. II, Editura Academiei Române și editura All Beck, București, 2003, p. 309.

⁶⁸ Infracțiunea de obicei este cea infracțiune care se consumă în momentul în care există suficiente acte de executare care să releve obiceiul. Se observă odată cu această definiție de ce o paralelă cu această tipologie a infracțiunii este justificată: repetitivitatea este un element determinant pentru ambele infracțiuni.

- ⁶⁹ Deci, totul va depinde de existența “exercitării unei profesii”. Această exercitare, va rezulta de regulă din realizarea repetată a unor activități specifice profesiei de avocat, însă ea poate rezulta în cazuri excepționale și din comiterea unui singur act, care însă are o importanță atât de mare încât denotă automat existența exercitării. În orice caz, și în această ultimă ipoteză orice activitate ulterioară exercitată va forma împreună cu primul act o singură infracțiune.
- ⁷⁰ Pentru o opinie contrară, a se vedea, A. Ungureanu, *Protecția penală a avocaturii și a avocatului în exercitarea profesiei sale, în lumina Legii nr. 51/1995*, „Revista de Drept penal” nr. 3/1996, p. 53. Un alt argument este acela că în momentul în care există un dubiu cu privire la conținutul norme penale în urma procesului de interpretare va fi activat principiul *in dubio pro reo* [există, însă, unii autori care sunt de părere că „in dubio pro reo nu are nicio influență asupra modului de interpretare a normelor penale (...)”, a se vedea, I. Deleanu, S. Deleanu, *Mică enciclopedie a dreptului. Adagii și locuțiuni latine în dreptul românesc*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 2000, p. 149].
- ⁷¹ A se vedea dispozitivul hotărârii disponibil pe <http://www.juridice.ro/38389/judecatoria-deva-pompiliu-bota-a-fost-condamnat-pentru-exercitarea-fara-drept-a-profesiei-de-avocat.html>.
- ⁷² Potrivit art. 1 alin. (2) din Legea nr. 51/1995 „profesia de avocat se exercită numai de avocații înscrși în tabloul baroului din care fac parte (...)”, așa încât explicația pentru care art. 25 din aceeași lege reclamă înscrierea pe tabloul avocaților ar fi necesitatea unei concordanțe cu alin. (2) al art. 1.
- ⁷³ Aceasta este și soluția altor state europene, spre exemplu Spania. A se vedea L. Rodríguez Ramos, P. C. Oquendo, *Codigo Penal comentado y con jurisprudencia*, ed. 2, Editura Wolters Kluwers-La Ley, Madrid, 2007, p. 618
- ⁷⁴ A se vedea, M. Stănculescu, *Forme de răspundere contravențională și penală a persoanelor care desfășoară ilegal activitatea de avocat în România*, publicat pe <http://www.juridice.ro/27852/forme-de-raspundere-contravenționala-si-penala-a-persoanelor-care-desfasoara-ilegal-activitatea-de-avocat-in-romania-martie-2007.html>. Tot aici autorul face referire la alte posibile fapte penale pe care avocatul Bota le poate comite în cadrul exercitării fără drept a profesiei de avocat.
- ⁷⁵ Răspunderea civilă a avocatului este o temă cu adevărat captivantă, ba, am putea chiar zice, că este o temă gingașă. Din nefericire, însă, o atare temă nu poate fi abordată în studiul de față. Vom zice, totuși, că răspunderea civilă a avocatului nu a scăpat atenției doctrinarilor, a se vedea, H. Slim, *La responsabilité professionnelle des avocats, avoués et conseils juridiques*, Litec, Paris, 2002, p. 1-93 (lucrarea tocmai citată conține și o bogată jurisprudență cu privire la răspunderea civilă a avocatului).
- ⁷⁶ Dacă e să ne referim la dreptul comparat, de asemenea, observăm că entitățile avocaturii au fost înființate de legiuitor. De pildă, așa stau lucrurile în dreptul belgian (a se vedea, Cartea a III-a, art. 428-508/25 din Codul judiciar belgian, însă în special art. 488 din Codul judiciar belgian), în dreptul luxemburghez (a se vedea, Legea din 10 august 1991 cu privire la profesia de avocat, dar în special art. 7 din respectivul act normativ) și în dreptul francez [a se vedea, Legea nr. 71-1130 din 31 decembrie 1971 cu privire la reforma anumitor profesii judiciare și juridice, însă, mai ales, art. 15, art. 21 alin. (1) și art. 21-1 din respectiva lege franceză].
- ⁷⁷ Pentru toate detaliile, a se vedea, C.-L. Popescu, *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților*, p. 110-111, paragraful nr. 146 și p. 112, paragraful nr. 149
- ⁷⁸ Într-o doară fie spus, problema înființării UNBR Bota și barourilor Bota este un aspect nebulos. Chiar și așa, este o certitudine că entitățile Bota nu au fost înființate de legiuitor, care legiuitor este singurul ce putea și poate crea entități ale avocaturii, astfel că UNBR Bota și barourile Bota sunt inexistente din punct de vedere juridic.