

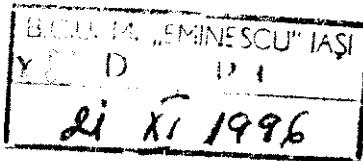
**ANALELE ȘTIINȚIFICE
ALE
UNIVERSITĂȚII «AL. I. CUZA»
DIN IAȘI
(SERIE NOUĂ)**

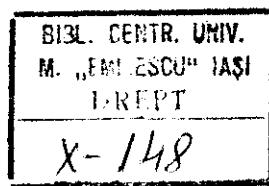
ȘTIINȚE JURIDICE



TOM XL, XLI, XLII

1994/1995/1996





5. 1001

1160

N-148

**ANALELE ȘTIINȚIFICE
ALE
UNIVERSITĂȚII «AL. I. CUZA»
DIN IAȘI
(SERIE NOUĂ)**

ȘTIINȚE JURIDICE

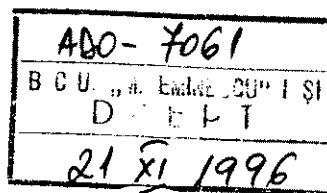


4010599
Periodice

TOM XI, XLI, XLII

1994/1995/1996

 **Editura Universității «Al. I. Cuza»**



COMITETUL DE REDACTIE

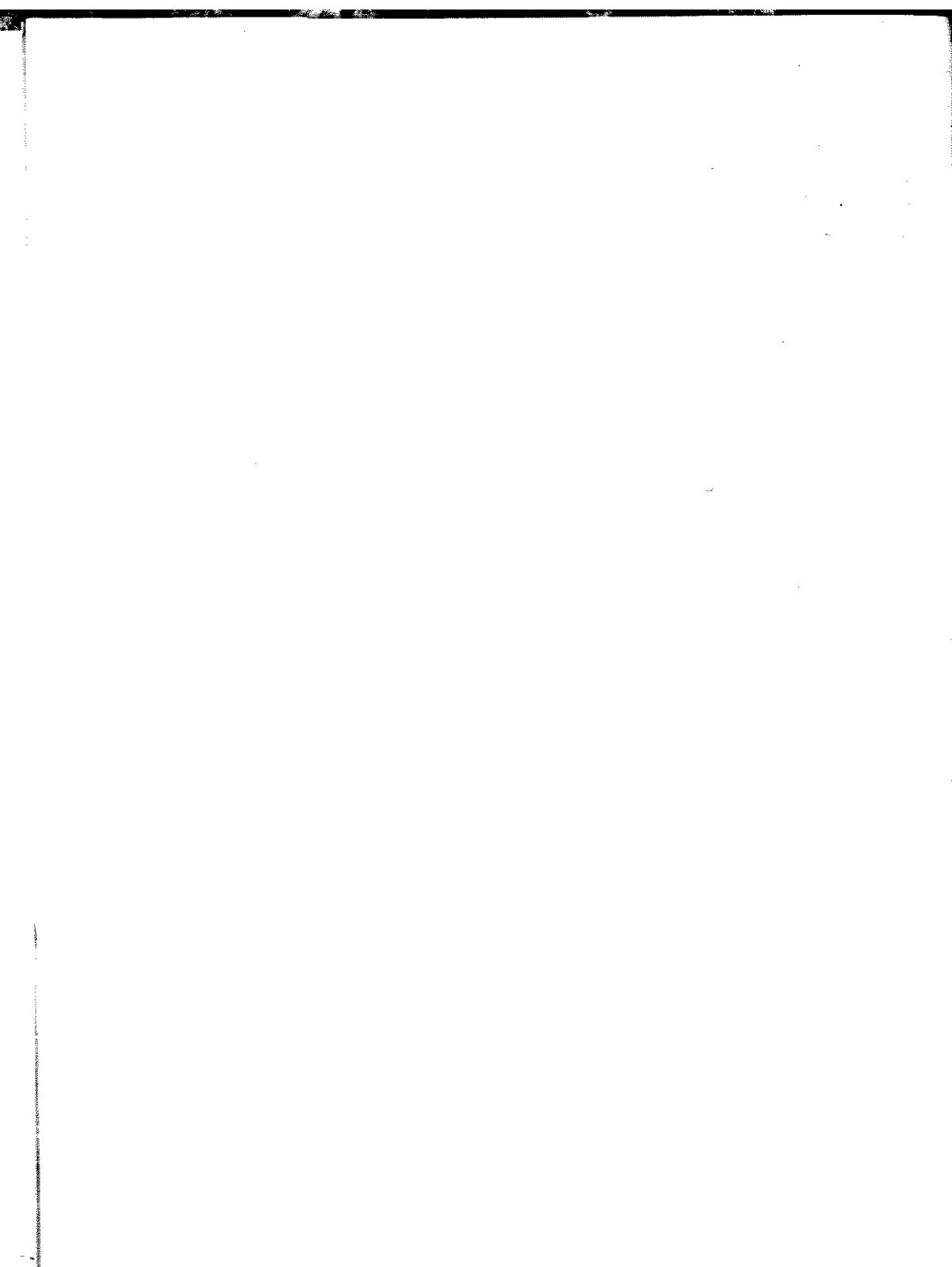
Pr. dr. Mihai Jacotă, Prof. dr. Ioan Macovei, Prof. dr. Dumitru Radu,
Prof. dr. Ștefan Rauschi, Prof. dr. Grigore Gr. Theodoru,
Lect. Tudorel Toader, Asist. Carmen Tamara Ungureanu

Prof. dr. Ioan Macovei – Redactor responsabil
Asist. Carmen Tamara Ungureanu – Secretar de redacție

CUPRINS

STUDII ȘI ARTICOLE

Marian Enache, CONCEPUTUL DE EXECUTIV. IMPLICAȚII TEORETICE ȘI PRACTICE	5
Mihai Jacotă, Ioan Macovei, CONFLICTE SOCIALE ȘI POLITICE ÎN CILICIA, PROVINCIE DIN ASIA MICĂ SUB ADMINISTRAȚIA ROMÂNĂ	13
Gheorghe Filip, PROCEDURA APLICĂRII SANCTIUNILOR DISCIPLINARE	27
Dumitru Macovei, UNELE PROBLEME JURIDICE PRIVIND NEDEMNITATEA SUCCESORALĂ	45
Gheorghe Durac, REGISTRUL JURIDIC AL DREPTULUI DE PROPRIETATE COMUNĂ	57
Grigore Gr. Teodoru, CONSIDERAȚII PRIVIND SISTEMUL CĂILOR DE ATAC ÎN PROCESUL PENAL	65
Narcis Giurgiu, ASPECTE PRIVIND LEGĂTURA CAUZALĂ ÎN DREPTUL PENAL	81
Tudorel Toader, DREPTURILE PROCESUAL-PENALE ALE PĂRȚII VĂTAMATE ÎN DESFĂȘURAREA PROCESULUI PENAL	93
Maria Ioana Michinici, DESPRE POSIBILITATEA REȚINERII COAUTORATULUI ÎN CAZUL INFRACTIONII DIN CULPĂ ..	101
Marius Balan, EVOLUȚIA PROTECȚIEI MINORITARILOR PÂNĂ LA CONSTITUIREA SISTEMULUI SOCIETĂȚII NAȚIUNILOR ..	109
Ioan Macovei, Gabriela Lupșan, CONVENTIA DE LA IIAGA DIN OCTOMBRIE 1985 CU PRIVIRE LA LEGEA APPLICABILĂ CONTRACTULUI DE VÎNZARE INTERNAȚIONALĂ DE MÂRFURI	119
ACTE NORMATIVE NOI	
Ioan Macovei, Carmen Tamara Ungureanu, REGLEMENTAREA RAPORTURILOR DE DREPT INTERNATIONAL PRIVAT ÎN ROMÂNIA	133
RECENZII	
Sergiu Selian, <i>Istoria unui genocid ignorat</i> (MARIA DVORACEK); Gheorghe Nistoreanu și colectiv, <i>Drept penal - partea specială</i> (TUDOREL TOADER); Georg Dahn și colectiv, <i>Volkerrecht</i> (MARIUS BALAN); Patrick Thornberry, <i>International Law and the rights of minorities</i> (MARIUS BALAN)	139



STUDII ȘI ARTICOLE

CONCEPUTUL DE EXECUTIV.
IMPLICATII TEORETICE ȘI PRACTICE

DE

MARIAN ENACHE

Încercarea abordării, cel puțin la nivelul punerii problemei, a unei asemenea teme complexe și insuficient conturată încă, din motive obiective, în literatura noastră de specialitate, se justifică prin interesul practic al cunoașterii și al aplicării instituției executivului în cadrul mecanismului instituțional concret al statului de drept.

Determinarea conceptului de executiv presupune, în primul rînd, integrarea demersului științific într-o concepție teoretică globală, izvorită din teoria separației puterilor în stat, ai cărei fondatori sunt prin excelență John Locke (1632-1704) și Montesquieu (1689-1755). Născută din practica guvernării engleze, teoria separației puterilor în stat a fost sintetizată de John Locke și dezvoltată de Montesquieu în *L'Esprit de loi* (1748), pentru ca apoi să devină sursă de inspirație pentru fondatorii Statelor Unite ale Americii, pentru revoluționarii francezi de la 1789 și pentru întreaga evoluție democratică a statelor lumii. Această direcție de acțiune politică a devenit astăzi mai actuală ca oricând, întrucât condițiile care au generat-o - ieșirea din dictatură - sunt pentru țările Europei eliberate de comunism tot atât de actuale ca și cele din vremea abolirii absolutismului monarhic.

Descrierea principiului separației puterilor în stat îi aparține în cea mai mare măsură lui Montesquieu, care distinge în orice stat o putere legislativă, o putere executivă a treburilor care tin de dreptul gîntilor și o putere executivă în treburile care depind de dreptul civil.

Puterea legislativă, în această concepție filosofică, rezidă în puterea principelui sau a magistratului de a face legi și de a le îndrepta sau de a le abroga.

Puterea executivă constă în dreptul aceluiași personaj de a declara război sau de a stabili pacea, de a trimite și de a primi ambasadori, de a asigura securitatea internă și de a preveni invaziile străine.

Cea de a treia putere constă în dreptul principelelui de a pedepsi crimele și de a judeca neînțelegerile dintre persoanele particulare¹.

În interpretarea autorului francez Jacques Cadart, Montesquieu nu a definit structuri organizatorice ale statului aşa cum îl cunoaștem noi în evoluția sa ulterioară, ci doar

funcțiile legislative, executivă și jurisdictională, ale statului, care în timp au evoluat și s-au sedimentat în structuri distincte ale puterii statale. Dar fără să-și piardă actualitatea, această teorie a stat la baza statului modern în care competențele legislative, executive și judecătoarești, sunt încredințate unor organe de stat distincte.

Pornind de la existența celor trei funcții statale, Montesquieu ajunge la concluzia că orice om care detine puterea este tentat să abuzeze de ea, de unde și concluzia firească potrivit căreia o putere în stat trebuie să se opună alteia pentru a se putea salva libertatea umană.

De aici se revendică și ceea ce este esențial în concepția filosofului francez, și anume că libertatea umană nu poate fi concepută în condițiile în care puterea judecătoarească nu este separată de cea legislativă și de cea executivă.

În practica statală, teoria separației puterilor în stat și-a găsit o recunoaștere definitivă în experiența Revoluției franceze, care a și consacrat termenii de putere legislativă, executivă și judecătoarească, dându-le un înțeles mai apropiat de semnificația lor actuală.

Este concludent în acest sens faptul că în Declarația drepturilor omului și cetățeanului din 26 august 1789 se stabilește ritos că o societate nu are Constituție dacă nu garantează drepturile și nu asigură separația puterilor.

Constituția franceză din 3 septembrie 1791 proclamă expres că puterea executivă aparține regelui, puterea judecătoarească fiind delegată judecătorilor aleși de popor, iar cea de reprezentare a națiunii, corpului legislativ și regelui.

După cum se poate observa în concepția revoluționarilor francezi *conceptul de "executiv"* era redus la rege și la miniștrii săi, puterea acestora, afiindu-se într-un net decalaj față de puterea legislativă, ceea ce a și dus în 1792 la 10 august, la răsturnarea lui Ludovic al XVI-lea, ca urmare a veto-ului pe care l-a opus la două decrete ale Adunării.

Se observă astfel că atât în concepția lui Montesquieu cât și a Revoluției franceze *termenul de "executiv"* era sinonim cu cel de guvern, ceea ce îl determină pe Jacques Cadart să constate că: "Este foarte regretabil deoarece aceasta întreține iluzia că guvernul nu ar putea fi decât un simplu executant al deciziilor parlamentului ori al poporului (prin acte juridice individuale în teoria cea mai extremă prezentată mai sus), ceea ce este și ar fi din punct de vedere practic irealizabil, oricare ar fi dorințele sau opiniiile unor utopisti".

În rîndul observatorilor francezi ai fenomenului politic, Pierre Pactet își definește cu o deosebită acuratețe poziția față de executiv.

În opinia acestui autor, *executivul* nu mai apare ca o autoritate unică și personalizată, ci el vorbește de organe executive care posedă deplinul exercițiu al puterii politice, pornind de la faptul că în cazul organelor responsabile în fața parlamentului cel puțin 90% dintre legile adoptate sunt de origine parlamentară².

Se poate considera astfel, că organele executive, departe de a fi assimilate sensului etimologic originar - elemente secundare și subordonate legislativului în virtutea filosofiei Secolului Luminilor – reprezintă elementul motor și dinamic al întregului sistem politic³.

În aceeași opinie, executivul nu poate fi confundat cu administrația de stat, primul fiind, prin excelență, un organ politic, în timp ce administrația numai în modelul american dobîndește relief politic – în celealte tipuri de sisteme politice, functionarul

care exercită administrația de stat fiind beneficiarul unui statut de stabilitate în funcție de conservare a sistemului și, prin aceasta, un factor de opoziție în raport cu structurile politice ale executivului.

Independent de rezervele autorului francez, este necesar să observăm puterile "executivului" în diferitele sale ipostaze constitutionale.

Astfel, într-o clasificare care aparține lui Jacques Cadart, *puterea executivă sau puterea guvernamentală* îmbracă mai multe forme: executivul monocratic, guvernul colegial, guvernul dualist și executivul regimului de adunare⁶.

1. *Executivul monocratic* este propriu atât regimurilor democratice cât și celor autoritare, fiind cel mai răspândit sistem în regimurile dictatoriale și în cele bazate pe monarhie ereditată.

În sistemele politice contemporane, executivul monocratic este reprezentat de SUA, unde președintele reprezintă singura autoritate executivă⁷, secretarii săi - în concepția europeană miniștri - fiind numiți și destituiți de către șeful executivului.

În SUA, președintele este prin excelență un factor politic, alegerea sa făcindu-se de către corpul electoral într-o manieră indirectă, dar care, prin mandatul imperativ acordat electorilor, se dovedește a fi o alegere quasi-directă.

În acest stat, "executivul" se reduce la președinte, administrația, deși subordonată acestuia, având un statut de sinestătător. Modelul american și-a găsit numeroase replici în America de Sud, unde majoritatea statelor au în frunte o președinție similară SUA.

O situație asemănătoare are Franța, în care sistemul semi-prezidențial izvorăște dintr-o dublare a activității administrative prin tehnici electorale distincte.

Pe de o parte, președintele republicii este ales direct de către popor, iar pe de alta guvernul este expresia voinei parlamentare, ceea ce nu a dus la eliminarea caracterului monocratic al executivului, și prin aceea că dispozițiile președintelui se transformă în decizii asimilate de guvern în integralitate.

Ca atare, în acest sistem politic bipolaritatea executivului apare mai mult formală din perspectiva sursei deciziilor, dar nu trebuie uitat faptul că intervenția controlului parlamentar asupra guvernului temperează tendințele dictatoriale ale șefului executivului.

În practică însă, președintele Franței nu are nici timpul și nici cunoștințele necesare pentru a conduce efectiv ministerele sale, lăsându-le astfel o mare libertate de acțiune, inclusiv în unele probleme particulare⁸.

2. *Guvernul colegial* rezidă în asumarea unor funcții executive de către un colegiu sau organ colectiv în conformitate cu anumite reguli constituționale.

În forma lor incipientă, primele organe executive colegiale au apărut în Roma antică, reprezentate de duumviratul celor doi consuli. O soluție mai apropiată de zilele noastre a încercat să o ofere Consulatul francez al anului VIII, acesta din urmă arătându-se a fi tot atât de monocratic ca și celelalte ipostaze dictatoriale ale executivului.

În evoluția guvernului colegial, maxima sa potență a fost realizată în cadrul regimurilor parlamentare, în care legislativul și executivul se află pe poziții de egalitate, controlul reciproc fiind unanim admis.

În opinia lui André Haurieu, în țările în care funcționează regimul parlamentar, executivul se compune din șeful statului - ales de către parlament - și cabinetul ministerial⁹.

În aceste regimuri, șeful statului este primul magistrat al țării, fără a fi șeful cabinetului ministerial. Președintele - pentru că despre acesta se vorbește - este "iresponsabil" politic în fața parlamentului, deși are o anumită influență asupra problemelor guvernamentale.

Georges Burdeau subliniază că parlamentarismul este un produs istoric și, în cadrul acestuia, regimul parlamentar, ca subspecie a acestuia, reprezintă un regim în limitele căruia conducerea treburilor publice aparține parlamentului și șefului statului, prin intermediul unui cabinet responsabil în fața parlamentului³.

În cadrul executivului dominat de aceste imperitive se poate face o deosebire între guverne formate din membri egali în drepturi și guverne care au în fruntea lor un șef.

În prima categorie intră doar prin tradiție istorică Directoratul anului III al Revoluției franceze și guvernul elvețian, care nu are practic un șef, dar cu toate acestea, în ambele cazuri, autoritatea unuia dintre membri a influențat și influențează deciziile guvernamentale.

În cea de a doua categorie intră guvernele colegiale conduse de un șef, ceea ce nu schimbă mecanismul de luare a deciziilor, dar rezidă în dreptul șefului posibilitatea de a opune un veto echipei pe care o conduce. Modelul pe care se bazează această clasificare este prin excelentă britanic, unde primul ministru, este "prima vioară" a cabinetului, el fiind de altfel expus controlului parlamentar în cel mai înalt grad prin procedura *impeachment-ului*.

3. *Guvernele dualiste* reprezintă combinarea primelor două forme de guvernare.

Acest executiv dualist constă în existența unui șef de stat și a unui guvern colegial, formulă întâlnită cu preponderență în regimurile parlamentare, dar și în cele dictatoriale. Caracteristica acestui mod de compunere a executivului se rezumă la existența unui șef de stat care, politic, nu răspunde în fața parlamentului și a unui guvern responsabil în fața parlamentului.

Puterile șefului statului în raport cu guvernul sunt extrem de variate de la un regim parlamentar la altul.

În Anglia, de exemplu, șeful statului - actualmente regina - nu dispune de nici o prerogativă determinată de putere. El trebuie să numească primul ministru, pe baza constatării rezultatelor electorale; el poate dizolvă parlamentul numai la cererea guvernului; el poate îndeplini diverse obligații protocolare. Cu toate acestea, puterea șefului statului există, dar ceea ce primului ministru este covîrșitoare⁴.

ACESTE reguli nu sunt conservate și în alte regimuri parlamentare unde șeful statului și șeful guvernului își distribuie atribuțiile de guvernare sau le influențează într-o măsură mai mare sau mai mică.

Astfel, în unele state, puterile șefului acestora sunt predominante în raport cu ale primului ministru, mai ales în acele state în care posibilitatea unui partid de a obține majoritatea parlamentară este redusă.

În asemenea cazuri șeful statului, în regimurile parlamentare sau chiar semi-prezidențiale, poate avea dreptul de a desemna el - în urma consultărilor politice - pe primul ministru. Este cazul Belgiei, Olandei, Italiei, Germaniei, Spaniei etc. În aceste state, de regulă, există și posibilitatea ca cererea guvernului de a dizolva parlamentul să nu fie acceptată de șeful statului, ceea ce pune în evidență o anumită tendință de estompare a modelului dualist al executivului, tendințele monocratice fiind accentuate.

CONCEPUTUL DE EXECUTIV

4. Executivul regimului de adunare este tradițional desăvîrșit în Elveția, țară în care el are reputația semantică a cuvîntului care îl exprimă.

În această țară *executivul* își revendică virtuți originare, prin faptul că el nu are nimic de a face cu guvernarea, funcție statală încredințată parlamentului.

Ca atare, toate deciziile parlamentului sunt puse în executie de comisarii acestuia, executanți fideli ai voinei parlamentare. Acești miniștri sunt alesi de către parlament, ei nu se constituie într-o autoritate colegială distinctă și au depline puteri în exercitarea deciziilor adunării. Comisarii alesi de adunare pot fi oricînd revocați, dar nu pot demisiona decît cu aprobarea acesteia.

Raportind aceste considerente teoretice și practice la Constituția României este necesar să remarcăm că în legea noastră fundamentală puterea executivă este reprezentată de Președintele României și Guvern.

Președintele României este șeful statului, calitate care se revendică din atribuția sa de a reprezenta statul român și de a fi garantul independenței naționale, al unității și al integrității teritoriale a țării¹⁰.

Alegerea directă, de către popor, a Președintelui României ar fi de natură să-i confere acestuia puteri sporite, care să pună în dezechilibru puterile în stat. În realitate, însă, continutul și întinderea atribuțiilor Președintelui României nu depășesc sfera de prerogative ale unui șef de stat din regimurile parlamentare. Astfel, Președintele României, în virtutea poziției sale de șef al executivului, nu numește, ci doar desemnează, un candidat pentru funcția de prim-ministru și, numai în urma votului de încredere acordat de Parlament, poate numi guvernul, care este responsabil politic numai în fața Parlamentului¹¹.

Cea de a doua componentă constitutională a executivului o reprezintă guvernul, format din prim-ministru, miniștri și alți membri stabiliți prin lege organică.

Raporturile dintre Președintele României și Guvern nu sunt de natură să antreneze răspunderea politică a unuia în raport cu celălalt, Guvernul fiind responsabil politic numai în fața Parlamentului. De asemenea, executivul nu poate dizolva Parlamentul, preeminența acestuia fiind asigurată, în toate cazurile, cu excepția unei crize politice în cadrul căreia partidele politice reprezentate în Parlament nu pot ajunge la un consens privitor la desemnarea echipei guvernamentale în termen de 60 de zile de la prima solicitare și numai după respingerea a cel puțin două solicitări de investitură. De asemenea, Președintele României nu poate dizolva Parlamentul, într-un an, decît o singură dată.

Se poate observa că puterile șefului executivului sunt reduse în raport cu ale legislativului, ceea ce nu înseamnă că influența Președintelui în raporturile sale cu Guvernul este neglijabilă.

Astfel, desi guvernul este conceput ca un organ colegial condus de un șef, deciziile acestuia pot fi puternic afectate de pozitia constitucională a Președintelui României, care poate consulta Guvernul cu privire la probleme urgente și de importanță deosebită sau poate participa la ședințele acestuia în cazul în care se dezbat probleme de interes național privind politica externă, apărarea țării, asigurarea ordinii publice. Primul ministru este abilitat să ceară participarea Președintelui României la oricare ședință a Guvernului.

Se poate constata că suntem în prezență unui executiv care, prin vocație

constituțională, este restrins la Președintele României și la Guvern, acesta din urmă având ca suport acțional administrația publică, asupra căreia exercită funcția de conducere generală.

Cu toate acestea, credem că sfera noțiunii de executiv nu este determinată în toate componente sale în Constituția României.

Astfel, textul art. 101 precizează că Guvernul "asigură realizarea politicii interne și externe a țării", deși în realitate el este cel care stabilește această politică și o expune spreprobare Parlamentului.⁷

Pe de altă parte, Constituția României integrează Guvernul în ceea ce îndeosebi numim "administrația publică" prin enuntul de la art. 110 care se adresează Guvernului și celoralte organe ale administrației publice, deși particula "și" ar fi putut fi evitată pentru a se stabili o descriere clară între "executiv" și administrația publică, primul termen având o conotație exclusiv politică, iar cel de al doilea una care se revendică din sfera suportului organizatoric și funcțional al puterii executive.

Dincolo de aceste variabile teoretice, trebuie să admitem că în structura Constituției României, *executivul* este un concept care structurează instituția Președintelui României și Guvernul, administrația publică fiind considerată o autoritate subordonată Guvernului, a cărei existență, ca alcătuire și amplitudine, depinde de Parlament.

Executivul, astfel conceput, este pe deplin sincronizat cu realitățile politice și sociale ale României și corespunde celor mai înalte exigențe ale democrației constituționale.

Concluzii:

Din examinarea datelor privind conceptul de "executiv" rezultă cîteva conotații:

1. *Executivul* reprezintă una dintre puterile politice ce caracterizează statul de drept, în sensul departajării funcțiilor juridice ale statului în legislativă, executivă și judecătorească.
2. În diferite state ale lumii numărul autorităților publice care exercită funcția executivă *diferă*, fără ca prin aceasta să se altereze conținutul funcției în sine.
3. Functia executivă a statului, indiferent de numărul de organe care o exercită, se definește ca un mandat încredințat de popor unui *șef de stat* și unui *guvern* legal constituit.
4. În România, *executivul* este dual, fiind reprezentat de Președinte, în calitate de *șef al statului*, și de Guvern, ambele componente constitutive intelese ca autorități izvorite din proceduri electorale stabilite de Constituție. Aceste autorități se sprijină în activitatea lor pe administrația publică, element care presupune și delimitarea dreptului constituțional de dreptul administrativ.

NOTE

1. A se vedea J. Cadart, *Institutions Politique et Droit Constitutionnel*, L.C.D.J., Paris, 1975, p.281.
2. A se vedea P. Pactet, *Institutions politique. Droit constitutionnel*, Editions Masson, Paris, 1989, p.115 și urm.
3. *Ibidem* p. 116.
4. A se vedea J. Cadart, *op.cit.*, p.313 și urm.
5. A se vedea I. Muraru, *Drept constitutional si instituții politice*, Editura Naturismul, București, 1992, p.138.
6. A se vedea Jacques Cadart, *op.cit.*, p.316.
7. A se vedea A. Hauriau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Editions Monichesuen, Paris, 1970, p.218 și urm.
8. A se vedea G. Burdeau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, L.G.D.J., Paris, 1972, p. 141 și urm.
9. A se vedea: I. Delceanu *Drept constitutional si instituții politice*, I, Editura Lumina, București, 1992; I. Muraru, *op.cit.*, p.140-141.
10. A se vedea I. Delceanu, *Drept constitutional si instituții politice*, II, Editura "Chemarea", Iași, 1992, p.206 și urm., I. Muraru, *op.cit.*, p.137.
11. *Ibidem*.

LE CONCEPT DE L'EXÉCUTIF. IMPLICATIONS THÉORIQUES ET PRATIQUES

— Résumé —

L'exécutif représente l'un des pouvoirs politiques, qui caractérise l'Etat de Droit au sens de départager des fonctions juridiques de l'Etat en: législative, exécutive et judiciaire.

Dans différents états du monde, le nombre des autotés qui exercent la fonction exécutive diffère, sans que cela dénature le contenu de la fonction elle-même. Ainsi la pouvoir exécutive a les formes suivantes: l'exécutif monocratique, le Gouvernement collégial, le Gouvernement dualiste et l'exécutif du régime d'assemblée. La fonction exécutive de l'état sans tenir compte du nombre d'organes, qui l'exerce, se définit comme un mandat assigné par le peuple à un chef d'état et à un Gouvernement légalement constitué.

En Roumanie, l'exécutif est dualiste, étant représenté par le président, en qualité de

chef d'état et du Gouvernement, tous les deux composants constitutives, étant compris comme atoutés provenues de procédures électorales, établies par la Constitution. Ces autoutés se soutiennent dans leur activité sur l'administration publique, élément qui suppose la délimitation entre le droit constitutionnel et le droit administratif, aussi.

**CONFLICTE SOCIALE ȘI POLITICE ÎN CILICIA, PROVINCIE
DIN ASIA MICĂ SUB ADMINISTRATIA ROMÂNĂ**

DE

MIHAI JACOTĂ și IOAN MACOVEI

Epoca lui Cicero¹ este o perioadă de adânci prefaceri politice, economice și sociale. Vremea vechiului *ius quirition* sau a vechiului *ius civile* se apropia de sfîrșit. Un nou sistem de valori sociale, de principii și de instituții juridice era pe cale de a se forma. Elaborarea acestui nou sistem de reglementare a relațiilor sociale era încă lenta și dificilă în condițiile date și va dura cam două secole. Dacă privim lucrurile dintr-un punct de vedere diferit, putem spune că evoluția nu se va termina niciodată, nici chiar cu alcătuirea unei reglementări complete pe vremea lui Iustinian, deoarece dreptul este un fenomen viu care cunoaște o permanentă reinnoire. Acesta este dreptul despre care vorbește Cicero în scurte și deseori obscure aluzii, pentru că se adresează celor care cunosc situația tot așa de bine ca el și nu are în vedere secolele viitoare. În privința instituțiilor în curs de elaborare, juriștii timpului, ei însăși la inceputurile științei lor, și nedispuind încă de o tehnică perfecționată (care se va elabora abia în cursul epocii clasice)², n-au găsit pînă acum cele mai potrivite formule și, de foarte multe ori, nu știu în ce direcție se va îndrepta construcția pe care o ridică, instituțiile la care ei se referă. Aceste instituții, la prefigurarea cărora asistăm în opera lui Cicero, vor forma viitorul drept clasic, ajungind la maturitate după lungi și laborioase căutări. Starea în care se găsesc instituțiile în curs de elaborare, lipsă unei concepții clare cu privire la direcția în care se îndreaptă construcția juridică explică lipsa de limpezime, omisiunile de care ne lovim în scrierile lui Cicero.

În sec. I i.e.n., exploatarea provinciilor era în floare. Scrierile lui Cicero ne pun în fața unei lumi dominate de violență, de rapacitatea comerciantilor (*negotiatores*), a cămătarilor (*argentarii*), a publicanilor (*decumani*), a unor guvernatori de provincie. Cetățile peregrine erau nevoie de multe ori să împrumute bani pentru a face față cererilor stăpinirii romane. Acești bani erau furnizați de cămătarii romani ori peregrini, cu dobînzi enorme, apreciate de unii cercetători la 48% pe an. Procesele dintre debitori și cămătari, atunci cînd aveau loc, pentru că de multe ori diferențele luau sfîrșit fără a se mai ajunge la un proces, în baza unei aşa-zise tranzactii, se desfășurau în mijlocul unui paienjenis de presiuni și intervenții menite a stoarce cît mai mult de la datornicii provinciali. Iată numai două locuri, printre multe altele, care descriu abuzurile ale căror

victime erau provincialii.

Înainte de Cicero, provincia Cilicia a fost guvernată de Appius (ad Att.6, 1, 2). În ce stare a lăsat-o?

"Appius - spune Cicero - după ce a tratat provincia cu bisturul, după ce a făcut-o să singereze, după ce a luat tot ce a putut, mi-a lăsat-o mie stoarsă. Acum nu-i place să vadă că renaste grătie mie". Cicero constată mai departe, că între modul lui de a guverna și al lui Appius este o mare deosebire, din care cauză Appius este foarte supărăt: "Cind conducea Appius provincia, ea era secatăță; acum, cind o comand eu, nu se cere nici un ban de la cetăți sau de la particulari. Ce să mai spun - continuă Cicero – despre prefectii lui: Appius, despre prietenii care-l insoteau, chiar despre trimișii (legati) lui? Ce să mai spun despre prădăciunile lor (de rapinis), despre desmăturările lor (de libidinis), despre insultele lor (de contumelis)? Cind îți scriu, acum înainte de a se lumina de ziua, mă gîndesc să suprîm (tollere), chiar azi unele din nedreptele lui reglementări (iniqua constituta) și mă gîndesc să anulez multe din actele sale (acta)". Scrisoarea este adresată lui Atticus (6, 1, 2).

Un alt aspect este întrebuintarea violentei sau a amenintării cu violenta pentru a se obține interesele cămătarilor ori a publicanilor. Astfel, Scaptius, cămătar și om de încredere al lui Brutus, a fost prefect militar al lui Appius în Cilicia înainte de venirea lui Cicero. Având la dispozitie unități militare, el a asediat clădirea curiei municipale din orașul Salamis (azi Salaminia) din Cipru pentru a sili pe consilieri (senatori, curiali) să-i plătească datoria și dobînda cămătărească pe care o pretindea. În timpul operatiunii, cinci senatori au murit de foame. Din această cauză, ne spune Cicero, cum a ajuns în provincie ca proconsul, a ordonat ca unitățile militare să fie retrase imediat din Salamis, iar ulterior nu a mai permis nici unui cămătar sau negustor să ia comanda unor unități militare (ad Att. 6, 1, 6). Dar, în afara de materiale care se bucurau de o reglementare precisă, care se bucurau de avantajele lui *ius certum*, în imperiul roman și mai ales în provincii existau vaste domenii ale relațiilor sociale lăsate la aprecierea arbitrară a titularilor de putere, în primul rînd, promagistratii. Scrisorile lui Cicero, cît și alte elemente de care dispunem, ne arată că un mijloc foarte eficace de soluționare a neîntelegerilor constă dintr-un apel la intervenția guvernatorului, ca mediator (*disceptator*). Interventia era de obicei prealabilă procesului, dar putea veni și în cursul procesului sau după ce luase sfîrșit. Ea era neoficială. Iată cîteva cazuri relatate de Cicero.

După sosirea sa în provincie, Cicero a găsit orașul Salamis în conflict cu doi cămătari romani: M. Scaptius și P. Matinius. Orașul Salamis împrumutase de la ei o sumă mare de bani și cămătarii cereau restituirea ei împreună cu dobînzile, în total, 160-200 de talanti atici, ceea ce se pare că era o cifră exorbitantă. M. Scaptius a cerut ajutorul lui Cicero pentru a recupera banii, iar Cicero i-a răspuns favorabil, deoarece în spatele lui Scaptius se găsea chiar Brutus și marele orator tinea să menajeze un om politic atât de influent la Roma. Scaptius ceruse ceva mai înainte de la Cicero să-l numească prefect militar, dar acesta refuzase. În schimb însă, pentru că la mijloc era persoana lui Brutus, interesat în incasarea datoriei de la orașul Salamis, Cicero făgăduiește lui Scaptius să folosească influența sa pentru a obține înapoierea împrumutului cu o dobîndă de 12% pe an, atât cît prevedea edictul provincial al lui Cicero, dar nu 48% pe an cum pretindea Scaptius (ad Att., 5, 21, 10-11). De altfel, o lege Gabinia prohibea dobînda de 48% pe an. Discuțiile au avut loc la Tarsus, capitala

provinciei. Cicero cere salaminienilor să cadă la învoială cu oamenii lui Brutus. Sunt de reținut termenii folosiți de el în scrisoare, pentru a descrie cum au decurs tratativele: le-am ordonat să plătească (*imperavi ut pecunian solveret*), am căutat să-i determin (*hortatus sum*). Salaminienii au voit să depună suma într-un templu, ca să nu mai curgă dobânzile, dar Cicero i-a oprit (*Graecis querentibus ut in fano deponerent postulantibus non concessi, ad Att., 5, 21, 12*). "Le-am cerut, mai adăuga Cicero, în numele avantajelor pe care le-am acordat cetății Salamis, să pună capăt neînțelegerii. În fine, le-am spus că-i voi constringe" (*Petivi etiam pro meis in civitatem beneficiis ut negotium conficerent. Denique dixi me coacturum*). Am putea adăuga că în această afacere se pune și o problemă de interpretare a legii Gabinia și a unor senatus consulte date la Roma special pentru imprumuturile contractate de orașul Salamis sau de orașele din provincie.

Tratativele dintre guvernator și salaminieni nu au loc în cadrul unui proces, ci într-o fază anterioară, preliminară și cu totul exteroară unui proces în formă. Intervenția aceasta este numită de Cicero *cognitio*, dar trebuie să primim termenul în sensul lui netehnic, de simplă examinare administrativă. O asemenea intervenție a promagistratului ieșea de sub aplicarea oricăror reguli procesuale ori de fond. Acordul la care părțile ar putea ajunge în final, ar fi primit ca o soluție voită de părți. Dar discuțiile și soluționarea neînțelegerii au loc în prezența guvernatorului, ce poate folosi mijloacele de presiune de care dispune (*coercitio*) pentru a încita părțile să ajungă la soluția pe care o dorește: ordine de a face sau de a nu face închisoarea și, în timpurile vechi, chiar moartea. Termenii care desemnează presiunea pe care o exercită promagistratul asupra părților pentru a ajunge la un acord sunt sugestivi din punctul nostru de vedere: *hortari, coercere, imperare, cogere, tubere, imperare, auctoritas, vis*.

Competența guvernatorului de provincie de a interveni personal în problemele de datorii avea un corespondent în practica de la Roma din acele vremuri. Caesar ne spune că înainte de a pleca în Epir a decis (*constituerat*) ca bancherii să nu poată urmări executarea datornicilor decât în baza unei decizii date de pretorul (urban) ca arbitru. M. Caelius Rufus, pretor peregrin, cu scopuri demagogice, promitea tuturor datornicilor că va opune *intercessio* împotriva deciziilor pretorului urban (*decreta*) (*De bello civili* 3,20). Activitatea aceasta a promagistratului în perioada anterioară procesului ieșea de sub imperiul regulilor din edictul provincial, din legi, din alte reglementări. Astfel, L. Mescenius, senator și fost *quaestor* al lui Cicero, avea numeroase afaceri în Achaia. Desigur, L. Mescenius ar fi putut urma calea directă a unui proces cu datoriile care nu voiau să plătească. El însă a preferat să recurgă prin Cicero la guvernatorul provinciei, proprietorul Servius, rugindu-l să intervină pentru a lămuri situația și a-i da satisfacție protejatului său (*explicas et expediás*) în baza puterilor pe care le avea (*cum iure ac potestate quam habes*) și, apoi, la nevoie, să pună în cumpănă chiar poziția sa de pretor (*tunc etiam auctoritate*).

În aceeași scrisoare (ad fam. 13, 26, 2), Cicero îi aduce la cunoștință lui Servius, guvernatorul provinciei Achaia (în anul 46 i.e.n.) că a îndrumat reprezentanții unei societăți de publicani ca, în caz de dificultăți, să i se adreseze, să accepte arbitrajul lui și chiar să se refere la judecata lui (*te arbitrio ... te disceptatore uteretur*). *Disceptator* nu este termenul consacrat în limbajul juridic pentru judecător, ci *iudex, recuperatores*. Intervenția guvernatorului la care se referă Cicero are loc în afara oricărui proces, este preliminară procesului. Termenul de *disceptator* pare a fi ales pentru a descrie activitatea

neoficială pe care o desfășoară promagistratul. Din scrisoare rezultă că Cicero avea o reprezentare precisă a deosebirilor care separau cele două activități: tratativele preliminare și procesul propriu-zis. "Dacă provincialii - continuă Cicero - nu se vor lăsa intimidați de presunile guvernatorului, să fie trimiși să se judece la Roma (*si qui difficiliores erunt, ut rem sine controversia confici nollint, si eos quoniam cum senatores res est, Roman reieceris* – ad fam. 13, 26, 3). Soluția era legală într-un fel. Senatorii aveau dreptul să se judece la Roma (în baza unei reguli tradiționale, dar în epoca sec.I i.e.n. soluția nu mai era totdeauna justificată). Era vorba în cazul nostru de o simplă facultate: soluția nu era obligatorie. Pentru provinciali, judecata la Roma prezenta numeroase dezavantaje, atât sub raportul judecătorilor (necunoscuți sau defavorabili), al atmosferei ostile, al mediului străin, al limbii, al cheltuielilor, al distanței mari. În aceste condiții, a trimite procesul la Roma (ad fam. 13, 28, 2) era o sumbră alternativă, de natură a determina provincialii să accepte orice tranzacție. *Romam reicere* constituie un mijloc de presiune pentru a obține o tranzacție în favoarea protejatului guvernatorului.

Iată un alt caz, din care rezultă că trimiterea procesului la Roma era o presiune și un mijloc de a determina o tranzacție.

L. Mescenius, senator, era moștenitorul fratelui său M. Mindius. Dar soția fratelui, Oppia, poseda cea mai mare parte din avere și refuza să predea lucrurile pe care le detinea. Ea refuza orice invioală. În această situație, Cicero roagă pe guvernator să trimită cauza la Roma. În cuvintele întrebuițăte în scrisoare, îl rugă să facă tot posibilul să găsească motive pentru a trimite procesul la Roma (*adiuves in easque rationem ut ea mulier Romae perducatur*). Cicero speră că dacă părțea va vedea că procesul urmează a fi judecat la Roma, ea va cădea la invioală (*Quod si putarit illa fore, ut opinio nostre est, negotium conficiemus*) (ad fam. 13, 28, 3). Din punctul de vedere al principiilor, remarcăm că amândouă părțile sunt domiciliate în aceeași provincie. Din termenii folosiți de Cicero ("dă un ajutor și caută motive ca femeia să fie trimisă să se judece la Roma") rezultă că nu ar fi existat motive decisive pentru a trimite procesul la Roma. Iată rolul aprecierii discreționare a magistratului.

Din scrisori, putem să ne imaginăm eficacitatea intervenției promagistratului în cadrul unei *cognitio* extra judiciară, simplă luare de contact care nu obligă pe promagistrat la respectarea principiilor de drept sau de echitate.

Astfel, L. Genucilius Curvus avea o neînțelegere cu orașul Parium din Hellespont, provincie din Asia Mică. Cetatea Parium îi dăduse un pământ în arendă și acum îl cerea înapoi. L. Genucilius Curvus dorea ca Thermus, guvernatorul provinciei, să-l ajute să-și păstreze drepturile anterioare asupra pământului concedat, drepturi care pînă atunci nu fuseseră discutate. Dacă însă se iveste un proces, Genucilius cerea ca el să fie trimis să se judece în circumscriptia lui (*primum, ut obtineat id iuris in agris; si quod habebat controversiae ... ut in illam dioikian reicies*).

Cetățile Mylasa și Alabanda datorau bani lui Cluvius, un bancher din Italia (Puteoli), prieten cu Cicero. Într-o intrevadere anterioară, ele promiseseră lui Cicero (ad fam. 13, 56) să trimită reprezentanți investiți cu puterea de a trata și de a pune capăt litigiului (*ecdici*). În cele din urmă, însă, Mylasa și Alabanda au trimis la Roma doar niște delegați (*legati*), care puteau discuta afacerile, dar nu aveau calitatea de a încheia o tranzacție. În situația aceasta, Cicero se adrescază lui Thermus, proprietarul în funcție în Cilicia în anul 51 i.e.n., rugindu-l să intervină (*cognosce*) și să convingă cetățile debitoare să plătească

capitalul și dobînzile (*ad fam.* 13, 56, 3). În această intervenție, propretorul avea să se conducă după edictul lui provincial, care, aşa cum prevedea și edictul lui Cicero, cuprindea probabil clauze privind datorile de bani și dobînzile (*instituto tuo*). Un argument puternic pentru a convinge cetățile în cauză să ajungă la o tranzacție, ar fi fost după opinia lui Cicero, trimiterea procesului la Roma. Nici aici, *cognoscere* și *cognitio* nu au sensul tehnic de judecată, de examinare a cauzei de către magistrat în cadrul unui proces, ci de o luare de contact preliminară, care scapă oricărora reguli procesuale, principiilor de drept și de echitate. În această luare de contact, promagistratul putea folosi puterile sale discreționare pentru a lăsi părțile la o tranzacție. Camătăria, abuzurile și violența erau o plagă a societății sclavagiste în general. Cu toate acestea și considerind lucrurile din alt punct de vedere, prezența romană însemna un progres pentru provinciile din Orientul imperiului.

A fost instaurată pacea romană. Au încetat războaiile dintre cetăți, dintre mici regate - ocazii de nenumărate distrugeri de bunuri materiale și culturale și pierderi de vieți omenești. Armata romană, uneori numai prin simplă ei prezență, descuraja intențiile agresive ale marilor puteri vecine, cum erau partii, pe care Cicero îi prezintă ca pe niște potențiali agresori.

Imperiu român oferea o excelentă piață de desfacere pentru produsele meseriașilor și artiștilor din cetățile greco-orientale.

Ordinea pe care au introdus-o românii în provincii este reprezentată, pe de o parte, de o rețea de reglementări, iar, pe de altă parte, de un sistem de organe capabile să le aplice neabăut. Desi imperfectă, ordinea instaurată în provincii era totuși saperioară stării de lucruri anterioare venirii romanilor. După secole de lupte, puterea romană a instaurat linistea și pacea în regiuni întinse, stabilitatea situațiilor juridice constituind o temelie pentru o dezvoltată activitate economică. Desigur, pentru regimul descris existau limite inerente epocii sclavagiste, cît și situației de moment, sec.I i.e.n., o epocă astăzi de tulburată chiar pentru viața socială și politică a Romei. În centrul ordinei romane stă reglementarea pe care noi o numim *ius*. Caracterele lui *ius* se imprimă cu timpul și celorlalte reglementări.

Ius nu însemna toată reglementarea romană, dar este nucleul ei cel mai semnificativ. *Ius civile*, *ius quiritium*, este un ansamblu de instituții vechi de origine cutumiară.

Ius acoperă numai un domeniu restrins al relațiilor sociale. De la origini și pînă în sec.I i.e.n., cînd un rol important revine alături de *ius* edictului pretorului urban și peregrin, *ius* constituia mai degrabă o excepție fericită de la lipsa de reglementare fermă și precisă. Relațiile care nu erau cîrmuite de *ius* rămîneau supuse aprecierii suverane a titularului puterii. Multe raporturi, și dintre cele mai importante, continuau să rămînă în afara lui *ius*, cum ar fi relațiile dintre șeful de familie și persoanele libere supuse puterii sale, relațiile dintre fermeia căsătorită *cum manu* (care deci intrase în puterea soțului prin *conventio in manum*) și sotul ei, raporturile dintre stăpini și sclavi, dintre patroni și liberti, dintre marii proprietari de pămînt și cultivatorii liberi arendași, dintre fisc și populație, dintre administrație și populație, dintre guvernatorul provinciei și locuitorii provinciei, relațiile dintre peregrini din diferite cetăți, întreg domeniul dreptului penal și multe altele. *Ius* a atins destul de devreme un grad avansat de precizie, de siguranță și fermitate. Regulile lui *ius* se impuneau în mod egal cetățenilor ca și magistratilor. Relațiile care nu cădeau sub imperiul lui *ius* continuau să fie supuse liberei aprecieri a

titularului puteri, fie el magistrat, sef de familie, mare proprietar funciar, stăpin de sclavi ori altă persoană titulară a unei puteri. Domeniul lui *ius* s-a extins cu timpul, fără însă a atinge vreodată ceea ce se numește astăzi "plenitudinea", adică fără a reuși să înglobeze toate relațiile sociale apte a fi cîrmuite de drept. Eficacitatea – calitatea unei reglementări

depinde în măsură hotărîtoare de autoritățile care o aplică. La epoca la care ne referim, sec.I i.e.n., aparatul cel mai potrivit de aplicare al lui *ius* era organizarea judecătorescă numită *ordo iudiciorum privatorum*. În *ordo iudiciorum privatorum*, procesul se desfășura în două faze: *ius și iudicium*. În prima fază, *ius* (procesul *in iure*), magistratul judiciar sau promagistratul punea procesul în stare de judecată; el trasa misiunea judecătorului, arătîndu-i ce are de examinat și-i dădea ordin să judece. Judecătorul era un particular, ales în principiu de către părți de pe o listă afisată în forum (*album iudicum*). Judecătorul era un om bogat, cu totul independent de organele de stat. Sentația lui, *sententia* (de la *sentire*, a avea o părere) reprezenta numai părerea lui personală, convingerea sa intimă despre cazul care-i era infătișat. Judecătorul de cele mai multe ori nu era jurist. Dacă nu putea să-si formeze o convingere, el avea facultatea de a abandonă cauza, care urma să treacă la alt judecător.

Reglementarea pe care o numim *ius*, din punct de vedere modern, prezenta o sumă de limite: privea numai pe cetătenii romani sau pe cei asimilați cu ei (latinii *veteres* sau *prisci*, peregrini cu *ius commercii* sau cu *ius conubii*), era rigidă, formalistă, solemnă, regulile erau de strictă interpretare, controla numai un domeniu restrîns de relații sociale și, deja în sec.I i.e.n., era într-o anumită măsură vădit depășită de realitățile decurgind din dezvoltarea economico-socială. În sec.I i.e.n., ea era completată de reglementarea din edictul magistraților (pretor urban, peregrin, promagistrat *in provincie*). Dar reglementarea din edict constituia prin opozitie cu *ius* (dreptul cutumiar) *sacrum* (abia după cîteva secole reglementarea din edictul magistraților a fost și ea înglobată în cadrele lui *ius* (*ius praetorium*)).

Cu toate acestea, *ius* continua să prezinte un imens avantaj pentru acele timpuri: avea precizie, conferea siguranță, posedă imutabilitate, era intangibil. O reglementare fermă, precisă și intangibilă, care se impune în mod egal autorităților și cetătenilor, este o reglementare pe care se poate bizați cetăeanul (tinînd seama și de autoritățile judiciare care o aplicau inflexibil) și care asigură stabilitatea situațiilor juridice. În felul acesta *ius* protejează pe cetăean împotriva arbitrariului autorităților, dar și societatea, ansamblul cetătenilor³. Institutiile lui *ius*, tocmai prin trăsăturile sale, constituie o pavâză împotriva măsurilor arbitrale, abuzive ale autorităților, ocrotesc persoana cetătenilor, libertatea lor, averea.

În sec.I i.e.n. și în secolele următoare rigiditatea regulilor lui *ius* se atenuea, dar a rămas toateauna din această fază veche o trăsătură esențială, care formează forta lui practică și care s-a transmis reglementării mai puțin formaliste (tot *ius*) din epociile care au urmat: principiile și institutiile lui *ius* au continuat să fie considerate că se impun cetătenilor și autorităților cu aceeași tărie ca și mai înainte. Aceste trăsături ale lui *ius* nu se întîlnesc în reglementarea greco-orientală, nici în concepția respectivă despre aplicarea dreptului. Institutiile lui *ius* erau intangibile, în sensul că nici o lege votată de adunarea poporului, nici o altfel de măsură legislativă sau luată de autorități nu le puteau modifica. Așa cel puțin rezultă dintr-o serie de date de care dispunem, printre care faimosul casul femeii din Arretium.

Cicero (în Pro Caecina 33,34) își amintește că în urmă cu 12 ani, cînd era avocat debutant, pledase împotriva lui C. Cotta în următoarea cauză: Sylla, dorind să pedepsească locuitorii orașului Arretium (din Etruria), pentru că luptaseră împotriva sa în războiul civil, a propus o lege, ce a fost votată, și prin care a luat locuitorilor din Arretium cetățenia romană. La epoca respectivă, sec.I i.e.n., mai dăinuia concepția veche după care numai cetătenii romani se bucurau de libertate *ex iure quiritum*, adică de libertate recunoscută și protejată de dreptul roman, conform cu dreptul quiritorilor. Libertatea era oarecum un atribut exclusiv al celor care erau cetăteni *ex iure quiritum*.

Un roman luase în captivitate o femeie din Arretium. Femeia, prin intermediul unui *adserior libertatis* deschide un proces de libertate, *causa liberalis*. Ea dorea să dovedească starea ei de persoană liberă în drept și să dobindească libertatea de fapt. Adversarul lui Cicero, C. Cotta, expune teza clientului său: deoarece arretinilor li s-a luat cetățenia (*quod arretinis civitas adempta esset*), femeia nu mai are *civitas* și prin urmare nu mai este nici liberă *ex iure quiritum*. Femeia în cauză se bucurase pînă atunci de o libertate de fapt, așa încît a putut fi luată valabil în captivitate, cum un cetățean roman ar fi putut face cu un sclav fără stăpin. Cicero spune: cine poate pretinde că este liber *ex iure quiritum*, dacă nu este cetățean roman? (*qui enim potest iure quiritum liber esse, si qui in numero quiritum non est?*). Pentru a salva femeia de la sclavie și dezonoare, Cicero a trebuit să demonstreze că locuitorii cetății Arretium n-au pierdut în mod valabil cetățenia romană. În miezul demonstrației a stat ideea că o lege votată de adunarea poporului nu poate încălca nici unul din principiile fundamentale și cutumiare ale lui *ius civile*, printre care el numește libertatea și cetățenia.

Cicero ne spune că există o clauză care se introducea de obicei în propunerile de lege ce prevedea acest lucru, clauză care se găsea chiar în propunerea de lege care a luat cetățenia locuitorilor cetății Arretium: "dacă ceva în propunerea de lege nu ar fi conform cu *ius*, atunci acea chestiune să fie socotită că nu a fost propusă (*si quid ius non esse rogarier, eius ea lege nihilum rogatum*)". Valerius Probus în *Notae nuris* confirmă că fraza aceasta era cunoscută și folosită, încit în propunerile de lege nu se treceau decît initialele. Ideea lui Cicero este că o lege votată de adunarea poporului nu putea trece peste un ansamblu de principii și instituții (cutumiare) care constituiau *ius civile*, că principiile lui *ius civile* erau intangibile¹. Cicero a cîstigat procesul. Tribunalul care judeca procesul (decemviri) a decis că aritinii au păstrat cetățenia, că femeia, fiind cetățeană romană, a conservat libertatea odată cu cetățenia. Pare a rămîne stabilit că propunerile de legi (*rogationes*) în adunarea poporului erau îngădite de principiile și instituțiile cutumiare ale lui *ius civile*, socotite intangibile.

Ordinea romană este reprezentată în provincie în primul rînd de legea de organizare a provinciei (care era un regulament elaborat sub îngrijirea senatului). Un exemplu de astfel de lege de organizare îl constituie legea Rupilia dată pentru provincia Sicilia. Nu întotdeauna există o astfel de lege de organizare.

Edictul guvernatorului de provincie cuprindea reglementări specifice provinciei (*edictum provinciale propriu-zis*) și reglementări de ordin general, pentru care edictul provincial trimitea la edictul pretorului urban de la Roma. Prevederile edictului erau completeate cu diferitele legi și senatus consulte care priveau provincia. Nu lăsăm deosebit nici obiceiurile peregrine.

Legea Gabinia relativă la datoriile cetăților libere față de cămătari interesau Cilicia.

Un număr de senatus consulte relativ la datoriile de bani ale cetăților libere din provincie sunt amintite de Cicero. Cu toate limitele ei, ordinea introdusă de romani era superioară reglementărilor locale de origine greco-orientală, iar punerea în aplicare era infinit mai fermă.

Astfel, legea Gabinia oprea dobînda mai mare de 12% pe an (1% pe lună). Dar pe timpul consulilor Lentulus și Philippus s-a votat un senatus consult - ne spune Cicero - care prevedea că cel care va guverna Cilicia va ține seama în deciziile sale de termenii contractelor scrise (*syngrapha*), ceea ce însemna să oblige pe debitori să plătească dobînda cămătarească mentionată pe înscrișuri, chiar dacă era mai mare decât dobînda legală (*ut quā Ciliciam obtineret, ius ex illa syngrapha diceret* – ad Att. 5, 21, 11). "Mai întii m-am îngrozit - spune Cicero. Dar am găsit alte două senatus consulte asupra aceleiași chestiuni". Cicero explică: amicii lui Brutus, sprijiniți de acesta, voiau să dea cu împrumut cu dobîndă de 4% pe lună (48% pe an), dacă un senatus consult le oferea siguranță. Prin influența lui Brutus, s-a votat un senatus consult după care acele contracte de împrumut între salaminieni și cămătari să fie socotite ca exceptate de la prevederile legii Gabinia. După ce li s-au dat cu împrumut banii salaminienilor, cămătarii s-au gindit că nu le folosesc cu nimic acest senatus consult, deoarece legea Gabinia oprea pe magistrat să dea acțiune (*denogatio actionis*) atunci când singrafele purtau dobîndă uzuară. Atunci ei au cerut și au obținut un alt senatus consult după care singrafele care purtau dobîndă uzuare să fie tratate în același fel cu singrafele obisnuite (cele care purtau dobîndă legală de 1% pe lună, 12% pe an). În alti termeni, magistrații judiciari trebuiau să elibereze formulă de acțiune creditorilor, dar, bineînteles, menționând numai dobîndă legală (*At postea venit in mentem foeneratoribus, nihil se iuvare illud senatus consultum, quod ex syngrapha ius dici lex Gabinia vetaret. Tum fit senatus consultum, non ut alio ea syngrapha iure esset quam ceterae, sed ut eodem*). Suite aceasta de *senatus consulte* ne arată cum o serie de aspecte, uneori de amânunt, ale vieții provinciale erau de fapt reglementate de interventiile senatului și, în acest mod, susținse aprecierii suverane a guvernatorului de provincie. Guvernatorul era ținut să se conformeze lor (*ius dici secundum ea genitus consulta*) în activitatea sa judiciară (*iuris dictio*). Există un puternic curent în senat în favoarea protejării provinciilor împotriva exploatarii cămătarilor și a oamenilor de afaceri romani și peregrini. Această majoritate nu era, însă, nici activă, nici influentă.

- Astfel, un senatus consult din anul 61 i.e.n. interzicea guvernatorilor de provincie să intervină în favoarea creditorilor în diferendele dintre orașele libere din provincie și cămătari (numărul orașelor libere din provincie era foarte mic; pentru comparație, iată situația din Sicilia pe care o cunoaștem cel mai bine: la epoca la care ne situăm, sec.I i.e.n., erau 57-58 de cetăți peregrine tributare sau *decumanae*, numind 2 cetăți federate și 5 cetăți libere. Condiția cea mai bună o aveau cetățile federate: ele erau unite cu Roma printr-un tratat de alianță; condiția cea mai rea o aveau cetățile tributare: pământul lor aparținea statului roman, dar ele erau supuse între totul autorității guvernatorilor din provincie). Atticus, prietenul lui Cicero, dăduse cu împrumut bani cetății Sicyona, cetate liberă din provincia Achaia. Locuitorii Sicyonei nu se grăbeau să plătească. În aceste condiții, Atticus ar fi dorit să obțină din partea lui Antonius, guvernatorul Achaiei, o trupă de soldați pentru a intimida, eventual, a sili cetatea să-i plătească datoria (ad Att. 1, 13, 1, 1, 9, 9; 1, 20, 4). Atticus scrie mai multe scrisori lui Cicero rugîndu-l să obțină

anularea senatus consultului. Cicero îi răspunde ad Att. I, 20, 4): "Despre sicyoni, cum ti-am mai scris, nu avem multe speranțe în senat (*De sicyonis, ut ad te antea scripsi, non multum spei est in senatu...*); nu este timpul potrivit să cerem anularea senatus consultului, fiindcă nimeni nu se plângă de el și multora le place, fie din antipatie față de cămătari, fie că-l socotesc echitabil (*inducendi senatus consultum maturitae nondum est, et multi partim malevolentia, partim opinione aequitatis delectantur*)".

Reținem deci că interesele provincialilor erau favorabil văzute, dacă nu eficace susținute, de o puternică majoritate de senatori.

Pentru a înțelege și a aprecia just aportul roman, trebuie să avem în vedere că în provinciile din Orient (Egipt, Grecia, Asia Mică) stăpânirea romană se suprapusește peste o lume dominată de alte concepții de viață, de alt mod de a vedea reglementarea relațiilor sociale și împărțirea justiției.

În lumea greco-orientală regula de drept nu este un ordin neconditionat dat de autoritatea de stat; nu apare ca o cerință care trebuie aplicată neabătut. Este mai degrabă o indicație la adresa judecătorului; acesta poate alege între două sau mai multe reguli sau principii de vechimi diferite având același obiect; ideea de abrogare a legii este necunoscută. Puterea de apreciere a instanțelor era mare, ceea ce micsora garanțiile pe care legea (cutuma) le putea oferi indivizilor. Așa fiind, instituțiile nu constituiau o pavăză solidă împotriva arbitriului autoritatii. Nu se cunoștea noțiunea de drept strict. Terminologia juridică era imprecisă; același termen avea două sau mai multe înțelesuri, cum ar fi vocabularul în materie de vinzare. Autorii citează același text de lege în variante diferite, cu sensuri diferite. Nu există o acțiune generală care să sanctioneze contractele și nici o acțiune specială denumită după contractul pe care-l sanctionează (cum era în dreptul roman, acțiunea din vinzare, din comodat, din gestiunea de afaceri). Nu se cunoștea autoritatea de lucru judecat, care la Roma are un loc important în asigurarea stabilității situațiilor juridice. Nu există o știință a dreptului, cel puțin în sensul modest de ordonare, de explicare, de clasare a noțiunilor juridice, de definire a instituțiilor, care să precizeze ce condiții trebuie îndeplinite pentru a exercita o anumită acțiune în justiție, pentru a dobândi un anumit drept⁴.

Regula de drept în concepția greco-orientală era mai degrabă un percept, o "învățătură", o indicație adresată celor care împărtăseau dreptatea sau autoritatilor în general, decit o regulă care se impune cu strictețe tuturor. Legea și cutuma erau considerate ca un ansamblu de directive, un program de comportare a judecătorului și a autoritatii în activitatea de împărțire a justiției.

În provinciile orientale domina un climat moral care făcea posibile, dacă nu le provoca, abuzurile celor care posedau o anumită putere. Secole de supunere neconditionată față de despotul oriental, de întreaga ierarhie a funcționarilor, de marii proprietari de pămînt, de toți cei care dețineau o anumită putere, a creat o anumită mentalitate a populației. Iată cum se exprimă Cicero într-o scrisoare către fratele său Quintus (ad Quintum fr. I, 1): "printre greci să te păzești cu grijă de a avea prietenii prea strinse; există este drept un mic număr de greci demni de Grecia antică, dar există printre ei o cantitate mare de oameni înșelători pe care o lungă servitute i-a format în excesele lingurisirii. Trebuie să fii amabil cu toti, dar să nu te împrietenesti și să nu formezi legături de oșpitalitate decit cu cei mai buni dintre ei; sunt excesivi în prietenie, fără a fi prin aceasta prea siguri, căci ei nu îndrăznesc niciodată să combată dorințele noastre și sănt

gelosi, atât pe cei din națiunea lor, cât și pe cei dintr-o naștră". Si iată alte locuri din scrisoarea sa către Quintus (ad Quintum fr. I, 2): "Din care cauză și despre toate aceste chestiuni, ca nu cumva să fii surprins că am devenit aşa de lingusitor față de greci (*me in graecos tam ambitiosum factum esse mirere*), iată îți spun cum stau lucrurile: eu, cind am văzut că plângerile grecilor găseau multă crezare (la Roma), din cauza geniului lor de a însela (*propter hominum ingenia ad fallendum parata, quoscumque de te queri audivi quacumque potui ratione placavi*), cum auzeam că cineva se plingea de tine, căutam să-l împac că puteam mai bine. Toate acestea le-am făcut, nu pentru că îmi placeau acești oameni ori toată nația lor; mi-e grea de usurința lor, de lingusirile lor, de caracterele lor aplicate nu spre îndeplinirea datoriei, ci spre a servi interesele lor de moment (*pertaesum est levitatis adsentationis animorum non officiis sed temporibus servientium*)".

Printre cauzele, ruinei economice a cetăților greco-orientale din Asia Mică (inclusiv Cilicia) se numără, după Cicero (ad Att. 6, 2, 5), delapidările (*furia*) sau incompetența magistrațiilor locali, a minuitorilor de bani publici (*mira erant in civitatibus ipsorum furta graecorum*). Cicero a întreprins o anchetă în privința magistratilor locali din Cilicia care în ultimii 10 ani condusese cetățile respective și minuise bani publici. Întrebări fiind, fostii magistrati mărturiseau fără inconjur că își insusiseră banii publici, ceea ce arăta că asemenea fapte erau considerate ca ceva obișnuit și fără mari consecințe. Pe de altă parte, acești magistrati, la solicitarea lui Cicero, s-au învoit că usurință să înapoieze orașelor sumele detunate (*pecunia populis rettulerunt*). În felul acesta, cetățile ruinate financiar s-au restabilit repede. Cicero ne spune că au reînviat: *revixerunt*. Ridicarea lor rapidă demonstrează de asemenea potențialul lor economic ridicat și condițiile create prin integrarea lor în lumea romană.

Guvernatorul provinciei putea fi eventual un personaj abuziv, lacom, prevaricator. Cu toate acestea, regulile proclamate de el însuși în edictul său provincial constituiau o barieră în calea abuzurilor și în măsura în care această barieră era insuficientă, procesul de *repetundae* constituia o sanctiune extremă și nu prea îndepărțătă a cărei eventualitate, cu tot cortegiul de umilințe și de primejdii pe care îi implică pentru acuzat, îl indemnă să medieze serios înainte de a se angaja pe această cale. Mai târziu, începând de la Augustus, intervine controlul foarte eficace exercitat de împărat care înlocuiește, pentru provinciile imperiale, controlul exercitat de senat.

Ce gîndeau romani din clasa dominantă, cei care erau chemați să conducă provinciile sau să participe cu un titlu oarecare la administrarea provinciilor, despre comportamentul promagistrațiilor? Avem în privința aceasta unele mărturii. O scrisoare a lui Cicero către fratele său Quintus (ad Quintum fr.I, 1) constituie un veritabil tratat despre modul de a conduce o provincie, despre conduită guvernatorului, despre scopurile și metodele administrației romane. Scrisoarea apare dominată de cel mai curatumanism. Vom prezenta ideile într-o ordine menită să sublinieze justitia, puterea și măretia ideilor.

Bunăstarea populației din provincie constituie o îndatorire de prim ordin a guvernatorului. Cicero face tabloul pașii romane: "*Tibi data est summa pax summa tranquilitas* – în provincia ta domnește pacea și o liniste completă". Forta armatelor romane și prestigiul statului roman apără împeriul de primejdile din exterior. În aceste condiții, care este prima îndatorire a guvernatorului? De a judeca drept, de a administra

cinstit. Lucrul acesta este ușor pentru Quintus. În suita lui se găsesc oameni de o mare integritate ca Tuber, Allienus, Gratidianus, Caesius, Chaerippus, Labeo și alții. Quintus însuși judecă cu imparțialitate și cinste. El trebuie însă să vegheze ca judecătorii trimiși de el în provincie să fie tot atât de imparțiali. Un bun administrator este și un bun guvernator. Quintus trebuie să facă astfel încit toți locuitorii din provincie să stie că nimic nu este mai scump pentru el decât viața și averea lor. Iată și un scurt tablou al realizărilor lui Quintus: în timpul guvernării sale multe cetăți s-au eliberat de datorii; unele cetăți ruinate și aproape părăsite de populație, printre care Samos și Halicarnas, au reînviat. S-a introdus linștea în provincie. Nu au fost răscoale, nu s-au semnalat lupte între partidele adverse din cetăți. A dispărut banditismul din Mysia. În multe părți, a scăzut numărul asasinatelor. Drumurile și cîmpurile, orașele și templele au devenit sigure (ad Quintum fr. I, 1).

Cîteva exemple printre guvernatorii de mare prestigiu și integritate nu-i lipsesc lui Cicero: Cn. Octavius a fost iubit de populație pentru felul cum judeca. El era sever cu cei care comiteau jafuri și violențe, cum erau oamenii din armatele lui Sylla. Pe de altă parte, a fost blind cu cei năpăstuiți, plăcut în comportarea sa de toate zilele, plin de înțelegere față de provinciali. Antonius, în fruntea unei trupe de cavaleri din armata lui Sylla, jefuia Achâia. Grecii l-au adus în fața tribunalului prezidat de M. Lucullus care l-a condamnat. Antonius a făcut apel la tribuni. Faptele s-au petrecut în 76 i.e.n. Puterea magistratului care conducea provincia era exorbitantă. Cu atât mai mult era apreciat guvernatorul blind, cumpătat, prietenos cu toată lumea, ușor de abordat de către cei necăjiți și drept. Dacă această blindete este atât de apreciată la Roma, unde există atâtă arăganță, o libertate atât de mare, unde îndrăzneala nu are margini, unde există atâtă asfia magistrați, atâtă garanții pentru cetăteni, unde autoritatea senatului este atât de puternică, atunci cu atât mai mult este apreciată blindetea promagistratului în provincie, în Asia, unde atâtă cetăteni, atâtă aliați, atâtă orașe, atâtă cetăți așteaptă semnul unui singur om, acolo unde nu există apel, nici autoritate la care să te poți plinge, nu există senat și nici adunare a poporului (ad Quintum fr. I, 1)¹.

Nu ne-am fi oprit la scrierea lui Cicero către fratele său Quintus, dacă n-am fi constatat că cele spuse în ea nu ar fi fost puse în aplicare, dacă n-ar fi fost într-adevăr un model urmat de o bună parte din guvernatorii provinciilor din sec.I i.e.n. În secolele următoare, același program a fost aplicat de Augustus și de împărații care au succedat. Scrierea exprimă unele obiective ale administrației romane și unele realități. Ideile lui Cicero despre conducerea unei provincii fac parte dintr-un fond comun de gîndire politică la Roma. Le vedem reapărind în tratatele despre administrarea provinciilor din sec.II și III. Ele revin sub pana lui Macer (*De officio praesidis, De iudicis publicis*), a lui Callistratus (*De cognitionibus*) și a lui Ulpianus (*De officio proconsulis, Opinionum*).

NOTE

1. Cicero a fost proconsul al provinciei Cilicia între 31 iulie 51 și 30 iulie 50 i.e.n. (cf. ad Atticum 6, 2, 4). Corespondența lui numără astăzi 931 de scrisori, în care socotim

și cele peste 70 care i-au fost adresate de prieteni și cunostințe. În afara de acestea, după cit se crede, destul de multe s-au pierdut în cursul evului mediu. Scrisorile lui Cicero către Atticus (ad Atticum) au fost publicate la 10 ani după moartea lui Cicero de către Pompeius Atticus, prietenul lui. Atticus n-a publicat toate scrisorile pe care le-a primit de la Cicero și nici n-a adăugat răspunsurile sale, fie pentru că n-a socotit prudent, fie că a crezut că nu prezintă interes pentru cititor. Specialistii sunt de părere că răspunsurile lui Atticus ar fi clarificat multe puncte obscure din corespondență. Din antichitate încă scrisorile ilustrului om politic, filozof și jurist au fost citite și studiate cu interes ca mărturie a unei epoci frântătate. Interesul n-a început să crească pe măsură ce ne apropiem de timpurile noastre. Istoricii evenimentelor politice de la finele sec. I i.e.n. găsesc în ele un material neprețios. Corespondența sa continuă să fie încă un izvor de inspirație, pentru că fiecare epocă, fiecare generație, o vede cu alti ochi. Oamenii azi sunt mai grăbiți, și aleargă mai repede. Ei parcurg în 20-30 de ani drumul care se facea odinioară într-un secol ori în mai multe. Noi căutăm în opera lui Cicero răspunsul la alte întrebări, pentru că avem alte preocupări decât cercetătorii care ne-au precedat. Iată o sursă nesecată a reînnoirii permanente a interesului și bineînțeles, a rezultatelor care decurg din cercetarea operei marelui om: schimbarea conceptiilor, a punctului de vedere al celui care studiază.

2. Primii mari juristi (Manius Manilius, Junius Brutus, Mucius Scaevola) nu apar decât în ultimele decenii ale sec. II i.e.n. Primele tratate de drept civil datează din jurul anilor 100 i.e.n. Aceste scrieri nu ni s-au păstrat. Putem sănui că știința dreptului se găsea la începuturile ei. Marile nume ale dreptului, Papinian, Paulus, Ulpianus, Modestin, Gaius, Salvius Iulianus și altele apar în sec. II și în prima jumătate a sec. III i.e.n.

3. Alături de *ius*, în sec. I i.e.n., apare un alt domeniu de reglementare și anume edictul pretorului urban, al pretorului peregrin iar, în provincie, edictul guvernatorului. În sec. I i.e.n. și în secolele următoare, reglementarea conținută în edictele magistratilor constituia un domeniu în afara lui *ius*. Această reglementare se numea *factum*. Mult mai tîrziu, la o epocă greu de precizat cu siguranță, reglementarea din edictele magistratilor este absorbită de *ius* (*ius praetorium*). În sec. I i.e.n. *factum* nu poseda caracterele reglementării pe care o numim *ius*.

4. L. Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955, p.67: Hotărîrea trebuie să fie conformă legii /.../. Dar o teorie mărturisită și aproape oficială face din lege un principiu mai degrabă regulator decât constitutiv /.../. Notiunea de drept strict nu domină justiția ateniană. Ideea de suficiență a legii îi este complet străină. Este subînțeles că legea nu reglementează totul ... Nu există o distincție absolută între legislativ și judecătoresc.

Spulber, *Le concept byzantin de la loi juridique* (Etudes de droit byzantin, V București 1938), p. 3: Pentru noi modernii, legea juridică este o regulă obligatorie atât pentru cetățean cât și pentru judecător: unul trebuie să o suporte și altul să o aplice ca un ordin dat de acel patron inexorabil și suprem care este statul. La bizantini și, în general, la cei vecni ordinul legal nu este inexorabil; statul invită mai degrabă pe cetățean și pe judecător să se folosească de o regulă pe care o pune în interesul general; legiuitorul vrea

să-i convingă și, pentru aceasta, el face operă de învățămînt (p.8); în adevăr, a spune că legea învață sau îndeamnă pe judecător, înseamnă în primul rînd că judecătorul are dreptul de a o asculta ori nu, bine înțeles în sensul că el are dreptul de a alege între o lege și o altă lege. Aceasta înseamnă - și nu poate să însemne altceva - că în acest regim coexistă legi diferite, ceea ce nu este posibil decât dacă nu există abrogare. Ideile acestea sunt continuante de Val. - Al. Georgescu (*La réception du droit romano-byzantin dans les Principautés roumaines (Moldavie et Valachie)*), în *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris 1959, p. 375: "Iată pentru ce după ideologia timpului legea în esență sa este unică, imuabilă și eternă, și această esență incoruptibilă trebuie atinsă prin multiplicitatea istorică concretă a legilor civile și eclesiastice. În această alegere, se spunea celor care aveau s-o suporte, valoarea morală trebuia să ia primatul, adeziunea luminată a interpretului decidea care era legea aplicabilă. În caz de conflict între legi de vechime diferită, vechimea regulii era o garanție mai degrabă de excelență decât de inutilitate, spre deosebire de ceea ce se petrece astăzi, prin efectul principiului rationalist al abrogării".

5. Cicero în scrisoarea ad Quintum fr.1, 1, enumera posibilitățile de apărare împotriva abuzurilor pe care le avea cetățeanul și, în primul rînd, recursul la magistrati (*Quod si haec lenitas grata est Romae, ubi tanta arrogantis est, tam immoderata libertas, tam infinita hominum licentis, denique tot magistratus, tot auxilia, tanta vis (tot auxilia), tanta senatus auctoritas...*). Magistratii (consulii, pretorii) puteau interveni în sprijinul cetățenilor lezați de un alt magistrat; dacă măsura era luată de un consul, celălalt consul putea interveni eficace pentru a o opri. Un consul putea interveni și opri măsura luată de un pretor, pentru că el avea față de el o putere mai mare, *maior potestas (par maiorve potestas plus valeto)*. Un pretor putea interveni (*intercessio*) împotriva acelor celuilalt pretor, pentru că amândoi aveau putere egală. Cicero se referă și la *auxilium (tot auxilia!)*. Tribunii plebei, în sec.I i.e.n. în număr de 8, apoi, de 16, aveau *ius auxilii*, dreptul de a interveni împotriva măsurilor tuturor magistratilor. Antonius, condamnat de Lucullus, a apelat la tribunii plebei – (*appellavit tribunos Antonius*, spune Asconius, (*In oratione in toga candida*, 75)). Senatul și adunarea poporului aveau fiecare în alt mod posibilitatea de a controla și influența comportamentului promagistratului sau al magistratului. Toate aceste garanții lipseau în provincie, unde promagistratul avea o putere aproape nemărginită.

**CONFLITS SOCIAUX ET POLITIQUES EN CILICIE, UNE PROVINCE
SOUS L'ADMINISTRATION ROMAINE**

— Résumé —

Les romains introduisaient dans les provinces conquises un certain ordre. Ce n'était pas encore la "paix romaine", proclamé par Auguste. L'ordre était nécessaire pour les provinciaux, comme pour les romains. Les provinces constituaient une source de revenus pour l'Etat. Aussi, les habitants devaient-ils être protégés dans leur personne et dans leurs biens par un réseau de règles et d'autorités, elles-mêmes soumises à ces règles. Mais cet ordre était inparfait. A l'époque de Cicéron, il était représenté par la loi de la province (*lex data*), s'il y en avait, par l'édit du gouverneur de la province. Il y avaient aussi des lois qui concernaient l'empire ou une partie du territoire et de nombreux sénatus consultes qui intéressaient toutes les provinces, certaines provinces, une catégorie de cités ou une cité. On peut citer le sénatus consulte qui interdisait aux gouverneurs d'intervenir dans les disputes entre les créanciers romains et les cités libres. Il y en avait d'autres sénatus consultes sur les dettes d'argent de certaines cités, comme les sénatus consultes votés sur les instances de Bruttus à propos des dettes de la cité de Salamis envers les banquiers romains. En dehors de cette réglementation, les relations entre le gouverneur et les habitants de la province étaient soumises à sa discréption. Rappelons les reproches adressé à Quintus par Cicéron (*ad Quintum fr.*, 13, 28, 3), le cas du sénateur Mescenius qui demande que son procès soit renvoyé à Rome, espérant par là que son adversaire arrivera à un compromis sur la succession en question, les demandes d'Atticus (*ad Att.*, 1, 13, 1; 1, 19, 1; 1, 20, 4) qui presse Cicéron d'obtenir l'abrogation du sénatus consulte qui interdisait aux gouverneurs d'intervenir dans les disputes entre les cités libres et les banquiers et, enfin, le cas de Cicéron qui intervient auprès du gouverneur Servius (*ad fam.*, 13, 26, 2) en faveur de son ami Cluvius, un banquier en disputes avec deux villes qui lui devaient de l'argent. Tous les cas cités par Cicéron seraient dû être décidés dans un procès en forme, fut-il devant un juge privé ou extra ordinem. Ces interventions auprès les gouverneurs de province représentaient autant d'abus de l'autorité favorisant les hommes d'affaires romains.

PROCEDURA APLICĂRII SANCTIUNILOR DISCIPLINARE
DE

GHEORGHE FILIP

Încalcarea cu vinovătie a obligațiilor de muncă, inclusiv a normelor de comportare, potrivit art. 100 din Codul muncii, constituie abatere disciplinară, antrenind răspunderea salariatului în cauză, indiferent de funcția sau postul pe care îl ocupă.

Aplicarea sanctiunilor disciplinare, de către toate organele cu competență sancționatorie, se face numai cu respectarea anumitor norme, a căror totalitate reglementează procedura de aplicare a sanctiunilor disciplinare¹.

La realizarea scopului educativ urmărit prin aplicarea sanctiunilor disciplinare contribuie și întreaga activitate care o precede, declanșată prin începerea acțiunii disciplinare de către organul competent, potrivit legii.

Stabilirea anumitor reguli de ordin procedural urmărește – pe de o parte – ca și prin această fază prealabilă aplicării sanctiunii disciplinare să se realizeze rolul educativ atât față de salariatul care a comis abaterea, cât și față de întregul colectiv din care face parte, iar pe de altă parte, de a se preîmpinge unele erori prin stabilirea indubitabilității situației de fapt cercetate, precum și prin asigurarea dreptului de apărare a salariatului în cauză².

Acțiunea disciplinară și finalitatea ei concretizată în actul de sancționare și de executare a sanctiunii aplicate nu este o acțiune în sens jurisdicțional, ci o prerogativă a conducătorilor proceselor de muncă, ce își are temeiul în contractul de muncă³.

Procedura de aplicare a sanctiunilor disciplinare fiind, în general, aceeași pentru toate organele investite cu competență sancționatorie, vom proceda, în cele ce urmează, la examinarea regulelor comune în materie și apoi a cazurilor de excepție, adică a procedurilor speciale.

Din reglementările în vigoare rezultă că aplicarea sanctiunilor disciplinare se face prin declansarea unei acțiuni disciplinare, a cărei evoluții poate cunoaște parcursul următoarelor faze procedurale:

1. cercetarea prealabilă a abaterii disciplinare;
2. aplicarea sanctiunii disciplinare;
3. executarea dispozitiei de sancționare.

1. *Cercetarea prealabilă a abaterii disciplinare.* Potrivit art. 98 din Codul muncii și art. 1 din Legea nr. 1/1970 privind organizarea și disciplina muncii, organelor de conducere ale persoanelor juridice de stat și, potrivit art. 3 din aceeași lege, conducerilor tuturor compartimentelor de muncă, pe lîngă alte obligații, le revine și îndatorirea de a lua toate măsurile pentru prevenirea abaterilor de la disciplina muncii pentru respectarea principiilor și normelor disciplinei muncii. Această îndatorire impune ca întotdeauna cînd vor lua cunoștință de săvîrșirea unei abateri disciplinare să dispună, în limitele competenței conferite de lege, efectuarea cercetării prealabile. În acest sens, art. 13, al. 3, din Legea nr. 1/1970 stabilește că sanctiunea disciplinară se aplică numai după cercetarea prealabilă a faptei ce constituie abatere, ascultarea salariatului care a comis-o și verificarea sustinerilor făcute de acesta în apărare.

Din cuprinsul acestui text nu rezultă totuși două aspecte ale materiei ce o reglementează, și anume cine are competența de a efectua cercetarea prealabilă și care este obiectul acestei cercetări.

Referitor la primul aspect, răspunsul ce trebuie dat diferă în funcție de organul competent a aplica sanctiuni disciplinare. Astfel, în cazul în care cel ce aplică sanctiunea este conducețorul unității, organul ierarhic superior sau șeful unui compartiment de muncă, cercetarea prealabilă poate fi făcută de către ei însăși. Dreptul conducețorului de unității, al organului ierarhic superior și al-conducătorului compartimentului de muncă de a cerceta personal abaterea, atunci cînd consideră necesar, rezultă din faptul că ei sunt titularii dreptului de a decide aplicarea sanctiunii disciplinare.

Uneori însă, organele de mai sus pot dispune ca cercetarea prealabilă să fie făcută de un delegat al acestora, de către șeful ierarhic al salariatului, care a comis abaterea, sau chiar de către o comisie special constituită, atunci cînd abaterea disciplinară prezintă o importanță și complexitate mai mare sau la săvîrșirea căreia au luat parte mai multe persoane.

Alteori, din considerente deosebite, care variază de la caz la caz, organul sanctionator poate încredința efectuarea cercetării prealabile șefului ierarhic al celui care a comis abaterea, iar cînd însăși autoritatea șefului a fost lezată prin abatere, va putea fi inputernicit oricare alt salariat, cu condiția ca acesta să nu aibă o funcție inferioară funcției detinute de cel cercetat.

În cazul în care sanctiunea disciplinară urmează a fi aplicată de către maîstri sau inspectorii școlari, întotdeauna acestia vor efectua personal cercetarea prealabilă.

Dacă în cadrul altor forme de răspundere s-au făcut cercetări, după părerea noastră unitatea nu este scutită de obligația cercetării prealabile pentru stabilirea răspunderii disciplinare⁴.

Potrivit art. 213 din Legea nr.6/1969⁵, dacă se apreciază că gravitatea faptele (calificate abateri disciplinare) justifică aplicarea sanctiunii prevăzute de art.209, lit.2 (desfacerea contractului de muncă) cercetarea abaterii este încredințată unei comisii formată din trei persoane⁶ numite de inspectoratul școlar sau de ministerul ori organul central tutelar, în raport de subordonarea unității de învățămînt.

De asemenea, potrivit art.96 din Legea nr.92/1992, acțiunea disciplinară în cazul abaterilor săvîrșite de un judecător, cu excepția judecătorilor și a magistraților asistenți de la Curtea Supremă de Justiție, se exercită de către ministrul justiției, iar în cazul abaterilor săvîrșite de procurori, acțiunea se exercită de ministrul justiției sau procurorul general. În vederea exercitării acțiunii disciplinare, este obligatorie efectuarea cercetării prealabile, care se dispune de titularul acestei acțiuni. Cercetarea prealabilă se efectuează de judecători sau de persoane assimilate acestora din Ministerul Justiției, avind cel puțin același grad ierarhic cu judecătorul cercetat. Pentru procurori, cercetarea prealabilă se efectuează de procurori-inspectori din Parchetul General de pe lîngă Curtea Supremă de Justiție.

Din cele de mai sus, rezultă că în cazul judecătorilor și al procurorilor, care au comis abateri disciplinare, cercetarea prealabilă se efectuează de către o comisie instituită pentru fiecare caz în parte. Prin urmare, în unele cazuri cercetarea prealabilă poate fi făcută de către salariați din aceeași unitate sau sistem, ca de exemplu, în cazul revizorilor contabili din corporile de control financiar, iar în alte cazuri chiar din afara sistemului, de exemplu, de organele de control și revizie ale Ministerului de Finanțe, organele de control ale Ministerului Sănătății, Ministerului de Interne etc.

În ceea ce privește cel de al doilea aspect al cercetării prealabile - obiectul cercetării - acesta rezultă, așa după cum vom vedea, din conținutul unor texte similare care le întîlnim în numeroase acte normative care reglementează disciplina muncii. Așa, de exemplu, art.13 al.2 din Legea nr.1/1970 precizează că la stabilirea sanctiunii se va ține seama de cauzele și gravitatea faptei, imprejurările în care a fost săvîrșită, gradul de vinovăție a salariatului, dacă acesta a mai avut și alte abateri, precum și urmările abaterii. Potrivit art.97 al.5 din Legea nr.92/1992, în cadrul cercetării prealabile se vor stabili faptele și urmările acestora, imprejurările în care au fost săvîrsite, existența sau inexistența vinovăției, cît și oricare alte date concludente. Ascultarea celui în cauză și verificarea apărărilor magistratului (procurorului) cercetat sunt obligatorii¹. Cu alte cuvinte, obiectul cercetării prealabile constă în stringerea tuturor dovezilor necesare cum sunt actele întocmite de cel învinuit, declaratiile persoanelor care au asistat sau au cunoștință nemijlocită de săvîrșirea abaterii etc., precum și a tuturor imprejurărilor care pot avea influență asupra stabilirii sanctiunii. Cercetarea prealabilă astfel întreprinsă și va realiza scopul atunci cînd s-au stabilit cu exactitate elementele necesare declansării celei de a doua fază - aplicarea sanctiunii disciplinare.

Stabilirea acestor elemente, a căror totalitate formează obiectul cercetării prealabile, trebuie făcută cu ascultarea obligatorie de către cel (cei) care efectuează cercetarea, a salariatului ce a comis sau este învinuit de comiterea unei abateri disciplinare.

Obligația ascultării salariatului învinuit de comiterea unei abateri disciplinare este o cerință impusă celui ce face cercetarea prin art.13, al.3, al Legii nr.1/1970 și prin toate regulamentele de ordine interioară și statutele personalului, constituind un mijloc de realizare a dreptului la apărare și, totodată, de clarificare a tuturor aspectelor legate de fapta și persoana celui ce a comis-o, pentru stabilirea cît mai exactă a situației de fapt și

solutionarea corectă a cauzei.

Avind în vedere importanța ascultării salariatului în cauză, nesocotirea acestei obligații poate fi calificată ca un viciu esențial al acțiunii disciplinare, o încălcare a unei condiții de validitate a actului de sancționare, iar aplicarea unei sancțiuni în aceste condiții, ilegală, atrăgind nulitatea deciziei de sancționare¹.

Obligația ascultării salariatului nu trebuie redusă la luarea unei simple declaratii de la salariatul cercetat, dacă recunoaște sau nu comiterea abaterii, ci trebuie să i se ceară explicații referitoare la toate aspectele faptei, să i se arate ce probe îi confirmă vinovătia sa, ce probe are de făcut în apărarea sa și să se treacă la verificarea probelor și susținerilor făcute în apărare. Considerăm că și în cazul cînd salariatul recunoaște

vinovătia sa, cel ce face cercetarea nu trebuie să se mulțumească cu obținerea unei declaratii în acest sens din partea celui care a comis abaterea, ci este necesară

strarea tuturor probelor împotriva și în apărarea salariatului, pentru a i se determina cu cea mai mare exactitate fapta comisă, vinovătia și toate împrejurările care or influență stabilirea sancțiunii.

De asemenea, obligația ascultării nu trebuie considerată ca îndeplinită printr-o singură declaratie luată de la salariatul învinuit. Dacă fapta comisă este complexă, pentru elucidarea tuturor aspectelor se impune ascultarea de mai multe ori a salariatului, care va fi întrebat de fiecare dată ce susțineri mai are de făcut în apărarea sa, procedindu-se apoi la verificarea lor.

Neascultarea salariatului nu va constitui un viciu al cercetării prealabile numai atunci cînd s-a datorat unor motive temeinice, cum ar fi sustragerea salariatului, părăsirea serviciului, lipsa nejustificată de la serviciu etc., dovedite prin orice mijloc legal de probă.

Dacă pentru aflarea adevărului este necesar, poate fi ascultată orice persoană care are cunoștință de abaterea comisă sau de împrejurările cauzei, consemnindu-se declaratia în scris și luîndu-se semnătura celui care a dat-o, iar la nevoie se poate proceda la confrontarea acesteia cu salariatul care a comis abaterea sau chiar la confrontarea salariatilor care au participat la săvîrsirea abaterii.

Pentru abaterile simple, a căror stabilire nu necesită alte dovezi, de exemplu, înfirzirea la serviciu, organul de cercetare va putea lua numai declaratia celui cercetat, care împreună cu referatul întocmit, sunt suficiente probe pe care se poate intermedia aplicarea sancțiunii.

Asadar, mijloacele de probă care pot fi folosite împotriva salariatului, cît și în apărarea sa, sunt cele cunoscute în dreptul comun: înscrisurile, mărturia, mărturisirea etc.

La terminarea cercetărilor prealabile, cei delegați să le efectueze trebuie să întocmească un referat către organul care a dispus cercetarea, în care să se însăseze modul cum s-au desfășurat cercetările prealabile și concluziile la care s-a ajuns cu privire la toate aspectele faptelor comise, cît și la împrejurările care pot avea influență asupra stabilirii sancțiunii. La referatul cu rezultatele cercetărilor se vor anexa toate celelalte acte (declaratiile salariatului învinuit de săvîrsirea abaterii, declarațiile persoanelor

ascultate în cauza respectivă, acte în legătură cu abaterea etc.) și, împreună, trebuie prezentate celui care a dispus cercetarea.

În cazul în care cercetarea prealabilă se efectuează de conducătorul competent să aplice sanctiuni disciplinare, constatăriile și concluziile acestuia vor fi consimțate într-un proces-verbal.

Cind competența de aplicare a sanctiunii aparține organului ierarhic superior unității, raportul (referatul) de cercetare prealabilă va fi înaintat acestuia de către conducătorul unității în care s-a săvîrșit abaterea sau de către cei care au făcut cercetarea.

Prinind dosarul întocmit în urma cercetării, organul competent a aplice sanctiuni disciplinare, dacă va considera necesară lămurirea și a altor imprejurări relevante pentru soluționarea cauzei, poate dispune să mai fie ascultate și alte persoane sau administre și alte probe, deci completarea cercetărilor, dind indicațiile necesare celor împuerniciți să efectueze cercetările.

Dacă cercetarea nu a fost bine făcută, se poate dispune completarea sau chiar refacerea ei parțială ori totală de către aceleși persoane împuernicite. În cazul în care anumite considerente impun, de exemplu, cercetarea nu a fost obiectivă, se poate proceda la împuernarea altor persoane pentru continuarea cercetărilor, pentru verificarea concluziilor la care s-a ajuns inițial sau chiar pentru refacerea întregii cercetări prealabile. Organul sanctionator care a dispus efectuarea cercetărilor, dacă consideră necesar, poate hotărî luarea acestor măsuri chiar mai înainte de a î se prezenta rezultatele cercetărilor.

Deoarece sanctiunea disciplinară trebuie să fie stabilită și comunicată în cel mult 30 de zile de la data cînd cel îndreptățit să o aplice a luat cunoștință de săvîrșirea abaterii⁹, considerăm necesar ca o dată cu desemnarea persoanelor ce vor efectua cercetarea prealabilă, să se stabilească și un termen în care să se înainteze rezultatele.

Acest termen trebuie fixat în așa fel încît să se asigure timpul necesar organului competent să analizeze dosarul cu rezultatele cercetării, să stabilească și să comunice sanctiunea aplicată în intervalul termenului de 30 de zile, avîndu-se în vedere că acest termen începe să curgă nu de la începerea cercetărilor, ci de la data cînd cel în drept să aplice sanctiunea a luat cunoștință de săvîrșirea abaterii. Cu alte cuvinte, înăuntrul termenului de 30 de zile, trebuie să se stabilească persoanele care vor efectua cercetarea prealabilă, să se termine cercetarea și înainteze rezultatul celui în drept să aplice sanctiunea, iar acesta să stabilească și să comunice sanctiunea celui care a comis abaterea.

2. Aplicarea sanctiunii disciplinare. Terminarea cercetării prealabile a abaterii comise și înaintarea dosarului organului competent, permite trecerea la cea de a doua fază - aplicarea sanctiunii disciplinare.

Potrivit art. 101 din Codul muncii, sanctiunea disciplinară se stabilește și se aplică, după caz, de organul de conducere colectivă (consiliul de administrație), de conducătorul unității sau conducătorul compartimentului de muncă¹⁰, în condițiile legii.

Competența de sanctionare a acestor organe diferă în raport de următoarele criterii:

a) gravitatea abaterii și a sanctiunii aplicate: mustrarea, avertismentul și retragerea unei trepte de retribuție pe o durată pînă la 3 luni pot fi aplicate de maîstri¹¹, primele două sanctiuni pot fi aplicate de sefii de compartimente stabiliți prin regulamentul de ordine interioară¹², iar celelalte organe de conducere pot aplica oricare din sanctiunile prevăzute de art. 100 din Codul muncii; b) competența de a încheia contractul de muncă determină, conform principiului simetriei actelor juridice, competența de a modifica și desface contractul de muncă, ambele revenind aceluiași organ, după caz, conducătorului unității (pentru salariații cu funcții de execuție); consiliului de administrație (pentru salariații cu funcție de conducere) și consiliului împuternicitorilor mandatari ai statului (în cazul conducătorului unității).

Spre deosebire de dreptul penal și dreptul administrativ în care sunt prevăzute consecințele pentru comiterea fiecărei infracțiuni și respectiv, contravenții, în Codul muncii se stabilesc, în cadrul unor capitole separate, obligațiile salariaților¹³ și sanctiunile ce se pot aplica în cazul încălcării lor¹⁴. Față de această situație, organul competent să aplique sanctiuni disciplinare trebuie să determine în fiecare caz în parte, în funcție de împrejurările concrete legate de faptă și de salariatul care a comis-o, sanctiunea cea mai potrivită.

La stabilirea sanctiunii, în toate cazurile, trebuie să se țină seama de criteriile generale prevăzute de art.13 al.2 din Legea nr. 1/1970, în regulamentele de ordine interioară, statutele unor categorii de personal și alte acte normative¹⁵, după cum urmează: cauzele și gravitatea faptei; urmările abaterii disciplinare săvîrsite, iar în cazul în care sunt mai mulți participanți la săvîrsirea abaterii, măsura în care fiecare din ei au contribuit la producerea acestor urmări; împrejurările în care abaterea a fost săvîrsită; gradul de vinovăție a salariatului; dacă a mai săvîrsit abateri anterior și comportarea în serviciu a celui vinovat, orice alt element care poate contribui la justă stabilire a sanctiunii disciplinare, de exemplu, atitudinea celui ce a comis abaterea față de faptă și urmările ei etc.

În același sens, unele indicații cu caracter general mai sunt cuprinse și în art.15 al Legii nr.1/1970, care prevede că răspunderea penală sau materială nu exclud răspunderea disciplinară pentru fapta săvîrsită, dacă prin aceasta s-au încălcă și obligațiile de muncă. De asemenea, la stabilirea sanctiunii disciplinare prevăzute de Codul muncii în art. 100, lit.c (reducerea uneia sau mai multor trepte sau gradății de salarizare ori diminuarea salariului cu 5-10%), se va ține seama și de faptul dacă pentru încălcarea îndatoririlor de serviciu s-a aplicat o anenădă, de exemplu, pentru săvîrsirea unei contravenții. Pe cale de consecință, credem că această prevedere își are aplicarea și în cazul sanctiunii prevăzute de art.100. lit.d (reducerea salariului și reducerea indemnizației de conducere pe durata de 1-3 luni, cu 10%), deoarece legeul nu a putut avea în vedere la data aparitiei Legii nr. 1/1970, sanctiunea fiind prevăzută în Codul muncii, care a intrat în vigoare ulterior acestei legi.

Prin această reglementare s-a urmărit ca, pentru aceeași faptă ilicită comisă, să nu se aplique salariatului - în cadrul răspunderii disciplinare și al altor forme de răspundere -

PROCEDURA APLICĂRII SANCTIUNILOR DISCIPLINARE

două sanctiuni cu caracter patrimonial, în acest sens statuind și Ministerul Muncii și Protecției Sociale prin Circulara nr. 18509/1970. Totodată, în cazul nerealizării programului de producție, atrăgind pentru anumite categorii de salariați diminuarea în anumite procente a salariului, același minister, prin Circulara nr. 170015 din 17-II-1971, a precizat că atunci cînd această nerealizare se consideră a fi din vina unor angajați și deci va atrage și sancționarea lor disciplinară, să nu li se aplice o sanctiune cu caracter pecuniar, pentru a se evita reducerea pe două cai a salariului.

Organul sancționator trebuie să țină seama și de condițiile în care contractul de muncă va putea fi desfăcut din inițiativa unității în cazurile prevăzute de art. 130, al. i, lit. i și k, din Codul muncii.

De regulă, cel care stabilește sanctiunea, dacă va constata repetarea unor abateri de o gravitate mai mare sau chiar de aceeași gravitate, va aplica sanctiunile disciplinare în mod progresiv.

În situația în care printr-o singură abatere disciplinară au fost încălcate mai multe îndatoriri de serviciu, întotdeauna se aplică numai o singură sanctiune. Cu alte cuvinte, nu se pot aplica mai multe sanctiuni disciplinare pentru aceeași abatere¹⁶.

De asemenea, se aplică o singură sanctiune și atunci cînd aceeași persoană săvîrșeste mai multe abateri, dar descoperirea, cercetarea și sancționarea lor au loc concomitent pentru toate abaterile.

Organul competent să aplice sanctiuni disciplinare trebuie să aibă în vedere că scopul sanctiunii este de a educa pe cel care a comis abaterea disciplinară în spiritul executării constiucționale a sarcinilor de serviciu, că numai aplicarea sanctiunii celei mai potrivite în fiecare caz concret și cu promitutudine vor contribui la realizarea acestui scop.

Numai printr-o apreciere și aplicare corectă a tuturor acestor criterii cu caracter general se va putea realiza o individualizare justă a pedepsei ce se stabilește în fiecare caz în parte. Aceste criterii generale stabilite prin dispozițiile mai sus menționate, prezintă o mare importanță pentru cei care au competența de a aplica sanctiuni disciplinare, înălțurînd posibilitatea unor aprecieri discreționare și săvîrsirea unor eventuale abuzuri. În același timp, aceste criterii generale au și menirea de a realiza un cadru orientativ și, totodată, o coordonare a organelor competente în exercitarea dreptului de sancționare disciplinară, pentru a se evita existența unor deosebiri nejustificate de la un organ sancționator la altul, în ceea ce privește aprecierea gravitatii abaterilor și stabilirea sanctiunilor.

Asadar, rezultă, în mod indubitable, utilitatea acestor criterii generale prevăzute de lege, de care trebuie să se țină seama pentru a putea stabili sanctiunea disciplinară corespunzătoare în fiecare caz în parte, pentru ca aplicarea sanctiunii să-și realizeze scopul urmărit: respectarea disciplinei muncii și înșăptuirea ordinii în unitate, precum și corectarea celui care a comis abaterea disciplinară.

Organul sancționator trebuie să aibă în vedere că, față de complexitatea situațiilor care se pot ivi în cadrul desfășurării muncii într-o anumită unitate, faptele considerate (calificate) abateri disciplinare, chiar fiind de aceeași natură, nu pot prezenta un grad de

pericol special identic și deci, să atragă întotdeauna aceeași sanctiune disciplinară. Este posibil ca o anumită abatere disciplinară, săvîrșită într-un anumit compartiment de muncă dintr-o unitate să prezinte un anumit grad de periculozitate și să reclame o anumită sanctiune și, aceeași abatere, săvîrșită într-un alt compartiment de muncă din aceeași unitate, sau în același compartiment de muncă din aceeași unitate, dar în altă perioadă de timp, ori din altă unitate, să aibă un alt grad de periculozitate și să reclame o altă sanctiune. Este posibil deci, ca încălcarea aceleiasi obligații de serviciu să reclame aplicarea unor sanctiuni disciplinare diferite, în raport de compartimentul de muncă ori unitatea în care s-a produs abaterea, sau chiar de salariatul care a comis-o¹⁷, de urmările abaterii etc.

Printre criteriile generale prevăzute de art.13, al.2, din Legea nr.1/1970, de care trebuie să se tină seama la stabilirea sanctiunii disciplinare, este cuprinsă și aceea dacă salariatul "a mai săvîrșit și alte abateri în trecut", cu alte cuvinte, săvîrsirea repetată a unor abateri, ca regulă generală, trebuie să atragă pedepsirea cu o sanctiune mai aspiră decât cea aplicată anterior. Cu toate acestea, considerăm că această regulă nu trebuie absolutizată, că nu este necesar să se aplice o sanctiune mai aspiră decât cea aplicată anterior, în toate cazurile în care același salariat a mai săvîrșit o nouă abatere, indiferent de natură și gravitatea ei. Astfel, dacă un salariat a fost sanctionat cu retragerea unei gradații sau trepte de salarizare pe o perioadă de 3 luni pentru refuzul de a executa o delegare, iar ulterior, comite o nouă abatere, de exemplu, întîrzierea la serviciu, care este de o gravitate evident mai mică, nu trebuie să i se aplice sanctiunea care urmează în ordinea gravitatii - retrogradarea în funcție sau în categorie, după caz. Prin urmare, criteriul la care ne referim trebuie înțeles în sensul că organul sanctionator va aplica o sanctiune disciplinară mai severă decât cea aplicată anterior numai dacă cea de a doua abatere săvîrșită prezintă o gravitate care să impună o asemenea măsură. În orice caz, faptul că aceeași persoană comite o nouă abatere, chiar de gravitate mai mică, după ce a fost odată sanctionată pentru altă abatere anterioară, trebuie să se aibă în vedere, putându-se aplica o sanctiune mai severă decât aceea care i s-ar fi aplicat dacă ar fi fost la prima abatere. De exemplu, un salariat sanctionat cu avertisment sau retragerea gradației sau treptei de salarizare pentru absențe nemotivate, va putea fi sanctionat cu avertisment pentru întîrzierea la serviciu, abatere care, obișnuit, comisă pentru prima oară, poate fi sanctionată numai cu mustare.

Totodată, trebuie avut în vedere că aplicarea sanctiunilor, în unele cazuri, are loc numai cu respectarea anumitor limite sau este condiționată de indeplinirea unor măsuri procedurale speciale. Astfel, potrivit art.132 din Codul muncii, la desfacerea contractului de muncă din inițiativa unității va fi consultat comitetul sindicatului. În cazul salariaților care sunt membri ai comitetului sindicatului sau ai altor organe sindicale, va fi consultat și organul sindical superior. De asemenea, la desfacerea contractului de muncă al salariatului care a fost încadrat în muncă ca urmare a hotărîrii organului de conducere colectivă al unității, este necesară aprobarea acestui organ.

În sfîrșit, potrivit "Îndrumarului"¹⁸, sanctiunile, retragerea uneia sau mai multor

PROCEDURA APLICĂRII SANCTIUNILOR DISCIPLINARE

gradații sau trepte de salarizare și retrogradarea în funcție sau categorie pot fi aplicate salariaților detașati numai cu acordul unității care i-a detașat (cedente).

Odată stabilită sanctiunea ce urmează să fie aplicată salariatului care a comis abaterea disciplinara, organul sancționator trebuie să emite decizia de sancționare disciplinara¹⁹.

Aplicarea sanctiunii disciplinare este un act unilateral al organului sancționator prin care se poate stinge sau modifica raportul de muncă și care, prin natura sa este un act de drept al muncii²⁰.

Considerăm că este o lacună în actuala reglementare, neprecizarea conținutului și a formei pe care trebuie să le aibă decizia de sancționare.

În ceea ce privește conținutul deciziei de sancționare, ni se pare obligatorie cuprinderea cel puțin a următoarelor mențiuni: organul sancționator; numele, prenumele, funcția și locul de muncă a celui care a comis abaterea; o scurtă expunere a abaterii cu indicarea probelor ce o dovedesc, inclusiv precizarea că a fost ascultată persoana în cauză; sanctiunea disciplinara aplicată; temeiul juridic, calea de atac pe care o poate urma cel sancționat și termenul; organul însărcinat cu îndeplinirea deciziei; numărul deciziei, data emiterii și semnatura.

Cit priveste cel de al doilea aspect - forma deciziei de sancționare - s-ar părea că această problemă nu ar mai fi oportună a se ridică, deoarece în sistemul sanctiunilor instituit prin art. 100 din Codul muncii, Legea nr.1/1970 și "Îndrumar", nu se mai menține sanctiunea "observația", în legătură cu care s-au purtat discuții în trecut. Întrucât, pentru anumite categorii de personal²¹, în sistemul sanctiunilor ce li se pot aplica, este menținută "observația", problemei ridicate trebuie să i se dea o rezolvare.

După părerea noastră, indiferent de felul sanctiunii, forma deciziei de sancționare este cea scrisă. Faptul că sanctiunea "observației" este definită ca "incunoștiințarea făcută verbal salariatului...." nu este de natură să ne ducă la concluzia inutilității formei scrise a actului de sancționare și că modul de aplicare a acestei sanctiuni ar consta în incunoștiințarea făcută verbal celui în cauză. O atare soluție ar însemna o confuzie care să face între stabilirea sanctiunii, care totdeauna trebuie să ia forma unui act scris și punerea în executare a ordinului de sancționare, care în cazul observației se poate face și verbal.

Necesitatea formei scrise a deciziei de sancționare, inclusiv pentru aplicarea sanctiunii "observației", rezultă din cerința legii de a se nota în dosarul personal al salariatului orice sanctiune care i se aplică, decizia scrisă fiind singurul temei al acestei notări. În același timp, necesitatea deciziei scrise de sancționare apare și atunci când împotriva sanctiunii s-a declanșat calea de atac prevăzută de lege, organul competent a o soluționa făcând verificarea legalității și temeinicietă măsurii prin decizia de sancționare și a probelor pe care se intemeiază.

Sanctiunea disciplinara poate fi stabilită și trebuie să fie comunicată în scris în cel mult 30 de zile de la data cînd cel în drept să o aplice a luat cunoștință de săvîrșirea abaterii, respectiv o lună, în cazul desfacerii disciplinare a contractului de muncă, aplicarea sanctiunii nu se va putea face însă mai tîrziu de 6 luni de la data săvîrșirii

abaterii²².

Considerăm, alături de altri autori, că ținind seama de trăsăturile dreptului de sanctionare disciplinară, ambele termene, înăuntrul cărora trebuie aplicată sanctiunea – atât cel de 30 de zile (o lună), cît și cel de 6 luni –, au o natură juridică similară cu aceea a termenilor de prescripție a răspunderii penale. Numai că "în timp ce termenul de 6 luni reproduce fidel figura juridică a prescripției răspunderii penale, prin aceea că el curge de la data săvîrșirii abaterii, termenul de 30 de zile (o lună) curge de la data constatarii abaterii, dată care nu are un corespondent în structura procesului penal"²³. Așa fiind, dispozitiile codului penal referitoare la prescripția răspunderii penale se aplică în mod corespunzător specificului raportului de muncă, în materia răspunderii disciplinare.

Sanctiunea desfacerii disciplinare a contractului de muncă în temeiul art.130, al.1, lit.i, din Codul muncii se poate aplica în termen de o lună de la constatarea de către conducerul unității a imprejurării care constituie temeiul desfacerii, fără a se mai face referire și la termenul de 6 luni, prevăzut de art.14, al.4 din Legea nr.1/1970, acest termen fiind totuși aplicabil în cazul tuturor sanctiunilor, deci implicit și în cel al desfacerii contractului de muncă.

Procedura de aplicare a sanctiunilor disciplinare, cu unele adaptări corespunzătoare, este în general aceeași pentru toate organele competente să aplice sanctiuni disciplinare, fiind prevăzută de regulamentul de ordine interioară sau statutul aplicabil anumitor categorii de personal. Unele excepții sunt cunoscute în cazul procedurii de aplicare a sanctiunilor disciplinare judecătorilor, procurorilor, personalului didactic și altor categorii de salariați.

Astfel, acțiunea disciplinară, în cazul abaterilor săvîrșite de un judecător, cu excepția judecătorilor și magistratilor-asistenți de la Curtea Supremă de Justiție, se exercită de către ministru justiției iar în cazul abaterilor săvîrșite de procurori, potrivit art.96 din Legea nr.92/1992, acțiunea se exercită de ministru justiției sau procurorul general.

Acțiunea disciplinară se exercită în termen de cel mult 30 de zile de la data înregistrării actului de constatare, dar nu mai tîrziu de un an de la data săvîrșirii abaterii disciplinare.

În vederea exercitării acțiunii disciplinare, este obligatorie efectuarea cercetării prealabile, care se dispune de titularul acestei acțiuni.

Cercetarea prealabilă se efectuează de judecători sau de persoane asimilate acestora din Ministerul Justiției, avind cel puțin același grad ierarhic cu judecătorul cercetat. În cazul procurorilor cercetarea prealabilă se efectuează de procurori-inspectori din Parchetul General de pe lingă Curtea Supremă de Justiție.

În cadrul cercetării prealabile se vor stabili faptele și urmările acestora, imprejurările în care au fost săvîrșite, existența sau inexistența vinovăției, cît și alte date concludente. Ascultarea celui în cauză și verificarea apărărilor magistratului cercetat sunt obligatorii. Refuzul magistratului cercetat de a face declarații sau de a se prezenta la cercetări se constată prin proces-verbal și nu împiedică finalizarea cercetării. Magistratul cercetat are dreptul să cunoască toate actele cercetării și să solicite probe în apărare. După primirea

PROCEDURA APLICĂRII SANCTIUNILOR DISCIPLINARE

rezultatelor cercetării prealabile, ministrul justiției poate sesiza Consiliul Superior a Magistraturii. Dezbaterile Consiliului Superior al Magistraturii se fac cu citarea obligatorie a părților, fără a fi însă publice. Consiliul Superior al Magistraturii se pronunță prin hotărirea motivată, care se comunică părților.

Comisia de disciplină a Ministerului Public este formată din 5 procurori din Parchetul General de pe lîngă Curtea Supremă de Justiție, alesi pe 4 ani, de membrii acestui parchet. Comisia este prezidată de procurorul cel mai mare în grad, iar la grade egale, de procurorul cu cea mai mare vechime în grad.

În fața Consiliului Superior al Magistraturii sau a comisiei de disciplină a Ministerului Public, magistratul poate fi asistat de un alt magistrat.

Împotriva sanctiunilor aplicate de Consiliul Suprem al Magistraturii sau de comisia de disciplină a Ministerului Public, magistratul în cauză, ministrul justiției sau, după caz, procurorul general poate face contestație, în termen de 30 de zile de la comunicarea hotărârii. Contestația se depune la organul care a pronunțat hotărârea și se judecă de Curtea Supremă de Justiție, în complet de 7 judecători, în ultimă instanță.

Particularitățile care le prezintă procedura aplicării sanctiunilor disciplinare personalului didactic, în special celui din învățămîntul superior, justifică includerea și tratarea ei în cadrul procedurilor speciale.

În ceea ce privește personalul didactic din învățămîntul prescolar, învățămîntul de 10 ani, liceal, cel profesional și tehnic, poate fi sanctionat disciplinar în condițiile art.211 din Statutul personalului didactic, după caz de directorul unității școlare, inspectorul care a constatat abaterea, inspectoratul școlar, ministerul în subordinea căruia se află unitatea școlară și Ministerul Învățămîntului și Științei.

Exercitarea acțiunii disciplinare de către organele arătate se face pe baza cercetării prealabile, cu ascultarea obligatorie și luarea declarației scrise a persoanei căreia i se impută abaterea. Dacă se apreciază că gravitatea faptelor justifică aplicarea sanctiunii îndepărterii din învățămînt prin desfacerea contractului de muncă (art.209, lit.2), cercetarea abaterii este încredințată unei comisii numite de inspectoratul școlar sau de ministerul ori organul central care a încadrat pe cel în cauză.

Actele de cercetare disciplinară privind personalul didactic din învățămîntul superior, potrivit art.217 din Statut, sunt supuse spre examinare unei comisii constituite, pentru fiecare caz în parte, din președinte și doi membri, avînd cel puțin funcția didactică a celui care a săvîrșit abaterea.

Pe baza concluziilor la care s-a ajuns ca urmare a cercetării prealabile efectuate și ascultării celui ce a comis abaterea, comisia se va pronunța asupra sanctiunii prin hotărîre motivată, luată cu cel puțin majoritatea voturilor.

Hotărîrea comisiei se comunică celui sanctionat pentru ca, în temeiul art. 218 din Statut, să poată fi contestată în termen de 15 zile de la comunicare.

Pentru aducerea la îndeplinire a hotărîrilor comisiei, sanctiunile prevăzute de art. 209, lit.c (retragerea pe una, două sau trei luni a ultimei gradații sau diminuarea salariului cu 5% pe aceeași perioadă) ori lit. e (indeplinirea din învățămînt prin

desfacerea disciplinară a contractului de muncă) se aplică de Ministerul Învățământului și Științei în cazul profesorilor, conferențiarilor și sefilor de lucrări (lectorilor) numiți de minister.

Indiferent de gradul didactic (profesor, conferențiar, lector, asistent sau preparator), sancțiunile prevăzute de art. 209, lit. a și b (mustrarea și avertismentul) se aplică întotdeauna de către rector.

3. *Executarea deciziei de sanctionare.* În desfășurarea sa, acțiunea disciplinară, după ce a parcurs fazele cercetării prealabile și aplicării sancțiunii, trece într-un nou stadiu, într-o nouă fază, aceea a executării actului de sanctionare.

Această ultimă fază presupune, pe de o parte, punerea în aplicare a deciziei de sanctionare, iar pe de altă parte, executarea propriu-zisă a sancțiunii de către salariatul căruia i s-a aplicat.

Modalitatea de executare a deciziei de sanctionare, precum și organul competent în această privință diferă în funcție de felul sancțiunii, cît și de organul sanctionator.

În ceea ce privește reglementarea executării deciziei de sanctionare, menționăm că desi mai multe texte²⁴ fac unele precizări cu un conținut aproximativ asemănător, problema nu este reglementată sub toate aspectele pe care le implică. Astfel, aliniatul ultim al art.13 din Legea nr.1/1970 prevede doar că sancțiunea stabilită trebuie să fie comunicată în scris salariatului. Unele precizări mai de amânat sunt făcute prin art.215 din Statutul personalului didactic și Statutul personalului din unitățile de transport ale Ministerului Transporturilor, în sensul că sancțiunile disciplinare aplicate se comunică în scris celui sanctionat, prin unitatea de care depinde, sub luare de dovadă, care se anexează la dosarul cercetărilor, precum și că în comunicare se va arăta cauza de atac, termenul de introducere a plingerii și organul competent a o soluționa. De asemenea, se precizează că sancțiunile disciplinare aplicate sunt execuțorii, chiar dacă împotriva lor s-a făcut plângere, precum și că sancțiunile rămasă definitive se notează în dosarul sau fișă personală, respectiv în tabloul de serviciu.

Cu toate acestea, nici prin aceste reglementări nu se precizează cine anume din cadrul unității va aplica ordinul de sanctionare și nici cum se face executarea propriu-zisă a fiecărei sancțiuni.

Aducerea le indeplinire a deciziei de sanctionare este o operațiune la care, în mod obișnuit, participă mai multe persoane și comportamente de muncă, în funcție de felul sancțiunii, de organul sanctionator și de salariatul sanctionat. De exemplu, aplicarea deciziei de sanctionare a unui salariat cu funcție de conducere dintr-o anumită unitate, sanctionat de organul ierarhic superior, se poate face de conducătorul unității sau de către un alt superior al salariatului sanctionat, împreună cu șeful compartimentului de personal. În cazul sanctionării oricărui alt salariat, aplicarea deciziei de sancționare se poate face de către șeful compartimentului din care face parte cel sancționat, iar în funcție de natura sancțiunii, la aplicare pot participa și alte comportamente, de exemplu, în cazul retragerii unor gradații ori trepte sau al reducerii salariatului, compartimentul de salarizare etc.

PROCEDURA APLICĂRII SANCTIUNILOR DISCIPLINARE

Alteori, cind cel care stabilește sanctiunea este un alt organ decit conducatorul unitatii, acesta o va aduce si la indeplinire, cum este, de exemplu, in cazul maitrilor, precum si in al aplicarii sanctiunii "observatiei", pentru anumite categorii de personal.

In practica se obisnuieste ca in decizia de sanctionare, organul sanctionator sa faca precizarea persoanelor si compartimentelor insarcinate cu aplicarea respectivei decizii.

Aducerea la indeplinire a deciziei de sanctionare presupune, asa dupa cum s-a aratat, pe de o parte, o serie de operatiuni tehnico-administrative, care se indeplinesc in cazul tuturor sanctiunilor de unele compartimente si de catre alte persoane decit cea sanctionata, iar pe de alta parte, executarea propriu-zisa a sanctiunii de catre salariatul in cauza, care difera de la o sanctiune la alta in functie de felul acesteia.

Operatiunile tehnico-administrative care trebuie efectuate in vederea indeplinirii deciziei de sanctionare sunt prevazute, asa cum s-a mai aratat, in Legea nr.1/1970 si in alte acte normative. Potrivit art.13, al.4, din aceasta lege, una din aceste operatiuni consta in comunicarea sanctiunii stabilite celui sanctionat. Comunicarea se face in cel mult 30 de zile de la data cind cel in drept sa o aplice a luat cunostinta de savirsarea abaterii si intotdeauna in scris.

In comunicare se vor arata faptele ce s-au retinut in sarcina celui sanctionat si probele care le dovedesc, sanctiunea aplicata, calea de atac la care are dreptul, termenul de introducere a plingerii si organul competent a o solutiona.

Comunicarea se face personal celui in cauza sub luare de semnatura pe copia deciziei sau in condica de expeditie a corespondentei, prin adresă la domiciliu, cu confirmare de primire, prin notificare etc.

In practica judiciara s-a stabilit ca refuzul salariatului de a primi comunicarea, daca este constatat printr-un proces-verbal, acesta poate constitui dovada comunicarii legale²⁵.

Comunicarea legal facuta, produce urmatoarele efecte:

- decizia de sanctionare capata caracter executoriu, deoarece exercitarea catii de atac a plingerii nu are efect suspensiv;

- neaste dreptul la exercitarea plingerii pentru salariatul sanctionat;

- determina momentul din care incepe sa curga termenul de prescriptie de 30 de zile in care se poate promova plingerea;

- determina momentul in raport de care se calculeaza prescriptia sanctiunii²⁶.

Dupa raminerea definitiva a deciziei de sanctionare, urmare a neatacarii ei in termenul legal sau a respingerii plingerii de catre organul jurisdictional competent, prin grija compartimentului de personal al unitatii se noteaza sanctiunea in dosarul sau fisua personala, respectiv in tabloul de serviciu al salariatului sanctionat.

Desfacerea disciplinara a contractului de muncă, fiind un mod de incetare a contractului de muncă, precum si celealte sanctiuni care constau in modificarea functiei (categoriei) sau a salarizarii, se vor nota si in carnetul de muncă.

In ceea ce priveste executarea propriu-zisa a deciziei de sanctionare, pentru toate sanctiunile sunt comune consecintele pe care trebuie sa le suporte salariatul sanctionat din momentul sanctionarii sale si pana in cel al obtinerii beneficiului reabilitarii²⁷. In toata

această perioadă, salariatul sanctionat va fi lipsit de anumite drepturi, ca de exemplu, nu va putea fi premiat, nu va obține un calificativ foarte bun sau va suporta unele consecințe ca rezultat al modificării unilaterală a unei clauze a contractului de muncă, fără a î se cere consimțământul său (cum ar fi necesar în alte situații), ca de exemplu, în cazul trecerii în altă funcție sau categorie (inferioară) prin retrogradare.

Așadar, dacă executarea propriu-zisă a sanctiunii presupune suportarea de către salariat a unor consecințe comune pentru toate sanctiunile, pentru unele sanctiuni executarea presupune și alte urmări specifice și anume:

- În cazul retragerii uneia sau mai multor gradatii ori trepte de salarizare pe o perioadă de 1-3 luni, iar pentru cei încadrati la nivel de bază, diminuarea acestuia cu 5-10% pe aceeași perioadă, precum și în cazul reducerii salariului și reducerii indemnizației de conducere cu 5-10%. cel sanctionat va suporta diminuarea corespunzătoare a salariului, continuind să indeplinească aceeași funcție și să execute lucrări în cantitatea și calitatea corespunzătoare respectivei funcții.(categoriei).

- Retrogradarea în funcție sau categorie presupune trecerea efectivă a celui sanctionat pe o perioadă de 1-3 luni în funcție sau categoria imediat inferioară celei avute, dar în cadrul aceleiași profesii (meserii), cu reducerea corespunzătoare a salariului tarifar, deoarece și sfera atribuțiilor de serviciu este de o complexitate sau importanță mai mică.

- Executarea sanctiunii desfacerii disciplinare a contractului de muncă constă în îndepărarea celui sanctionat din colectivul unității, scoaterea din evidența personalului, eliberarea cărții de muncă completeată cu temeiul închetării contractului de muncă și chidarea la zi a tuturor drepturilor bănești ce î se cuvin.

În ceea ce privește sanctiunile disciplinare aplicate judecătorilor și procurorilor, potrivit art.102 din Legea nr.92/1992, ministrul justiției, după caz, procurorul general, dispune măsurile corespunzătoare executării hotărîrilor privind aplicarea sanctiunilor disciplinare.

- În toate cazurile în care începează calitatea de magistrat, cu excepția stagiarilor, hotărîrea sau actul care determină închiderea acestei calități se va comunica Președintelui României de către Consiliul Superior al Magistraturii în vederea emiterii decretului de eliberare din funcție.

NOTE

1. Vezi art.13-20 din Legea nr.1/1970 privind organizarea și disciplina muncii, prevederi similare fiind cuprinse în toate regulamentele de ordine interioară și statutele personalului din diferite domenii de activitate; art.93-103 din Legea nr.92/1992 pentru organizarea judecătorească.

2. S. Ghimpu s.a. *Dreptul muncii*, Tratat, Vol. II, Editura științifică și enciclopedică,

PROCEDURA APLICĂRII SANCTIUNILOR DISCIPLINARE

București, 1979, p.65.

3. Ibidem, p.65-66.

4. În același sens a se vedea A. Popescu, notă la Decizia civilă nr.453/1974 a Trib.jud.Botoșani, în "R.R.D." nr.8/1975, p.57-59, iar pentru părerea contrară, în sensul că cercetarea prealabilă nu este necesară, a se vedea D. Rădulescu, Aplicarea sancțiunilor disciplinare cu caracter patrimonial, în "R.R.D." nr.9/1972, p.100. Autorii tratatului de dreptul muncii consideră în mod justificat că această opinie nu poate fi acceptată, deoarece nu tine seama de caracterul autonom al fiecărei forme de răspundere, determinat de natura specifică a relațiilor sociale protejate prin normele de drept. Vezi S. Ghimpu s.a. *op.cit.*, p.66, infra 2.

5. Statutul personalului didactic.

6. Comisia este formată dintr-un inspector școlar ca președinte, un director de școală și un reprezentant al sindicatului, ca membri sau șeful direcției de invățămînt ca președinte, un inspector școlar și un reprezentant al federației (confederației sindicatelor), în primul caz cînd comisia este numită de inspectorul școlar general, în cel de al doilea caz, atunci cînd comisia este numită de minister sau organul central din subordinea căruia se află unitatea școlară.

7. Prevederi similare conțin și art.214 din Statutul personalului didactic; art.22 din Statutul salariaților din unitățile de transport, precum și în toate regulamentele de ordine interioară.

8. În acest sens s-a pronunțat atît practica judiciară cît și literatura de specialitate; Plenul fostului Tribunal Suprem, Decizia de Îndrumare nr. 5/1973; V.I. Cîmpianu, *Dreptul muncii*, Editura didactică și pedagogică, București, 1967, p.303; S. Ghimpu, Cîteva aspecte ale desfacerii disciplinare a contractului de muncă..., în "R.R.D." nr.7/1970, p.40; A. Deteșan, C. Jornescu, *Cartea întreprinderii*, Ed. "Viața economică", 1970, p.440. Opinie contrară T. Pop, Aspecte procesuale în legătură cu desfacerea disciplinare a contractului de muncă, în "R.R.D." nr.8/1971, p.68-72, potrivit căreia viciul procedural rezultat din lipsa ascultării prealabile a învinuitorului s-ar putea acoperi prin formularea apărărilor în fața organului de jurisdicție a muncii. Opinia nu poate fi primită deoarece dreptul de apărare este prevăzut în textul ce reglementează procedura aplicării sanctiunii și nu în cel care reglementează cîile de atac.

9. Vezi art.13, al.4, din Legea nr.1/1970 privind organizarea și disciplina muncii și art.130, al.2 din Codul muncii.

10. Potrivit art.6, lit.b, din Legea nr.12/1971 prin compartimente de muncă se înțeleg atelierele, secțiile, serviciile, birourile și alte compartimente din structura funcțională sau de producție.

11. Competența sanctionatorie a maîstrilor a fost stabilită prin art. 13 din Legea nr.6/1977 privind rolul și atribuțiile maistrului în producție, art.14, al.2, din Legea nr.1/1970.

12. Competența sanctionatorie a șefilor de compartimente se stabilește prin regulamentul de ordine interioară, constituind o delegare a acestui atribut al conducerii unității în baza prevederilor legale (art.14, al.2, din Legea nr.1/1970).

13. În "atoritile salariaților" sunt stabilite în Capitolul II, art.20-22 din Codul muncii.

14. Răspunderea disciplinară a salariaților este reglementată în Capitolul III, art.100-102 din Codul muncii și în alte acte normative.

15. Vezi art.97, al.3, din Legea nr.92/1992 pentru organizare judecătorescă; art.212 din Legea nr.6/1969, Statutul personalului didactic, cît și în alte acte normative.

16. Mentionăm că și în cadrul răspunderii disciplinare operează principiul non bis in idem.

17. Sanctiunea disciplinară poate dифeri în funcție de persoană atunci cînd, de exemplu, deși două persoane comit abateri similare, una din ele a mai comis și alte abateri în trecut.

18. Îndrumarul pentru întocmirea reglementelor de ordine interioară nr.53052/1985 a fost emis de Ministerul Muncii și fostul Consiliu Central al Sindicatelor, în temeiul art.23 din Legea nr.1/1970.

19. Denumirea actului prin care se aplică sanctiunea disciplinară, potrivit art.101, al.2, din Codul muncii este de decizie de sanctiunare, dar ea diferează de la o unitate la alta, fiind reglementată de actul normativ care le reglementează organizarea și funcționarea. De exemplu, în cazul judecătorilor, potrivit art.98, al.4, din Legea nr.92/1992, Consiliul Superior al Magistraturii se pronunță prin hotărîre motivată, miniștri, prin ordin etc.

20. În același sens, vezi S. Ghimpă s.a., *op.cit.* p.70.

21. Printre sanctiunile care se pot aplica judecătorilor și procurorilor, art.95 din Legea nr.92/1992, lit.a se prevede "observația".

22. În unele statute disciplinare se prevăd termene mai mari. Astfel, potrivit art.210 din Statutul personalului didactic, sanctiunile se aplică în termen de cel mult 60 de zile de la constatarea abaterii, dar nu mai tîrziu de 1 an de la data săvîrsirii ei; în cazul judecătorilor și al procurorilor, în termen de cel mult 30 de zile de înregistrarea actului de constatare, dar nu mai tîrziu de un an de la data săvîrsirii abaterii etc.

S. Ghimpă s.a., *op.cit.*, p.71.

23. Vezi art. 215 din Statutul personalului didactic; art.102-103 din Legea nr.1/1992; Statutul personalului din unitățile de transport ale Ministerului de Transporturilor și "Îndrumarul" nr.53052/1985 pentru întocmirea reglementelor de ordine interioară.

24. Vezi decizia civ.nr.764/1964 a fostului Tribunal Suprem, în "Justitia Nouă", nr.4/1964, p.173 și Decizie de îndrumare nr.5/1974 a Plenului fostului Tribunal Suprem, în C.D. pe anul 1974, p.22.

25. Vezi art. 215 din Statutul personalului didactic; art.102-103 din Legea nr.1/1992; Statutul personalului din unitățile de transport ale Ministerului de Transporturilor și "Îndrumarul" nr.53052/1985 pentru întocmirea reglementelor de ordine interioară.

26. Ghimpă s.a., *op.cit.*, p.73.

27. Pentru amănunte vezi Gh. Filip, Caracterul și efectele reabilitării disciplinare, în "R.R.D." nr.4/1972, p.22-28.

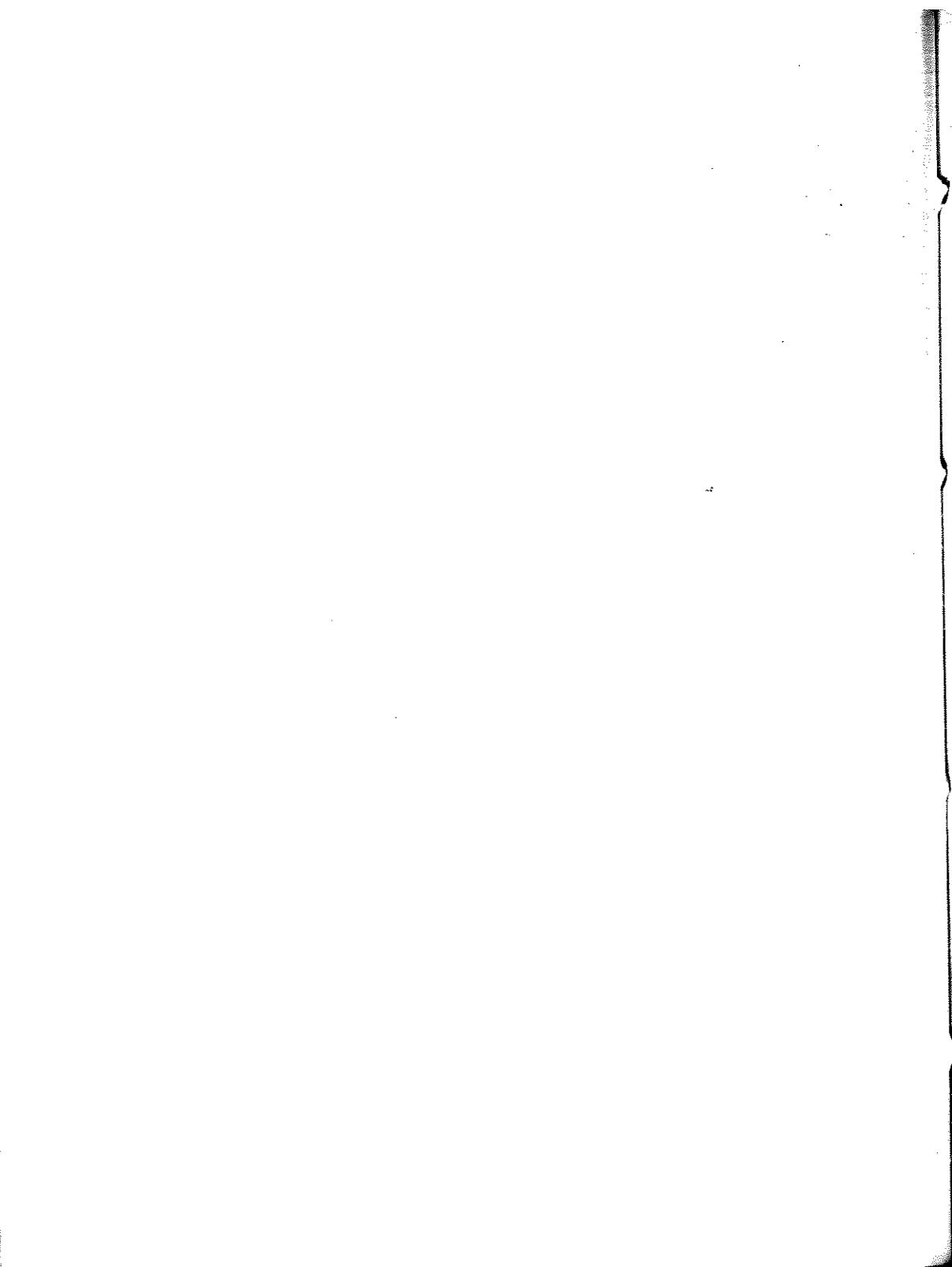
The application procedures of the disciplinary sanctions

- R é s u m é -

The present paper deals with the procedure of disciplinary sanctions application as part of the disciplinary responsibility of the wage earners.

As far as the evolution of the disciplinary action is concerned, a special emphasis is laid on the three phases it implies: preliminary investigation, sanctions application and execution of the applied sanction.

The examination of the procedure of disciplinary sanctions application is done in respect of the settlements en force in the common law: 1/1970 Law regarding the labour organization and discipline and internal rules as well as special settlements applicable to some categories of wage earners: 92/1992 Law regarding the judicial organization; 6/1969 Law regarding the status of the teaching staff.



UNELE PROBLEME JURIDICE PRIVIND NEDEMNITATEA SUCCESORALĂ

DE
DUMITRU MACOVEI

1. Considerații generale

Codul civil, în art. 654 - 658 reglementând calitățile cerute unei persoane fizice pentru a succede, prevede două condiții, și anume: o condiție pozitivă, persoana să aibă capacitate succesorală și una negativă, persoana să nu fie nedemnă de a veni la moștenirea lui de cujus.

În literatura juridică de specialitate, pe drept cuvînt s-a apreciat că pentru ca o persoană fizică să poată veni la moștenire trebuie să îndeplinească încă o condiție pozitivă, și anume să aibă vocație (chemare) la moștenire¹.

În studiu de față ne propunem să ne ocupă doar de nedemnitatea (nevrednicia) succesorală ca o condiție specială negativă cerută unei persoane fizice pentru a veni la moștenire în temeiul legii.

Este adevărat că în prezent legiuitorul instituie nevrednicia succesorală ca o sanctiune civilă pe care trebuie să o îndeplinească persoana fizică doar atunci cînd, este chemată să moștenească în temeiul legii, nu și al testamentului. Cu toate acestea, s-ar impune ca într-o viitoare reglementare condiția nedemnității succesorale să fie cerută a fi îndeplinită și în cazul în care persoana este chemată să culeagă moștenirea în baza unui testament lăsat de de cujus².

Nedemnitatea sau nevrednicia succesorală constă în decăderea de drept, cu efect retroactiv, a unui moștenitor legal - și a descendenților acestuia care ar veni la succesiune prin reprezentare succesorală - care s-a făcut vinovat, față de de cujus sau față de memoria acestuia, de o faptă gravă, din dreptul de a-l moșteni³, și chiar dacă ar fi fost moștenitor rezervatar, prin nedemnitate, pierde și dreptul la rezerva succesorală.

În dreptul nostru nedemnitatea succesorală - ca natură juridică - se prezintă ca o sanctiune civilă aplicabilă nedemnului culpabil de săvîrșirea unei fapte grave față de cel care lasă moștenirea ori față de memoria acestuia (de cujus).

Nedemnitatea succesorală ca sanctiune civilă nu se va răsfringe și asupra altor moștenitori, căci nedemnul este înlăturat, în puterea legii, numai de la moștenirea aceluia față de care a săvîrșit faptele prevăzute de art. 655 C.civ., în acest sens, nedemnitatea

producind doar efecte relaive. Astfel, după săvîrșirea de către un fiu a unei fapte care, potrivit legii, atrage nedemnitatea față de un părinte, va putea veni la moștenirea legală lăsată de celălalt părinte culegind chiar și bunurile pe care acest părinte le-a moștenit de la primul decedat, în urma înlăturării sale de la moștenire ca fiu nedemn. Tot astfel, săvîrsind fapta care atrage nedemnitatea succesorului asupra unui părinte acesta va putea veni la moștenirea bunicilor, atât în nume propriu cât și prin reprezentarea succesorului a căratului.

Mentionăm că incapacitatea conștiinței în lipsa calității sau condițiilor cerute pentru a moșteni și își produce efectele sale de drept fără să fie necesară o hotărire judecătoarească, nu reme ce nedemnitatea, dimpotrivă - existența unor calități și condiții constituind o decalogo din dreptul de a moșteni a unui moștenitor legal datorită comportării sale culpabile față de persoana sau memoria celui care lasă moștenirea.

Nedemnitatea succesorului presupune capacitatea persoanei, întrucât față de cei care au încă dobîndit o moștenire nu se poate pune problema de a o pierde. Așa fiind, numai persoanele capabile ar putea fi declarate nedemne, sanctiune civilă care ca și incapacitatea, există din momentul deschiderii succesiunii¹.

Nedemnitatea succesorului, fiind prevăzută de lege pentru săvîrșirea anumitor fapte culpabile, presupune ca moștenitorul în cauză să fi actionat cu discernămînt, căci este singur că în lipsa discernămîntului nu se poate vorbi de vinovătie.

Nedemnitatea succesorului, ca sanctiune civilă constînd în excluderea de la moștenire a moștenitorului legal, este opera legii și nu a voinței celui care lasă moștenirea.

Din calificarea nedemnitatii ca sanctiune civilă, decurg următoarele consecințe:

- nedemnitatea își găsește aplicarea numai în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege,
- cel care lasă moștenirea nu poate înlătura sanctiunea nedemnitatii, adică să îl ierte pe nedemn pentru fapta sa culpabilă, deoarece nedemnitatea operează în puterea legii.

În literatura juridică de specialitate s-a exprimat opinia potrivit căreia "dacă efectul a înțeles ca ulterior comiterii faptei, să grătifice prin testament pe succesorul nedemn, o asemenea dispoziție testamentară ar trebui să fie considerată valabilă".

În ce ne privește, nu putem împărtăși o asemenea opinie deoarece instituirea ca legător al nedemnului de către de cuius este de natură a eluda iegea, adică prin voința unei persoane (testator) s-ar admite să se înlăture sanctiunea legală a nedemnitatii succesorale.

De vreme ce nedemnitatea succesorului este o sanctiune civilă aceasta ar trebui să privească numai persoana culpabilă de faptele grave prevăzute de lege. Cu toate acestea, consecințele nedemnitatii succesorale se răsping și asupra descendenților nedemnului cînd aceștia sunt chemați la moștenirea persoanei decedate prin reprezentare, în sensul că sunt înlăturați de la succesiune ca și faptuatorul nedemn. Tot astfel, efectele nedemnitatii - după cum vom vedea mai departe - se răsping și asupra unor terțe persoane care au contractat cu nedemnul.

2. Cazurile de nedemnitate succesorului

Codul civil în art. 655, enumera trei cazuri de nedemnitate succesorului, și anume:

NEDEMNITATEA SUCCESORALĂ

- a. atentatul la viața celui care lasă moștenirea;
- b. acuzația capitală calomnioasă împotriva celui care lasă moștenirea;
- c. nedenunțarea omorului a cărui victimă a căzut cel despre a cărui moștenire este vorba.

Ceea ce au specific aceste cazuri de nedemnitate este faptul că permit sanctiōnarea succesibilului, în cazul în care fie că a urmărit să moștenească pe căi nepermise în contradicție flagrantă cu regulile de morală din zilele noastre și, în consecință, aspru pedepsite de lege, fie că a intentionat, prin tăinuirea omorului a cărui victimă a căzut cel despre a cărui moștenire este vorba, să contribuie la ascunderea realelor cauze ale decesului acestuia.

- a. *Atentatul la viața celui care lasă moștenirea.*

Sunt nedemni de a succede și, prin urmare, excluși de la succesiune - dispune art.655 pct. I C.civ., "condamnatul pentru că a omorit sau a încercat să omoare pe defunct".

Se cuvine, în primul rînd să facem o observație asupra formulării necorespunzătoare a textului. Evident, este ilologic a spune "a omorit sau a încercat să omoare pe defunct"; de aceea vom folosi expresia "a omorit sau a încercat să omoare pe de cūjus" (pe cel care lasă moștenirea).

Persoana vinovată de infracțiunea de omor sau de infracțiunea de tentativă de omor deosebit de pedeapsa penală, va fi sanctiōnată și pe plan civil cu excluderea de la succesiune. Prin aceasta nu se încalcă principiul non bis in idem, datorită faptului că persoana, săvîrsind o asemenea faptă ilicită care întrunește gradul de pericol social al unei infracțiuni a încălcat nu numai valori sociale ocrotite de legea penală ci și valori sociale ocrotite de legea civilă.

Desigur, nimănui nu îl este permis să-si creeze condiții pentru a moșteni prin săvîrsirea unei crime; nici o morală nu permite acest fapt și cu atât mai mult morală poporului român.

Pentru a opera acest prim caz de nedemnitate se cer a fi întrunite cumulativ trei condiții, și anume:

1. Omorul să fi fost săvîrsit cu intenție, întrucât legea civilă are ca scop să sanctioneze cu nedemnitate numai intenția de a ucide⁶, nu însă și faptul material al omorului. Așa fiind, va fi sanctiōnată cu nedemnitate și tentativa, deși rezultatul socialmente periculos ai activității infracționale, adică moartea celui despre a cărui moștenire este vorba nu s-a produs. De altfel, textul art. 655, pct. I C.civ. dispune cu claritate în această privință: "...sau a încercat să omoare".

În schimb nu va fi sanctiōnat cu nedemnitate succesibilul care s-a făcut vinovat de omor fără voie sau de infracțiunea de lovitură cauzatoare de moarte⁷. Astfel, de exemplu, accidentarea mortală a unui părinte sau a soțului aflată în autoturismul condus de celălalt săt râmas în viață, nu poate atrage nedemnitatea succesorală, chiar dacă accidentul a fost produs dintr-o culpă gravă.

2. Mostenitorul trebuie să și fost condamnat pentru omorul celui despre a cărui moștenire este vorba sau pentru tentativa de a-l ucide. Nu interesează dacă mostenitorul a fost condamnat în calitate de autor, coautor, instigator sau complice⁸, nedemnitatea neputind fi înălțurată, chiar dacă ulterior condamnării acesta a fost grăbit sau amnistiat, deoarece acestea nu sterg și intenția de a ucide, ci doar executarea pedepsei sau condamnarea.

În schimb, dacă moștenitorul a fost achitat sau dacă a murit înainte de a interveni o hotărire de condamnare, el nu va fi nedemn. În literatura juridică de specialitate⁹ s-a afirmat că succesorul nu va fi nedemn nici în cazul cînd acțiunea penală s-a prescris. În ce ne privește, suntem de părere că prescrierea răspunderii penale produce efecte doar în penal, nu și în civil, aceleasi considerente (intenția de a ucide) pentru care amnistierea și grătirea nu pot înlătura nedemnitatea sănătății intrutotul valabile și în cazul în care dreptul statului de a trage la răspundere penală pe atentatorul sau ucigașul succesorul s-a prescris.

3. Hotărîrea penală de condamnare să fi rămas definitivă.

b. *Acuzatia capitală calomnioasă împotriva celui care lasă moștenirea.*

Este nedemn - potrivit art. 655 pct. 2 C.civ. - "acela care a făcut în contra defuncțului (lui de cuius) o acuzație capitală, declarată de judecătă calomnioasă".

Acest al doilea caz de nedemnitate succesorală prevăzut de C.civ. nu-și mai găsește aplicabilitate în zilele noastre deoarece, încă în primele zile ale Revoluției române din decembrie 1989 pedeapsa cu moartea a fost înălțată din legislația noastră penală¹⁰ astfel că o asemenea faptă nu mai poate atrage nedemnitatea succesorală, cazurile de nedemnitate succesorală reducindu-se față de cele prevăzute de lege.

Totuși, pentru anumite considerente, printre care și eventuala reintroducere a pedepsei cu moartea pentru unele fapte deosebit de grave – pedeapsă necesară după cădere noastră existentă în legislația multor state cu democrație recunoscută, printre care și S.U.A. - și pentru unele observații critice ne vom opri succint și asupra acestei a doua cauze de nedemnitate succesorală reglementată de Codul civil.

Expresia "acuzatia capitală" trebuie înțeleasă în sensul de denunt ori mărturie mincinoasă pentru o faptă deosebit de gravă, de natură să atragă pedeapsa capitală.

În această ipoteză, sanctiunea nedemnității își are rațiunea în aceea că moștenitorul a urmărit ca, printr-o calomnie, să atragă pedeapsa capitală asupra celui despre a căruia moștenire este vorba, pentru ca apoi să-l moștenească.

Pentru ca nedemnitatea să poată opera pe acest temei, se cer a fi întrunite cumulativ trei condiții, și anume:

1. să existe o plingere, un denunt sau o mărturie a succesorului în contra lui de cuius;

2. plingerea, denunțul sau mărturia să fie de natură să atragă după sine - dacă s-ar fi referit la fapte adeverate – condamnarea la moarte a lui de cuius.

3. moștenitorul să fi fost condamnat printr-o hotărîre judecătorească, rămasă definitivă pentru acuzația calomnioasă.

c. *Nedenunțarea omorului a cărui victimă a căzut cel despre a cărui moștenire este vorba.*

Potrivit art. 655, pct. 3 C.civ., este nedemn de a succede "moștenitorul major care, avînd cunoștință de omorul defuncțului, nu a denunțat aceasta justiției".

În acest caz, Codul civil sanctionează nedenunțarea omorului de către succesiibili ca fiind de natură să ultragizeze memoria lui de cuius¹¹, ca o adeverată complicitate la omorirea lui¹².

Această cauză de nedemnitate operează în prezenta următoarelor condiții:

1. Moștenitorul să fie major (capabil);

Așa fiind, minorii și interzisii nu au obligația denunțării omorului a cărui victimă este cel despre a cărui moștenire este vorba, dar numai cît timp durează minoritatea sau

NEDEMNITATEA SUCCESORALĂ

starea de interdicție. După această dată obligația renaste chiar dacă dobândirea capacității ar interveni după deschiderea succesiunii¹³.

2. Moștenitorul să fi cunoscut omorul.

Cit privesc, chestiunea de a ști dacă succesiabilul a avut sau nu cunoștință de săvîrșirea omorului aceasta este o chestiune de fapt pe care instanța de judecată o poate stabili prin orice mijloace de pricină admise de lege.

3. Moștenitorul să nu fie cunoscut omorul organelor competente.

Legea nu vrea denuntarea ca judecători ci a faptei de omor și aceasta numai dacă crima nu a fost adusă de alii în cunoștința organelor în drept¹⁴. Legea nu prevede un termen pentru denuntarea omorului și, ca atare, instanța de judecată va aprecia, în funcție de imprejurările concrete, dacă denuntarea s-a făcut sau nu la timp, și, în funcție de aceasta, dacă moștenitorul nu este sau, dimpotrivă, este în culpă și, ca atare, nu este sau este nedemn.

4. Nedenuntarea (reticența) moștenitorului să nu fie considerată de lege ca acuzabilită¹⁵.

Potrivit art. 656 C.civ., sunt apărați de nedemnitate pentru nedenuntarea omorului moștenitorii, dacă sunt rude de singe în linie directă – descendenta sau ascendentă în linie colaterală pînă la gradul al IV-lea inclusiv – cu făptuitorul ori cu sotul (sotia) acestuia.

Legiuitorul nu a voit să oblige pe succesiibili care sunt rude în gradele mai sus cu ucigașul să sacrifice interesele lor de familie pentru un interes material. Așa fiind, aceste persoane nu vor putea fi sanctionate cu nedemnitatea pentru omisiunea nedenuntării omorului a cărui victimă a fost cel despre a cărui moștenire este vorba.

Intrucît în prezent se poate vorbi doar despre un singur caz de nedemnitate - cel prevăzut de art. 655 pct. 1 - celelalte două prevăzute de pct. 2 și 3 fiind căzute în desuetudine din cauza cărora că într-o viitoare reglementare, formularea următoare – preexistentă într-un proiect de Cod civil anterior – s-ar impune: "Este înălțurat de drept de la moștenire cel care a fost condamnat, potrivit legii penale, pentru că a săvîrșit cu intenție, o faptă împotriva vietii persoanei care lasă moștenirea sau împotriva vietii celui care înălță sau restringe vocația la moștenire a făptuitorului".

Amnistia, reabilitarea și prescripția răspunderii penale nu produc nici un efect cu privire la înălțarea de la moștenire".

3. Constatarea nedemnătății succesorale

De vreme ce legea reglementează expres și limitativ cazurile de nedemnitate, atunci cind sunt cerute să se împlină condițiile pentru aceste cazuri, nedemnitatea succesorală operează de drept în virtutea legii. Așa fiind, moștenitorul nedemn este înălțat de la moștenire ab initio, în puterea legii. Codul civil în art. 655 dispune expres ca: "Sunt nedemni de a succede...".

Este adevărat, că uneori, instanțele judecătoarești sunt sesizate în caz de neînțelegeri în această materie, dar acestea sunt chemate pentru a constata dacă sunt sau nu îndeplinite condițiile cerute de lege pentru a opera nedemnitatea și nicidcum a pronunța această sanctiune civilă care a operat în puterea legii. Cu alte cuvinte, putem spune că instanța de judecată nu pronunță ci doar constată nedemnitatea succesorală.

Nedemnitatea poate fi constată numai după deschiderea succesiunii.

Nedemnitatea succesorală poate fi invocată de orice persoană interesată. Au interes să invoke nedemnitatea următoarele persoane:

- coștenitorii chemați la succesiune împreună cu nedemnul;
- moștenitorii subsecvenți;
- creditorii celui de mai sus, prin intermediul acțiunii oblice;
- procurorul - în baza art. 45 C.proc.civ.;
- donatarii sau legatarii, beneficiari ai unor liberalități excesive, care, chemați căpăti într-o acțiune în reductiune vor invoca împotriva reclamantului (moștenitor rezervatar) nedemnitatea succesorală.

Nedemnitatea poate fi invocată împotriva nedemnului, cît timp acesta se află în viață, iar după moartea lui, împotriva moștenitorilor acestuia, care au primit în tot sau în parte patrimoniul nedemnului.

Subliniem că nedemnitatea succesorală operează de drept și de îndată ce dubla calitate de moștenitor legal și de nedemn au fost reunite nedemnul fiind considerat că nu a fost niciodată moștenitor asupra moștenirii lui de cūjus. Așa fiind, nedemnul nu a avut niciodată bunuri succesoriale de ale celui despre a cărui moștenire este vorba, și, în consecință, nu a putut să le transmită legal proprietăților săi moștenitori.

În practica judiciară s-a pus problema de a se ști dacă nedemnul poate sau nu invoca propria sa nedemnitate. Fără a detalia mentionăm doar că, de vreme ce nedemnitatea operează în baza legii, rezultă că nedemnul va putea cere instantei constatarea nedemnității¹⁶.

4. Efectele nedemnității succesoriale

Principalul efect al nedemnității succesoriale operate în puterea legii este înlăturarea nedemnului de la moștenirea ab intestat. Astfel spus constatarea nedemnității face ca nedemnul să devină total străin de moștenire, titlul său de moștenitor este retroactiv desființat, din momentul deschiderii succesiunii el fiind socotit că nu a avut niciodată chemare la moștenirea lui de cūjus fătă de care s-a făcut vinovat.

Este irelevant momentul săvîrșirii faptei ilicite și culpabile care atrage nedemnitatea. Așa fiind, hotărîrea instantei civile, prin care se constată nedemnitatea succesorală - ulterior momentului deschiderii succesiunii - operind retroactiv, are caracter declarativ.

Efectele nedemnității succesoriale sunt relative, în sensul că nedemnul nu este înlăturat de la orice moștenire, în general, ci numai de la aceea lăsată de cel fătă de care a fost constatat nedemn. Așa fiind, nedemnul va putea reprezenta pe ascendentul său, cu toate că a fost exclus de la moștenirea acestuia, pentru a succede el un ascendent mai îndepărtat.

Partea din moștenire, care ar fi revenit succesiibilului dacă nu ar fi fost nedemn, va reveni acelor moștenitori, care erau înlăturați de la succesiune datorită prezentei nedemnului sau partea aceasta va mări, pe cale de acrescămint, părțile cuvenite celui cu care venea în concurs la succesiune¹⁷.

Efectele nedemnității succesoriale trebuie analizate dintr-un întreit punct de vedere, și anume:

1. în raporturile dintre nedemn și ceilalți moștenitori;

NEDEMNITATEA SUCCESORALĂ

2. în raporturile dintre nedemn și descendenții săi;
3. în raporturile dintre nedemn și terțele persoane.

1. Efectele nedemnității succesorale în raporturile dintre nedemn și ceilalți moștenitori.

- De vreme ce titlul de moștenitor legal al nedemnului este desființat retroactiv, el nu va culege nimic din moștenirea deschisă a celui despre a căruia moștenire este vorba și făță de care s-a făcut vinovat. Așa fiind, el nu va putea pretinde cota succesorală care i-sar cuveni în calitate de moștenitor legal, iar dacă era moștenitor rezervatar pierde și dreptul la rezerva succesorală, care în alte condiții o primea în baza legii și chiar împotriva voinei liberale a lui de cujus. Această cotă va reveni celor cu care ar fi venit în concurs la moștenire cu el sau pe care prezența sa i-ar fi înlăturat de la moștenirea lui de cujus. Deci, de eliminarea sa de la moștenire profită comoștenitorii legali din aceeași clasă de moștenitori cu el ori moștenitorii legali subsecvenți. În ipoteza în care nedemnul era moștenitor rezervatar, înlăturarea sa de la moștenire va profita legatarilor și donatorilor, căci dacă ar fi trebuit să culeagă moștenirea, consecința ar fi fost reducțunea liberalităților excesive făcute de cel despre a căruia moștenire este vorba.

În cazul în care intrase în posesia totală sau parțială a patrimoniului succesoral, nedemnul este obligat să restituie celorlalți moștenitori tot ceea ce primise din moștenire precum și "toate fructele și veniturile a căror folosință a avut-o de la deschiderea succesiunii" (art.657 C.civ.).

Nevrednicul este tratat de legiuitor mai sever decât posesorul de rea-credință, deoarece, nedemnitatea fiind constată după deschiderea succesiunii va fi silit să restituie fructele și veniturile percepute din momentul deschiderii moștenirii și nu de la data constatării nedemnității succesorale.

- Severitatea legii se extinde și la obligația nedemnului de plată a dobînzilor pentru sumele succesorale încasate. Astfel, nedemnul este ținut la plata dobînzilor pentru sumele încasate în contul moștenirii din chiar ziua încasării lor iar nu de la data somăției de a le restitui, deoarece art. 1088 C.civ., care conține regula contrară este aplicabil doar în raporturile dintre creditor și debitor și nicidcum în cazul analizat.

Deosebit de aceste obligații existente în raporturile dintre nedemn și ceilalți moștenitori în persoana nedemnului subzistă și unele drepturi.

Astfel, în cazul în care nedemnul a plătit anumite datorii ale succesiunii sau a suportat anumite sarcini în legătură cu aceasta, din propriul său patrimoniu, atunci el este îndreptățit să pretindă și să primească de la moștenitori aceste sume.

Tot astfel, nedemnul are dreptul să i se restituie cheltuielile necesare și utile - nu și voluptuarii - făcute cu bunurile moștenirii în perioada în care le-a avut în posesie.

Tot astfel, toate drepturile și obligațiile nedemnului făță de de cujus (succesiune), care se stinsese prin consolidare sau confuziune, renasc (în urma excluderii ca nedemn de la succesiune), cu efect retroactiv de la data deschiderii moștenirii.

2. Efectele nedemnității succesorale, în raporturile dintre nedemn și descendenții săi.

De vreme ce nedemnitatea succesorală este o sanctiune civilă - având deci caracter personal - ar trebui ca efectele acesteia să nu aibă nici un fel de reperecurșiuni asupra descendenților nevrednicului.

Cu toate acestea, potrivit art. 658 C.civ., pentru a cunoaște dacă descendenții nedemnului au - sau dimpotrivă - drepturi făță de cel care a fost declarat nedemn, cu

privire la moștenirea lăsată de părințele lor, va fi nevoie să se alibă în vîrstă două imprejurări, și anume:

a. dacă descendenții nedemnului sunt chemați la moștenire în nume propriu;

b. dacă descendenții nedemnului sunt chemați la moștenire prin reprezentare, cu ajutorul acelui beneficiu al legii, în temeiul căruia un succesiune¹⁹ îl de gradul său îndepărta poate să urce în locul și gradul unui ascendent al său, predecedat, printru a veni la moștenire cu rudele lui de cujus de grad mai apropiat²⁰.

a. Referindu-ne la prima ipoteză, precizăm că, potrivit art.658 C.civ., copiii nedemnului nu sunt înălțați de la succesiune¹⁹ dacă ei vin la aceasta în virtutea propriului lor drept, fără ajutorul reprezentării. În această imprejurare nedemnitatea produce efecte strict personale nedemnului.

Nici Codul civil francez de la 1804 și nici Codul civil român în vigoare nu au preluat maxima vechiului drept francez după care nedemnitatea se găsea în singe (l'indignite est dans le sang). Așa fiind, descendenții nedemnului nu suportă consecințele faptei grave de care s-a făcut vinovat ascendentul lor fată de de cujus.

Descendenții nedemnului vin la succesiune în nume propriu, în cazul în care nedemnul era chemat să culeagă singur succesiunea și, fiind înălțat de la aceasta, nimic nu îl împiedică pe descendenți să culeagă moștenirea.

Spre exemplu, dacă de cujus decedează, fiind ucis cu intenție de către fiul său, devenit nedemn. Iar la data deschiderii succesiunii, erau în viață și un nepot al lui de cujus (fiu al nedemnului) și un frate al lui de cujus. Fiul lui de cujus fiind nedemn nu poate culege moștenirea; aceasta va fi culeasă în nume propriu de fiul nedemnului (nepot al defuncțului), care, fiind moștenitor din clasa I, îl va înălța pe fratele defuncțului care face parte din clasa a II-a de moștenitori (se aplică principiul priorității clasei de moștenitori).

b. În cea de a doua ipoteză, atunci cînd descendenții nedemnului sunt chemați la succesiune prin reprezentare ei nu se vor putea folosi de beneficiul reprezentării întrucît nedemnul nu poate fi reprezentat.

În dreptul nostru, reprezentarea operează numai în cazul în care părințele predecedat ar fi avut dreptul să culeagă moștenirea dacă ar fi fost în viață la momentul deschiderii succesiunii lui de cujus. Dacă, însă, părințele predecedat s-a făcut nedemn fată de de cujus, nedemnitatea se va răsfringe și asupra descendenților săi, astfel că nu le mai poate împrumuta gradul spre a veni la moștenirea de la care părințele lor a fost înălțat pentru nedemnitatea succesoră²⁰.

Într-adevăr, reprezentarea succesoră are ca efect punerea reprezentantului în locul și drepturile celui reprezentat, ori, în cazul nostru, reprezentantul nu a avut nici un drept, de vreme ce el este nedemn încă din momentul deschiderii succesiunii.

De exemplu, cel despre a cărui moștenire este vorba decedează și lăsă moștenitori doi nepoți ai unui fiu nedemn predecedat și doi fii. Nepoții nu vor putea veni la moștenire prin reprezentarea tatălui lor, nedemn în concurs cu unchiii lor - fiiii lui de cujus - ci moștenirea se deferă celor doi copii ai lui de cujus.

Deci, cu toate că nedemnitatea succesoră este o sanctiune civilă, cu caracter personal ea produce totuși efecte și asupra descendenților nedemnului, împiedicindu-i să poată veni la moștenirea ascendentului lor pe calea reprezentării părintelui lor predecedat, dacă acesta s-a dovedit a fi nedemn.

Autorul Francisc Șerban, susținează faptul că nedemnitatea succesorală poate influența și împărțirea succesturii în cazul pluralității de moștenitori nedemn și care eu un număr egal de copii. Astfel, ca exemplu, dacă de cijus a lăsat doi copii nedemni, decedați la data deschiderii succesiunii, unul dintre acestia lăsind un copil iar celălalt doi copii, moștenirea se va împărtăși între trei părți egale potrivit principiului egalității, deoarece acesteia culeg moștenirea în nume propriu fiind rude din același ciosă și din același grad cu cel despre a cărui moștenire este vorba. În schimb dacă acești copii ar fi putut veni la moștenire pe calea reprezentarii succesorale - lucru care nu este posibil datorită intervenirii nedemnității succesorale - împărțirea moștenirii s-ar fi făcut pe tulpini, unul luând o jumătate din moștenire, care s-ar fi cuvenit părintelui său, iar celorlalți doi le-ar fi revenit cealaltă jumătate, adică partea părintelui lor.

Considerăm alături de alti autori că această soluție impusă de art. 658 C.civ. este injustă și nu ar trebui să își mai găsească locul într-o nouă reglementare.

3. Efectele nedemnității succesorale în raporturile dintre nedemn și terțele persoane.

Este posibil ca, în perioada în care moștenitorul nedemn a posedat bunurile moștenirii, adică în perioada cuprinsă între momentul deschiderii succesiunii și cel al constatării nedemnității, să fi facut anumite acte juridice cu titlu oneros sau cu titlu gratuit cu privire la aceste bunuri; de exemplu, vinzări, donații, ipoteci, etc.

În asemenea situații se ridică chestiunea te a se să dacă aceste acte trebuie să fie respectate, în urma constatării nedemnității făță de terții care au contractat cu nedemnul.

Dacă fiind caracterul personal al sanctiunii nedemnității succesorale s-ar cuveni să deducem că nedemnitatea nu se răstrengă asupra raporturilor cu alte persoane, ceea ce înseamnă că actele juridice încheiate de nedemn cu terții rămân valabile.

Pe de altă parte, însă, ca efect al nedemnității, titlul de moștenitor al nedemnului se desființează retroactiv, ceea ce ar conduce la concluzia că actele juridice, încheiate de nedemn cu terții în legătură cu bunurile moștenirii, vor fi desființate și ele cu efect retroactiv potrivit principiului "nemo dat quod non habet si resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis"²¹.

La întrebarea care dintre aceste principii ar trebui să prevaleze, autorul Stanciu Carpenaru²², pe drept cuvint, arată că: "nedemnitatea succesorală va fi pe deplin eficientă ca sanctiune civilă numai dacă efectele ei retroactive vor duce la desființarea și a drepturilor dobândite de terți de la nedemn. Dar rigoarea aplicării acestui principiu trebuie întrucâtva atenuată deoarece alte principii reclamă menținerea unora dintre actele încheiate cu terțele persoane".

Unele dintre actele juridice încheiate de nedemn cu terțele persoane, cum ar fi cele de conservare sau de administrare a bunurilor succesorale, vor rămaîne valabile, deoarece acestea nu contravin nici intereselor moștenitorilor și nici interesului economic general, ci, dimpotrivă, ele sunt utile, recomandabile chiar.

În privința actelor de înstrâinare făcute de nedemn asupra bunurilor succesorale, trebuie arătat că acestea rămaîn valabile, cu următoarea distincție:

- cele de înstrâinare a unor bunuri mobile corporale către un terț de bună credință se mențin în baza art. 1909 C.civ.;

- actul de înstrâinare a unui bun imobil va fi menținut, cu condiția să fi fost încheiat cu un terț de bună-credință, care va trebui să facă dovada că le-a încheiat în credință că a contractat cu adevăratul proprietar, că a fost într-o eroare comună și invincibilă asupra

calității de moștenitor a nedemnului²³ – de exemplu, cînd împotriva nedemnului nu s-a dat o hotărîre de constatare a nedemnității și nimenei nu putea bănuî că a săvîrșit o faptă care să atragă nedemnitatea.

NOTE

1. Mihail Eliescu, *Moștenirea și devoluțunea ei în dreptul Republicii Socialiste România*, Ed. Academiei, București, 1966, pag.65; Constantin Statescu, *Drept civil*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1967, pag. 112; Stanciu Carpenaru, Dreptul de moștenire, în Francisc Deak, Stanciu Carpenaru, *Drept civil*, Universitatea București, 1983, pag. 385; Ioan Zinveliu, *Dreptul la moștenire în Republica Socialistă România*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1975, pag. 15; Julietta Manoliu, Ștefan Rauschi, *Drept civil, Succesiuni*, Iași, 1983, pag.11; Dumitru Macovei, *Drept civil, Succesiuni*, Ed. Fundației "Chemarea" Iasi, 1993, pag. 15; Francisc Deak, *Moștenirea legală*, Ed. Actami, București, 1994, pag. 37.

2. Francisc Deak, *op.cit.*, pag. 37.

3. Mihail Eliescu, *op.cit.*, pag. 72; Constantin Statescu, *op.cit.*, pag. 115; Ioan Zinveliu, *op.cit.*, pag. 16; Julietta Manoliu, Ștefan Rauschi, *op.cit.*, pag. 14.

4. La români, nedemnitatea succesorrală avea caracter penal, în vreme ce în timpurile noastre moderne constituie o sanctiune civilă constînd în excluderea de la moștenire care deriva din voința pregnantă a lui de cuius exprimată în lege.

5. Constantin Statescu, *op.cit.*, pag. 115.

6. Trib. Jud. Mureș, dec.civ., nr.365/1982 cu Nota de N. Plesan și V. Patulea, în "R.R.D." nr.9/1983, pag. 46-52.

7. Pentru un punct de vedere contrar a se vedea: Trib. Pop. Vatra Dornei, sent.civ., nr.876/1957, în "L.P." nr.3/1959, p.123, cu o observație critică a redactiei.

8. Trib.Reg.Ploiești, dec.civ., nr.3215/1959, în "L.P." nr.8/1957, p. 1006.

9. Mihail Eliescu, *op.cit.*, pag.74; Stanciu Carpenaru, *op.cit.*, pag. 390; Julietta Manoliu, Ștefan Rauschi, *op.cit.*, pag. 14, Ioan Zinveliu, *op.cit.*, pag. 19.

10. Decretul lege nr. 6/1990 înlocuiește pedeapsa cu moartea cu detențunea pe viață.

11. Dimitrie Alexandresco, *Explicația teoretică și practică a Dreptului Civil Roman*, tomul III, partea a II-a, București, 1912, pag. 92; Ulpian consideră îndeplinirea obligației de denunțare a omorului într-un asemenea caz ca un act de pietate față de defuncți.

12. Constantin Statescu, *op.cit.*, pag. 117.

13. Julietta Manoliu, Ștefan Rauschi, *op.cit.*, pag. 15.

14. Dimitrie Alexandresco, *op.cit.*, pag. 93.

15. Pentru detalii, a se vedea: Mihail Eliescu, *op.cit.*, pag. 75; Stanciu Carpenaru, *op.cit.*, pag. 391-392.

16. Henri et Léon Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome quatrième, deuxième volume (Successions, Liberalités), Ed. Montchrestien, Paris, 1963, p.583; Mihail Eliescu, *op.cit.*, pag. 76-77.

17. La români, moștenirea de care era lipsit nedemnul se cuvenea statului.
18. A se vedea Dumitru Macovei, *op.cit.*, p.43 și urm.
19. Art. 658 C.civ., în prima sa parte, dispune: "copiii nedemnului, vin la succesiune în virtutea dreptului lor propriu, fără ajutorul reprezentării, nu sunt departați pentru greșeala tatălui lor...". Deși textul nu vorbește decât de tată este indubitatibil ca această dispozitie se aplică și mamei.
20. În vechiul drept românesc, o asemenea prevedere injustă nu era primită. De exemplu, Codul Calimach, în art. 696, dispunea, cu drept cuvînt ca: "dacă cineva, făcîndu-se nevrednic moștenirii, va muri înaintea celui de la care le-a rămas moștenirea, nu se îndepărtează din acea moștenire copiii lui ci vor lua parte cît urma să ia acela, de nu s-ar fi făcut nedrevnic...".
21. Vezi Mircea Mureșan s.a., *Dictionar de drept civil*, pag. 460.
22. Stanciu Carpenaru, *op.cit.*, pag. 394.
23. Trib.Supr., col.civ., dec.nr. 292/1952, în "C.D." I. 1952-1954, vol. I, pag. 113; S.civ., dec.nr. 2479/1983, în "C.D." 1983, pag. 69-71; Trib.Jud. Mehedinți, dec.civ., nr. 274/1984, cu Nota de I. Lula, în "R.R.D." nr.1/1985, pag. 46-49.

QUELQUES PROBLEMES JURIDIQUES CONCERNANT L'INDIGNITE SUCCESSORALE

- Résumé -

Cet étude analyse quelques problèmes juridiques que l'indignité successorale pose comme une condition négative demandée par le Code civil roumain à une personne physique pour pouvoir hériter dans le cadre de la dévolution successorale légale.

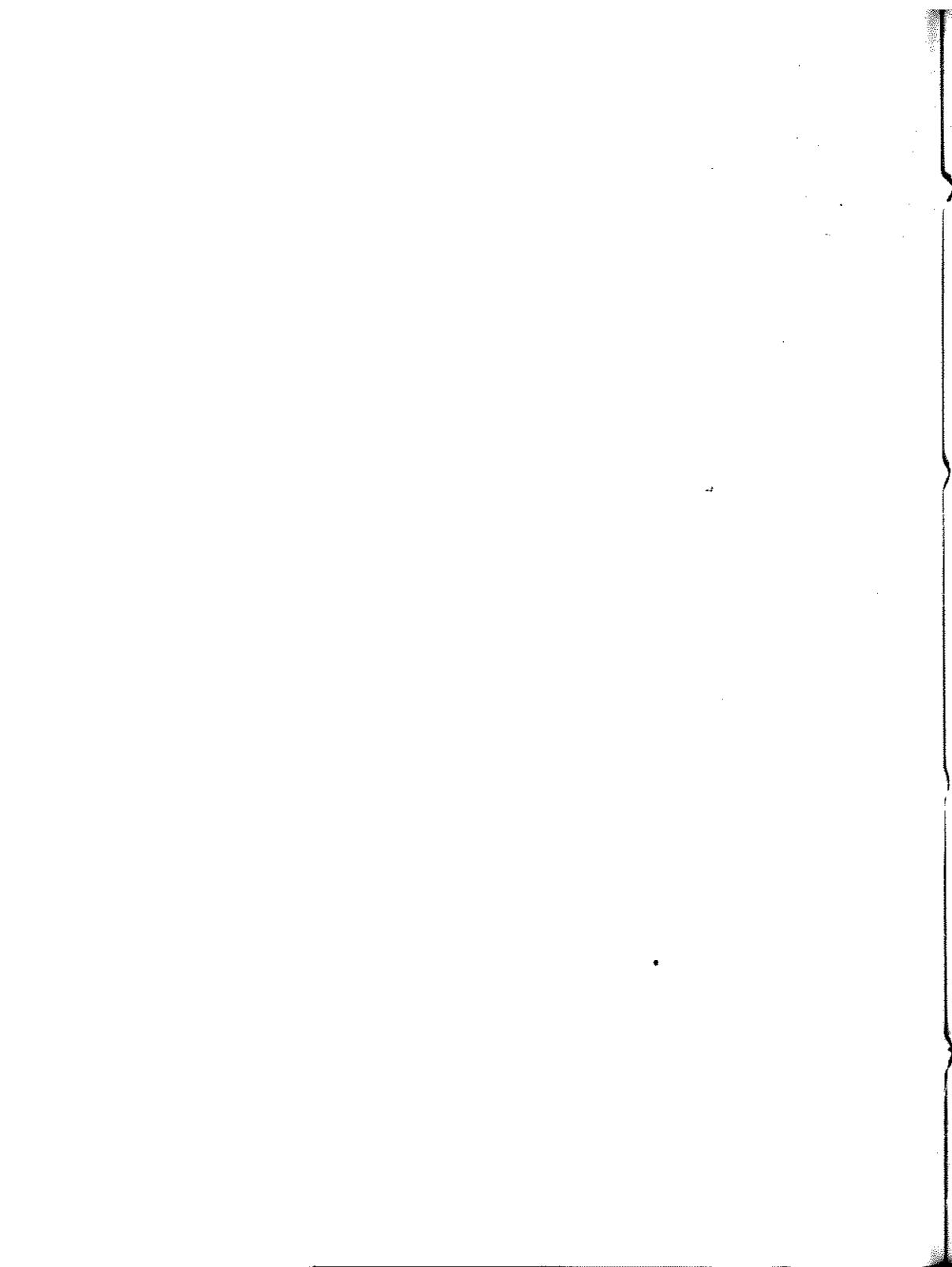
Comme nature juridique l'indignité successorale constitue une sanction civile qui s'applique à l'indigné coupable de l'accomplissement d'un fait grave vis-à-vis de celui qui laisse l'héritage ayant comme effet l'éloignement de la succession de celui-ci.

L'auteur présente les cas de l'indignité successorale réglementés par le Code civil roumain, le mode d'application pratique de l'organisation de nos jours et fait des appréciations critiques sur des énoncés inexacts utilisés par l'assemblée législative, en faisant en même temps des propositions de perfectionnement concernant la rédaction des textes.

L'étude présente des conditions légales qui doivent être accomplies dans chaque cas de l'indignité, le mode de constater l'indignité successorale, mettant un certain accent sur les effets de l'indignité successorale.

Ces effets sont analysés sous trois aspects, à savoir:

- dans les rapports entre les indignés et les autres héritiers;
- dans les rapports entre les indignés et les descendants;
- dans les rapports entre l'indignés et les tiers personnes.



REGIMUL JURIDIC AL DREPTULUI DE PROPRIETATE COMUNĂ

DE

GHEORGHE DURAC

Raporturile de proprietate comună au o aplicatie practică foarte frecventă, și totuși, dreptul de proprietate comună nu și-a găsit încă o reglementare juridică pe măsura importanței și rolului pe care această instituție o are în dreptul nostru.

Totuși în literatura juridică și în practica judiciară s-a conturat o teorie generală privind regimul juridic al dreptului de proprietate comună.

Dacă în ce privește proprietatea sau indiviziunea, așa cum este cunoscută și reglementată de Codul civil, nu sunt probleme deosebite de pus în discuție, în privința proprietății comune în devălmăsie, corespunzătoare drepturilor soților asupra bunurilor comune, s-au creat o serie de probleme, atât teoretice cât și practice.

În primul rînd se exprimă opinia care susține ideea că regimul matrimonial legal unic (al comunității de bunuri) instituit de Codul familiei prin art. 30 ar trebui eliminat, propunindu-se revenirea la principiul libertății convențiilor matrimoniale și la regimul separării de bunuri¹.

Există și o altă opinie, pe care o îmbrățișăm, potrivit căreia se susține păstrarea comunității de bunuri ca regim matrimonial legal, dar ar fi necesară eliminarea caracterului său obligatoriu, creîndu-se posibilitatea de a se deroga, pe cale convențională, de la acest regim².

Intr-adevăr, menținerea în vigoare a dispozițiilor din Codul familiei, care instituie regimul comunității matrimoniale generează o serie de probleme și discuții legate implicit și de comunitatea postmatrimonială, care face obiectul intervenției noastre.

Trăsăturile caracteristice ale proprietății comune în devălmăsie³

Proprietatea comună în devălmăsie poate avea ca titulari numai persoane fizice care au calitatea de soț, iar nașterea și existența raporturilor ce se stabilesc între acești titulari au la bază relațiile de natură personală dintre soț.

De asemenea, în situația dreptului de proprietate comună în devălmăsie, neexistând cote stabilite, titularii nu cunosc nici întinderea dreptului lor de proprietate asupra bunurilor comune și nici bunurile în materialitatea lor ce aparțin fiecărui.

Intr-o altă ordine de idei, specific dreptului de proprietate comună în devălmăsie este

modul în care titularii își exercită atributele dreptului lor de proprietate.

Astfel, conform dispozițiilor exprese cuprinse în art. 35 al. 1 din Codul familiei soții administrează, folosesc și dispun împreună de bunurile comune ce formează obiectul dreptului lor de proprietate. Alineatul al doilea din același articol dispunind că "oricare dintre soți exercitând singur aceste drepturi, este socrat că are și consimțământul celuilalt soț" instituie presupunția de mandat tacit reciproc ce operează în raporturile dintre soții care să nu se contradică. Ca excepție, în continuarea art. 35 din Codul familiei este înscrisă interdictia soților de a înstrăina sau greva un teren sau o construcție ce face parte din bunurile comune fără consimțământul expres al ambilor soți.

Specific proprietății comune în devălmăsie este, de asemenea, modul de împărțire a bunurilor comune, împărțire care se poate face de regulă numai la desfacerea căsătoriei sau după această dată și, numai cu titlul de excepție, în cazul expres indicat de lege - conform art. 36 al.2 din Codul familiei - în timpul căsătoriei. Împărțirea bunurilor comune ale soților se poate face, așa cum dispune art. 36 al.1 din Codul familiei, la desfacerea căsătoriei sau după această dată, fie pe cale amiabilă, fie pe cale judecătorească, dacă părțile nu se înțeleg - în acest din urmă caz împărțirea facindu-se în funcție de cotele stabilită de instantă cu prilejul dezbatelerilor de partaj.

Sub raportul urmăririi, în cazul dreptului de proprietate comun în devălmăsie funcționează regula - consințință în art. 33 și 34 din Codul familiei - potrivit căreia bunurile comune pot fi urmărite numai de creditorii comuni.

Probleme privind comunitatea de bunuri a soților după desfacerea căsătoriei și opiniiile exprimate în literatura juridică

Pentru a nu crea confuzii, se impune a face o scurtă precizare în legătură cu termenul comunitate de bunuri a soților vis-a-vis de termenul drept de proprietate comună în devălmăsie. În lucrarea de față termenul drept de proprietate comună în devălmăsie nu va fi folosit în sens strict juridic - ca un fel de a fi a dreptului de proprietate - ci într-un sens mai larg, asemănător înțelesului dat de termenul de comunitate de bunuri în al cărei conținut sunt incluse totalitatea drepturilor reale și de creață plus obligațiile soților.

a) Ipoteza existenței comunității post-matrimoniale

Codul familiei - în secțiunea a II-a din capitolul III care se referă la drepturile și obligațiile patrimoniale ale soților - completat cu dispoziții din Codul civil și din Codul de procedură civilă reglementează și comunitatea matrimonială de bunuri ca efect al căsătoriei. Deci, comunitatea matrimonială de bunuri ia naștere prin efectul legii, așa cum rezultă din dispozițiile art. 30 al.1 din Codul familiei³, fiindcază pe tot timpul existenței căsătoriei și ia sfîrșit odată cu desfacerea căsătoriei sau la închiderea acesteia. Într-adevăr, din cuprinsul art. 36 al.1 din Codul familiei reiese că la desfacerea căsătoriei bunurile comune se pot împărti între soți fie pe cale amiabilă, fie pe cale judecătorească. Dar aceste dispoziții nu au un caracter imperativ, ci facultativ, drept pentru care împărțirea bunurilor comune între soți poate să nu aibă loc la data dezbatelerilor de divorț; soții pot, în virtutea art. 728 al. 2 din Codul civil și așa cum reiese și din practica judiciară, să cadă de acord să nu recurgă la împărțirea bunurilor comune și să rămână mai departe să stăpînească împreună bunurile.

În continuare, redăm din conținutul Deciziei de îndrumare a Tribunalului Suprem nr. 1 din 1964 un pasaj care vine să confirme cele afirmate: "Desfacerea căsătoriei nu impune împărțirea bunurilor comune. Foșii soți, pot, dacă vor, să continue să stăpînească împreună acele bunuri deoarece starea de coproprietate, fiind o stare legală nimeni nu poate fi forțat să ceară ieșirea din indiviziune"⁶. Într-o situație asemănătoare ne putem afla și la încetarea căsătoriei cînd soțul supraviețuitor și moștenitorii soțului decedat pot în continuare să stăpînească împreună bunurile comune ale foștilor soți.

Prin urmare, dacă foșii soți nu-și împart bunurile comune la desfacerea căsătoriei, ne aflăm în continuare în situația unei comunități de bunuri care prezintă însă un regim juridic diferit de cel al comunității de bunuri din timpul căsătoriei.

În ce privește reglementarea supraviețuirii comunității de bunuri după desfacerea căsătoriei se observă o lacună în conținutul actelor normative din dreptul nostru și considerăm că ar fi salutară intervenția Instanței noastre Supreme printr-o decizie de îndrumare care să clarifice această problematică.

b) *Trăsăturile distinctive ale comunității post-matrimoniale*

Pentru a ne putea face o imagine de ansamblu cît mai cuprinzătoare care să ne permită în continuare o dezbatere amănunțită din diferite ipostaze considerăm că este necesară prezentarea succintă a trăsăturilor ce caracterizează comunitatea post-matrimonială. Astfel, comunitatea post-matrimonială:

- nu are o reglementare expresă dar legea o admite implicit;
- este facultativă, soții având latitudinea să o adopte sau nu;
- are natură convențională în sensul, pe de o parte, că ia ființă prin voința soților (expresă sau tacită) și pe de altă parte, în sensul că, tot conventional, soții sunt în drept să stabilească și regimul juridic al comunității⁷;
- întinderea comunității, în funcție de înțelegerea părților, poate să privească totalitatea bunurilor comune sau să se refere numai la o parte din acestea;
- comunitatea post-matrimonială poate fi modificată oricind prin manifestarea de voință a ambilor foști soți;
- este oricind lichidabilă, fie prin voință comună a foștilor soți, fie prin manifestarea de voință unilaterală a unuia sau altuia.

c) *Opiniile exprimate în literatura juridică privind comunitatea post-matrimonială*

Problema formei proprietății asupra bunurilor comune după desfacerea căsătoriei a stîrnit vîi controverse și nici în prezent nu s-a ajuns la o părere unanimă și definitivă.

Astfel, într-o primă părere după desfacerea căsătoriei proprietatea comună în devălmășie se menține pînă la efectuarea partajului, însă prezintă un regim juridic specific, diferit de cel avut în timpul căsătoriei și de cel al indiviziunii⁸.

O altă opinie susține teza potrivit căreia proprietatea comună în devălmășie, pe data desfacerii căsătoriei, se transformă de drept, automat în proprietate comună pe cote-părți, aplicîndu-i-se regimul juridic al indiviziunii de drept comun⁹.

Mai există și o altă părere, de circulație mai restrinsă, conform căreia comunitatea post-matrimonială cuprinde atît elemente ale devălmășiei cît și ale indiviziunii de drept comun¹⁰.

Înainte de a ne exprima punctul de vedere, să facem o scurtă analiză critică a unor aspecte prezentate de unii autori în susținere tezelor enunțate.

Astfel, unii adepti ai tezei menținerii proprietății comune în devălmășie, pornind de

la ideea inaplicabilității dispozițiilor art. 35 din Codul familiei ca și a regulilor indiviziunii de drept comun, au propus un regim juridic diferențiat, astfel:

- actele de conservare, administrare și folosință să poată fi îndeplinite de oricare dintre foștii soți, cu privire la toate bunurile comune, prin aplicarea regulilor gestiunii de afaceri;

- actele de dispozitie juridică să poată fi valabil încheiate, fără nici o excepție, numai cu consimțământul expres al ambilor soți. Considerăm că acest rationament, care are la bază dispozițiile legale din Codul familiei, inaplicabile foștilor soți, face ca actele de dispozitie juridică privind bunurile comune să aibă un regim mai restricțiv decât în timpul căsătoriei, regim care are însă în vedere ocrotirea intereselor ambilor foști soți.

Pentru îndeplinirea actelor de administrare, conservare și folosință a bunurilor comune ale foștilor soți, unii adepti ai acestei teze fac trimitere la regulile gestiunii de afaceri; această trimitere este inconsecventă pentru faptul că nu poate rezolva pe deplin problema regimului juridic legal. Se știe că gestiunea de afaceri este o instituție juridică de excepție, care nu se aplică decât în situația cînd gestiunea a avut loc fără cunoștința proprietarului, conform art. 987 din Codul civil. Prin urmare, extinderea regulilor gestiunii de afaceri pînă la a constitui un regim juridic legal de drept comun depășește limitele instituției propriu-zise.

De asemenea, ideea aplicării regulilor gestiunii de afaceri cu titlul de regulă generală raporturilor dintre coindivizări a fost respinsă în mod constant de practica judiciară.

În ce privește teza a doua, unul dintre argumentele prin care se demonstrează incetarea proprietății comune în devălmăsie pe data desfacerii căsătoriei este dedus din aplicarea regulei "accesorium seqvitor principale" raportului comunității de bunuri¹¹.

Dar, considerăm că nici actul juridic și nici statutul legal al căsătoriei nu sunt susceptibile să calificeca raporturi principale față de alte raporturi existente între soți. Mai mult, starea de căsătorie nu poate fi privită ca un raport distinct, existent undeva în afara tuturor celorlalte relații dintre soți.

Presupunind că am admite această idee, aplicarea regulilor ar întîmpina dificultăți. Astfel, nu toate relațiile dintre soți se stîng în mod automat la desfacerea căsătoriei. De exemplu, soțul care a purtat în timpul căsătoriei numele celuilalt soț, va putea purta și după divort acest nume, în condițiile stabilite de lege.

Într-un alt exemplu, obligația de întreținere între foștii soți - reglementată în art. 41 din Codul familiei - își are termenul tot în fosta stare de căsătorie.

De asemenea, nu suntem de acord cu atribuirea unui caracter absolut transformării devălmăsiei în indiviziune pe data desfacerii căsătoriei, deoarece există ipoteza în care această transformare nu apare, comunitatea de bunuri transformîndu-se direct într-o proprietate personală exclusivă. Este cazul cînd toate bunurile comune revin numai unui dintre foștii soți, întrucît celalalt nu și-a adus nici o contribuție la dobîndirea lor, sau situația cînd la decesul unuia dintre soți este chemat la moștenire, ca unic moștenitor, soțul supraviețuitor.

Considerăm inconsecvent și regimul juridic al bunurilor comune propus de adeptii acestei teze - regimul proprietății comune pe cote-părți - deoarece cotele-părți nu sunt încă determinate.

Unele concluzii cu privire la forma de proprietate și regimul juridic ai bunurilor comune ale foștilor soți, după desfacerea căsătoriei

Pentru a clarifica, a exprima și să sustine punctul nostru de vedere, se impune a face o analiză a comunității de bunuri după desfacerea căsătoriei în triplă ipostază: a actelor de administrare, folosință și dispoziție juridică privind bunurile comune; sub raportul urmăririi acestor bunuri și în sfîrșit privind împărțirea lor. Precizăm mai întâi că regimul juridic al bunurilor din comunitatea post-matrimonială poate fi un regim juridic convențional. Foștii soți pot să convină în stabilirea unui regim juridic ce nu trebuie să contravină legii, să nu lovească interesele unui tert; pot, de asemenea, să mențină mandatul reciproc de reprezentare care însă nu va fi legal și tacit, ci convențional și expres. În cazul unui altfel de regim juridic adoptat de foștii soți nu întâmpinăm probleme deosebite. Situația se prezintă astfel dacă soții nu au ales un regim juridic convențional, caz în care trebuie indicat un regim juridic legal, regim asupra căruia opțiunile sunt diferite, în funcție de teza îmbrățișată.

Comunitatea de bunuri a soților după desfacerea căsătoriei urmează să fie considerată, în viziunea noastră, ca o categorie aparte în raport cu formele de bază (codevălmăsie și coproprietate) ale proprietății comune. Aceasta în sensul că reglementarea implică și aduce în discuție atât normele juridice ale Codului familiei - în baza căror a luat nastere - cît și dispozițiile din Codul civil, care privesc noua stare în care urmează să intre.

Este cert că atât timp cât nu s-a procedat la partajul bunurilor comune, comunitatea de bunuri nu încetează, ci continuă să existe și după desfacerea căsătoriei. În ce privește regimul juridic al bunurilor comune considerăm că are în continuare un caracter devălmăș, însă cu unele particularități specifice.

Este necesar să remarcăm cele două situații în care se poate afla comunitatea post-matrimonială și regimul juridic al bunurilor comune după desfacerea căsătoriei.

Astfel, într-o primă situație, comunitatea de bunuri fințează după desfacerea căsătoriei, având același regim juridic - al devălmășiei - pe toată perioada pînă la data cînd foștii soți cer efectuarea partajului, moment în care bunurile partajate vor deveni obiectul dreptului de proprietate personală (privată).

Într-o a doua situație, comunitatea de bunuri fințează de asemenea după desfacerea căsătoriei pînă la efectuarea partajului, cu deosebirea că în această perioadă poate interveni o acțiune în constatare, acțiune prin care instanța de judecată stabilește cotele-părți, cuvenite foștilor soți, din masa bunurilor comune. Acțiunea în constatare marchează totodată transformarea stării de devălmășie într-o stare de indiviziune, ceea ce face ca de la această dată și pînă la partaj regimul juridic al comunității de bunuri să aibă caracterul proprietății comune pe cote-părți.

Acțiunea în constatare are deci un dublu rol. Pe de o parte marchează transformarea devălmășiei în indiviziune, prin stabilirea cotelor-părți, iar pe de altă parte argumentează opinia că de la data desfacerii căsătoriei pînă la data partajului (sau pînă la data acțiunii în constatare, dacă aceasta a fost promovată fără a se cere și efectuarea partajului) caracterul devălmăș al comunității de bunuri se menține.

În acest sens se pronunță Decizia Tribunalului Suprem nr. 2105 din 30 nov. 1971 din care cităm: "În cazul în care foștii soți nu doresc împărțirea bunurilor dobîndite în timpul căsătoriei, ci numai transformarea stării de devălmășie într-o stare de indiviziune,

acțiunea pentru constatarea acestor bunuri și determinarea cotelor este admisibilă după pronunțarea divortului¹².

Dacă forma de proprietate este în continuare aceea a devălmăsiei, regimul juridic al bunurilor comune va avea unele particularități. Regulile care operează în cadrul regimului patrimonial al comunității de bunuri încețează a mai fi aplicabile, astfel că după desfacerea căsătoriei bunurile dobândite de foștii soți nu mai devin bunuri comune, prezumția legală de mandat tacit reciproc încețează, obligațiile asumate de foștii soți nu mai pot fi considerate comune.

În ce privește actele de administrare, conservare și folosință a bunurilor comune, acestea pot fi făcute de fiecare dintre foștii soți fără a fi necesar consimțământul expres al celuilalt fost soț, dar considerăm că în situația în care prin astfel de acte au fost lezate interesele uneia dintre părți, aceasta va avea posibilitatea să ceară despăgubiri pe diferite căi.

Având în vedere că prezumția legală de mandat tacit reciproc nu mai ființează actele de dispoziție juridică cu privire la bunuri de orice fel necesită consimțământul expres al ambilor foști soți.

Practica judecătorească a considerat că, de regulă, în situația în care s-a încheiat de către unul dintre foștii soți un act de dispoziție juridică având ca obiect un bun mobil, fără consimțământul celuilalt fost soț, acest act nu este lovit de nulitate absolută; în funcție de interesele sale, fostul soț, care nu și-a dat consimțământul, poate cere fie anularea actului respectiv fie să-l ratifice.

Urmărirea bunurilor comune considerăm că se poate face potrivit normelor inscrise în art.33 și 34 din Codul familiei coroborate cu dispozițiile inscrise în art. 1718 din Codul civil și art. 490 din Codul de procedură civilă.

Sustinem ca posibilă aplicabilitatea prevederilor din Codul familiei și după desfacerea căsătoriei, deoarece comunitatea de bunuri, care continua să ființeze, ia naștere în timpul căsătoriei și considerăm că normele care au reglementat nașterea unor raporturi trebuie să reglementeze și existența sau stingerea acestora. Dacă unii dintre creditori nu ar mai avea aceleși posibilități de urmărire a bunurilor soților debitori ca în timpul căsătoriei, atunci ar exista soluția ca soții, pentru a scăpa de urmărirea unor creditori, să recurgă la divort.

Așadar, bunurile comune vor putea fi urmărite, ca regulă generală, numai de creditorii comuni. Creditorii personali pot urmări bunurile proprii ale fostului soț ce-i este debitor și, dacă nu se îndestulează, pot cere împărțirea bunurilor comune și apoi să urmărească partea din bunurile comune care, în urma partajului, au devenit tot bunuri proprii.

După desfacerea căsătoriei, împărțirea bunurilor comune se poate face oricând, fie pe cale amiabilă, fie pe cale judecătorească, spre deosebire de situația din timpul căsătoriei cind se putea realiza numai prin hotărire judecătorească și numai în cazul expres prevăzut de lege - art. 36 al.2 din Codul familiei.

Prezențind acest regim juridic și avind în vedere argumentele de fapt și de drept arătate, putem spune că după desfacerea căsătoriei comunitatea de bunuri a foștilor soți se menține pînă la data partajului, fiindu-i propriu caracterul devălmăș pînă la stabilirea cotelor-părți de către instanța de judecată, în cadrul acțiunii în constatare, după care - dacă nu se cere și împărțirea bunurilor - se transformă în indiviziune de drept comun.

În susținerea acestei opinii vin și soluțiile date în practica judiciară, soluții care capătă un caracter unanim consfințit prin Decizia de îndrumare a Tribunalului Suprem nr.1 din 25 ianuarie 1964 din care cităm: "... Atât timp cât foștii soți nu doresc împărțirea, ci numai transformarea stării de devălmășie într-o stare de indiviziune - adică determinarea cotelor-părți în bunurile comune - ei nu pot recurge în acest scop la acțiunea în realizare. Ca atare, acțiunea în constatare este admisibilă, ea fiind singura în măsură să facă posibilă înșătuirea scopului urmărit de foștii soți".

Față de cele arătate putem conchide că, prin natura sa juridică, dreptul de proprietate asupra bunurilor comune ale foștilor soți este un drept de proprietate comună care îmbrăcă o formă specifică, tranzitorie, în sensul că prezintă caracterele juridice ale devălmășiei – cu cîteva particularități, cel puțin pînă la data acțiunii în constatare – după care, determinîndu-se cotele-părți, prezintă, pînă la efectuarea partajului, trăsăturile caracteristice indiviziunii.

NOTE

1. A se vedea C.A. Diaconu: Propunerî de lege ferenda privind reglementarea relațiilor de familie într-un stat de drept, în "Dreptul" nr.9-12/1990, pag. 74-75.
2. A se vedea: V.D. Zlătescu, I. Moroianu Zlătescu, Propunerî de lege ferenda privind reglementarea relațiilor de familie într-un stat de drept în "Dreptul" nr.9-12/1990, pag. 78.
3. A se vedea mai pe larg, D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună al soților*, Casa de Editură și Presă "Şansa" S.R.L., București, 1993, pag. 63-77.
4. A se vedea situații de neaplicare a acestei prezumții, I.P. Filipescu, Privire comparativă asupra cazurilor în care nu se aplică prezumția mandatului tacit, reciproc, între soți în "R.R.D." nr.9-12/1989, pag. 61-65.
5. Art. 30 al.1 din Codul familiei dispune: "Bunurile dobîndite în timpul căsătoriei, de oricare dintre soți, sint de la data dobîndirii lor, bunuri comune ale soților".
6. În același sens se pronunță și Deciziile T.S. nr. 2105 din 30 nov. 1971 și nr.1115 din 7 iunie 1977.
7. A se vedea: I. Albu, Regimul juridic al bunurilor comune ale foștilor soți pe timpul dintre data desfacerii căsătoriei și data împărțirii lor în "J.N." nr.8/1965, p.71-72.
8. A se vedea: I.P. Filipescu, *Dreptul familiei*, Univ. Buc. 1984, p.270-273; Gh. Piticaru, *Dreptul familiei*, Univ. Iasi 1978, p.244-245; R. Rizeanu, Regimul juridic al bunurilor comune ale foștilor soți pe timpul dintre data desfacerii căsătoriei și data împărțirii lor, în "J.N." nr.8/1965 p.58-65; Al. Bacaci, *Raporturile juridice patrimoniale în dreptul familiei*, Ed. Dacia 1986, p.108.
9. A se vedea: D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună pe cote-părți și explicațiile sale practice*, Ed. St. 1973, p.39-45; D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună a soților*, Ed. St. și Encycl. 1987, p.169-174; I. Albu, *Op. cit.*, în "J.N." nr.8/1965, p.72.
10. A se vedea: I. Albu, *Dreptul familiei*, Ed. Did. și Ped., București, 1975, p.175.
11. A se vedea: Tr. Ionașcu și colab. *Căsătoria în dreptul R.P.R.* Ed. Acad. 1964.

p.332.

12. În același sens invocăm și Deciziile T.S. nr.1/25 ian. 1964 și nr. 1115/7 iunie 1977.

LE RÉGIME JURIDIQUE DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ COMMUNE

- Résumé -

Dans la littérature juridique et dans la pratique judiciaire ont été mises en discussion des problèmes concernant la propriété commune des époux.

Le maintien en vigueur des dispositions contenus dans le Code de la famille, qui institue le régime de la communauté matrimoniale, cause une série de discussions concernant implicitement la communauté post-matrimoniale.

La communauté matrimoniale des biens prend naissance par l'effet de la loi – l'article 3C, alinéa 1, Code de la famille –, dure tant que le mariage existe et prend fin au moment de la dissolution ou de la cesse du mariage.

Mais ces dispositions n'ont pas un caractère impératif, mais facultatif, et c'est pourquoi la séparation des biens communs entre les époux n'a pas eu lieu toujours à la date des débats du divorce, donc ils peuvent administrer leurs biens par la suite. Dans une telle situation il s'agit d'une communauté de biens, mais qui présente un régime juridique différent de celui du temps du mariage.

De cette façon, la communauté post-matrimoniale:

- n'est pas expressément réglementée, mais la loi l'admet implicitement;
- est facultative;
- a un caractère conventionnel, c'est-à-dire qu'elle prend naissance par la volonté des époux et, conventionnellement aussi, les anciens époux sont en droit d'établir le régime juridique de la communauté;
- l'extension de la communauté, dépendant de l'accord des parties, peut concerner tous les biens communs ou seulement une part;
- on peut la modifier n'importe quand, par la manifestation de la volonté des anciens époux;
- on peut la liquider n'importe quand, soit par la volonté commune des anciens époux, soit par la volonté unilatérale de l'un ou de l'autre.

La communauté des biens des époux après la dissolution du mariage sera considérée, de notre point de vue, une catégorie à part par rapport aux formes fondamentales de la propriété commune. C'est-à-dire que la réglementation implique les normes juridiques du Code de la famille, aussi que les dispositions du Code civil.

CONSIDERAȚII PRIVIND SISTEMUL CĂILOR DE ATAC ÎN PROCESUL PENAL

DE

GRIGORE GR. THEODORU

I. Criteriile de constituire a sistemului de căi de atac

1. Căile de atac sunt mijloacele prevăzute de lege prin care Ministerul Public și părțile din proces promovează un control judecătoresc în vederea desființării hotărîrilor judecătorescii penale care conțin erori și a înlocuirii lor cu hotărîri conforme cu adevărul și prevederile legale.

O hotărîre judecătorescă poate fi afectată, în primul rînd, de un *vitium in procedendo*, care constă în desfășurarea procesului penal cu nerespectarea dispozițiilor de procedură – care asigură solutionarea justă a cauzei penale sau care garantează drepturile partilor – de natură a pune la îndoială corectitudinea soluției adoptate; în al doilea rînd, de un *vitium in judicando*, care constă în solutionarea greșită a cauzei, fie prin *error in facto* – condamnarea eronată a unui nevinovat sau achitarea unui inculpat vinovat -, fie prin *error in jure* - pronuntarea unei soluții contrare legii¹.

Instituirea unui control prin căile de atac constituie un mijloc de *prevenire* a erorilor judiciare, deoarece, știindu-se controlati, judecătorii dau o mai mare atenție judecării și solutionării cauzelor penale²; totodată, constituie și un mijloc *reparator*, un *remediu procesual*, prin care se înlătură soluția gresită și se înlocuiește cu o soluție conformă cu legea și adevărul. De aceea, căile de atac constituie o *garanție* de cea mai mare importanță pentru înșăptuirea justitiei.

Căile de atac fac parte din instituțiile fazei de judecătă, deoarece nu pot fi exercitate decât împotriva unor hotărîri judecătorescî. În legislațiile în care instrucția prealabilă se efectuează de un organ judecătoresc - judecător de instrucție, cameră de instrucție, cameră de acuzare -, ordonanțele și deciziile pronunțate în cursul instrucției sunt supuse căilor de atac, fiind hotărîri judecătorescî³; în legislațiile în care urmărirea penală se efectuează de Ministerul Public sau de anchetatori din Ministerul de Interne, actele acestor organe nu sunt supuse căilor de atac întrucât nu sunt hotărîri judecătorescî; controlul lor se exercită prin *plingere*, ca act aparținînd fazei de urmărire penală, fie că promovează un control din partea Ministerului Public, fie al unei instanțe judecătorescî.

Pentru a se asigura punerea în executare numai a hotărîrilor judecătoarești care reflectă exact realitatea și aplică corect legea, legislațiile de procedură penală trebuie să instituie acele căi de atac prin care se pot descoperi și înălatura toate erorile de fapt și incalcările de lege; atât teoria procesuală cât și practica judiciară au stabilit principii după care trebuie să se conducă fiecare legislație de procedură penală în constituirea sistemului de căi de atac. Prin *sistem al căilor de atac* se înțelege ansamblul căilor de atac instituite prin lege, sub forma unui întreg organizat, incluzând toate căile de atac considerate necesare pentru înălțarea erorilor de fapt și de drept cuprinse în hotărîrile judecătoarești, fiecare cale de atac răspunzând unei necesități și folosind condiții și soluții specifice.

În construirea sistemului de căi de atac, legea de procedură penală trebuie să pornească de la principiul instituirii tuturor căilor de atac necesare și astfel reglementate încât să fie posibilă oricând desființarea unei hotărîri judecătoarești contrare legii și adevărului. Ca formulă extremă, acest principiu ar putea admite că mai multe căi de atac și folosirea lor pînă ce se ajunge la concluzia că hotărîrea judecătoarească pronuntată nu prezintă nici un viciu de formă sau de fond, fiind astfel justificată executarea ei. Acestui principiu i se aduc, însă, limitări prin interventia altor două principii de politică judiciară: principiul operativității (promptitudinii, rapidității) și principiul autoritatii de lucru judecat. Principiul operativității exprimă cerința ca o hotărîre de condamnare a unui infractor să poată fi pusă în executare cât mai repede posibil, ceea ce impune o durată ratională a desfășurării procesului penal; acest principiu actionează mai ales pînă la pronuntarea unei hotărîri judecătoarești definitive; un număr mare de căi de atac pînă la răminerea definitivă a unei hotărîri judecătoarești amînă momentul executării condamnării și întirzie astfel efectul represiv și preventiv al pedepsei. Acelasi principiu actionează și atunci când o persoană nevinovată a fost adusă pe nedrept în fața instantelor judecătoarești, deoarece proclamarea nevinovăției trebuie să aibă loc cât mai repede posibil. După răminerea definitivă a hotărîrilor judecătoarești actionează principiul autoritatii lucrului judecat, care trebuie să asigure stabilitatea acestora și, astfel, prestigiul autoritatii judecătoarești. Instituirea de prea multe căi de atac, care ar facilita desființarea hotărîrilor judecătoarești definitive, ar atrage, în mod inevitabil, incertitudine cu privire la soluțiile date de instantele judecătoarești și, prin aceasta, neincredere în justiție.

Limitările pe care principiile operativității și autoritatii lucrului judecat le aduc sistemului de căi de atac trebuie să fie rationale. Este de dorit o cît mai scurtă durată a procesului penal, dar nu cu pretul rămînerii în frîntă a unei hotărîri contrare legii și adevărului; este necesar ca hotărîrea judecătoarească cu autoritate de lucru judecat să aibă stabilitate, dar nu s-ar putea justifica menținerea unei astfel de hotărîri dacă ar consacra condamnarea unei persoane nevinovate. Sistemul național de căi de atac în procesul penal trebuie să îmbine cît mai judicios principiile enunțate anterior, realizînd astfel o durată ratională a procesului, dar instituind, totodată, și un ansamblu de căi de atac care să contribuie la realizarea scopului procesului penal ca orice persoană care a comis o infracțiune să fie sanctiionată potrivit legii penale și nici o persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală.

2. În constituirea sistemului căilor de atac se are în vedere o diferențiere între controlul efectuat asupra hotărîrilor nefinalizate și controlul efectuat asupra hotărîrilor definitive, care au căpătat asadar autoritate de lucru judecat. În cazul hotărîrilor

nedefinitive, căile de atac trebuie să asigure controlul complet și eficient al acestora spre a nu intra în autoritatea lucrului judecat hotărîri penale cuprinzînd erori de procedură și de judecată; de aceea, căile de atac ce se exercită împotriva hotărîrilor nefedinitive sunt denumite *ordinare* și ele determină ciclul de bază al procesului penal. Hotărîrile penale care au intrat în autoritatea lucrului judecat, după ce au trecut prin controlul promovat prin căile de atac ordinare, se presupun că nu mai cuprind erori de fapt și de drept; ca urmare, controlul asupra acestor hotărîri trebuie organizat diferit, numai în cazuri speciale și după o procedură mai riguroasă; acestor căi de atac li s-a dat denumirea de căi de atac *extraordinare*⁴.

În practica legislativă procesual-penală se cunosc trei căi de atac ordinare: opozitia, apelul și recursul. *Opozitia* este calea de atac ordinată prin care partea care a fost absentă la judecată solicită instantei care a judecat-o în lipsă să anuleze hotărîrea pronunțată, în vederea rejudecării cauzei în prezența sa; prin reglementarea opozitiei se garantează aplicarea principiului contradictorialității sedinței de judecată și al dreptului la apărare, potrivit dictonului *audiatur et altera pars*. Legislația franceză cunoaște și *purga contumaciei*, care îndeplinește rolul opozitiei în materie criminală, cînd un acuzat dispărut a fost judecat în lipsă. Atât opozitia cît și purga contumaciei au un efect de anulare a hotărîrii pronunțate în lipsa inculpatului, cauza urmînd să fie rejudicată în prezența acestuia.

Apelul este calea de atac ordinată care promovează o examinare a cauzei în fond, instanta de apel verificînd, în limitele devoluției raportate la persoana apelantului și la calitatea sa procesuală, respectarea procedurii legale și producerea oricăror erori de fapă și de drept ale hotărîrii atacate. Judecata în apel, cu unele nuanțări în reglementare, constă dintr-o rejudicare a cauzei, cu administrarea, dacă este necesar, de noi probe, după care, prin dezbatere judiciare se discută fondul cauzei - vinovătia sau nevinovătăia inculpatului, incadrarea juridică a faptei, circumstanțele agravante și cele atenuante, pedeapsa aplicată, soluția dată acțiunii civile; instanta de apel, dînd o nouă apreciere probelor, reformeză, dacă este cazul, hotărîrea primei instante, schimbînd sau modificînd soluția acesteia. Apelul este deci o cale de atac ordinată de *reformare*, intrucît o instanță superioară este împunerică să schimbe sau să modifice hotărîrea penală pronunțată de o instanță inferioară în grad.

Recursul este o cale de atac ordinată prin care se exercită un control asupra hotărîrilor date în apel sau, cînd prevede legea, și a celor date în primă instanță, dar fără drept de apel, numai cu privire la chestiunile de drept, constînd din respectarea legii de procedură penală în desfășurarea judecății și a legii materiale în soluționarea cauzei. Instanța de recurs nu are dreptul, ca regulă, să administreze noi probe, să dea o nouă apreciere probelor administrate la prima instanță sau la instanța de apel, cu totul excepțional rezervîndu-i-se dreptul de a constata o eroare gravă de fapt, determinată de o denaturare abuzivă a probelor. Restringerea controlului efectuat de instanța de recurs numai asupra unor *error in procedendo* și *error in jure* își are explicația în originea acestei căi de atac și în finalitatea sa inițială de a asigura o aplicare uniformă a legii. În principal, recursul a fost reglementat ca o cale de atac în *anulare*, cu finalitatea de a desființa hotărîrea atacată cu trimitere spre o nouă judecată la instanța a cărei hotărîre a fost casată; în anumite cazuri, însă, recursul poate fi o cale de atac de *reformare*, prin schimbarea sau modificarea soluției adoptate prin hotărîrea casată.

Unele legislații au instituit toate cele trei căi de atac ordinare enunțate - opozitie, apel și recurs -, asa cum le-a consacrat Codul nostru de procedură penală din 1936 și le reglementează actualmente legislația franceză; alte legislații au renunțat la opozitie, meninind însă apelul și recursul, cum este legislația actuală din România; în fine, sînt legislații care au consacrat o singură cale de atac ordinară, sub denumirea de apel, cum este în Anglia și în S.U.A., sau de recurs, cum au fost legislațiile de inspirație sovietică, printre care și legislația noastră între 1948 și 1993.

Opozitia a fost criticată datorită abuzului practicat de inculpați prin neprezentarea la judecată, știind că pot face opozitie și obtine rejudecarea cauzei, prelungind astfel data rămînerii definitive a hotărîrii penale. Astfel, V. Dongoroz, încă în 1927⁶, considera că opozitia ar putea fi desființată "fiind îndestulătoare pentru asigurarea unor dezbateri contradictorii calea apelului". Ca urmare, Codul de procedură penală din 1936 a restrîns opozitia numai asupra hotărîrilor date în ultimă instanță de fond, legislația franceză a admis-o numai în anumite cazuri, iar alte legislații care prevăd că judecata penală se face întotdeauna în prezența inculpatului, nu au adoptat-o. Din 1948 opozitia a fost desființată în legislația noastră și a fost înlocuită cu formularea unor motive de apel și de recurs, precum și prin instituirea contestației în anulare (initial contra hotărîrii).

În literatura de specialitate s-au adus critici și instituirii a două căi de atac ordinare succesive - apel și recurs -, prin pana unor penalisti de renume ca Ortolan, C. Lombroso, B. Alimena, Liszt și alții⁷; acestia invocau ca argumente prelungirea duratei procesului, creșterea cheltuielilor judiciare ale statului și ale părților, contrazicerile eventuale între hotărîrile din apel cu cele ale primei instanțe, dar și pentru lipsa oricărei garantii că hotărîrea în apel va fi mai bună decât a primei instanțe. În România, Ioan Tanoviceanu se pronunță ferm împotriva modului cum fusese reglementat apelul: "Negresit că se pot aduce argumente multe și pentru, și contra apelului, credem însă că nu se poate invoca nici un singur argument în favoarea sistemului astăzi dominant în Europa, de a nu se admite apelul în afacerile penale cele mai mari și a se admite apelul numai în cele mijlocii. Aceasta este o curată aberație"⁸. Adnotând tratatul lui Ioan Tanoviceanu, un alt mare penalist român – Vintilă Dongoroz – era de părere că apelul trebuie meninut, argumentînd că promptitudinea în realizarea justiției este recomandabilă, dar nu în detrimentul calității judecății, or apelul ar constitui o garanție pentru înălțurarea atît a erorilor de fapt cît și de drept⁹. În acest sens s-au pronuntat și alți proceduriști, ceea ce a determinat ca în Codul de procedură penală din 1936 să se mențină calea de atac a apelului. În susținerea apelului, Traian Pop argumenta astfel: "A desființa apelul ar însemna a desființa cea mai populară, mai frecventă și mai eficace cale de atac. A limita căile de atac la recurs, înseamnă a menține calea de atac cea mai formalistă, mai dificilă și mai puțin accesibilă justițialilor neinformați în materia dreptului"¹⁰. Totuși, atunci cînd își pune problema care din cele două căi de atac ar putea fi înălțurată, Traian Pop susține că doctrina este în favoarea desființării apelului, cu argumentarea că, deși apelul este util, nu este însă o necesitate organică, fiind posibila inexistența sa, așa cum în materie de crime și contravenții nu există apel; recursul însă, fiind o necesitate organică a sistemului procesual penal, nu trebuie desființat¹¹.

Există legislații care consacră o singură cale de atac ordinară. Astfel, procesul penal englez cunoaște, din 1907, calea de atac a apelului, care promovează o nouă judecată în fața Curților criminale de apel; în S.U.A. există, de asemenea, o singură cale de atac

ordinară - apelul -, care atrage o nouă judecată la Curtea de apel. În aceste legislații, apelul îndeplinește rolul astăzi al apelului cît și al recursului, cauza reexaminându-se sub toate aspectele. Așa cum s-a arătat, sub influența legislației sovietice, în țările din estul Europei, printre care și România, în procesul penal s-a instituit o singură cale de atac, cu denumirea de apel, în unele țări sau de recurs, în altele. Reforma procedurii penale în materie de recurs, înfăptuită la noi în 1948 și continuată apoi pînă în 1993, consacrînd recursul ca singura cale de atac ordinară, a trebuit să-i schimbe reglementarea, îmbinînd sarcinile apelului cu unele trăsături ale recursului; această nouă cale de atac ordinară era însă mult mai apropiată apelului decît recursului din reglementarea clasică a acestuia, ceea ce a determinat literatura occidentală să-l considere ca un apel¹².

În fine, printre căile de atac ordinare se pot institui unele exercitabile numai într-un anumit domeniu al activității judiciare, cu excluderea celor ce se aplică tuturor cauzelor penale; acestea din urmă sint căi de atac *comune*, iar celelalte sint *speciale*. În legislația noastră a fost reglementată, prin Decretul nr. 218/1977, astăzi abrogat, calea de atac specială a contestației împotriva hotărîrilor pronunțate de comisiile de judecată în cauzele cu inculpați minori.

Asadar, fiecare legislație națională instituie căile de atac ordinare pe care le socotește să asigure prevenirea și înlăturarea tuturor erorilor de fapt și de drept din hotărîrile judecătoreschi penale. În raport de numărul și felul căilor de atac ordinare adoptate variază și reglementarea lor; în cazul instituirii a trei căi de atac ordinare, fiecare are în vedere înlăturarea anumitor erori judiciare, astfel încît toate la un loc să asigure răminerea în ființă numai a hotărîrilor judecătoreschi conforme cu legea și adevărul; dacă s-au adoptat numai două căi de atac ordinare - apelul și recursul -, se cere o reglementare care să suplimească desființarea opoziției; cînd există o singură cale de atac ordinară, aceasta trebuie să asigure un control complet și eficient al hotărîrilor judecătoreschi pronunțate, supliment și opoziția, și apelul.

3. În ce privește căile de atac extraordinare, teoria și practica a demonstrat necesitatea instituirii unei căi de atac pentru înlăturarea hotărîrilor definitive care se dovedesc contrare adevărului și, ca urmare, legii substanțiale, în raport de fapte și imprejurări care au fost descoperite după soluționarea definitivă a cauzei. S-a avut în vedere, inițial, situația unui condamnat, considerat vinovat în temeiul probelor administrate pînă în momentul condamnării, dar a cărui nevinovăție este relevată de faptele și imprejurările descoperite ulterior; ar fi fost împotriva umanismului răminerea în ființă a condamnatului unui nevinovat numai pentru a se respecta autoritatea de lucru judecat. Instituirea revizuirii numai în favoarea celui condamnat a rămas și astăzi o regulă a legislației franceze¹³. Ulterior, alte legislații, printre care și codurile române din 1936 și 1968, au admis revizuirea și împotriva hotărîrilor de achitare și de înacetare a procesului penal, fiind considerată nejustificată răminerea în vigoare a unei astfel de hotărîri, pronunțate fără cunoasterea unor imprejurări esențiale descoperite ulterior. Revizuirea este o cale de atac de *retractare*, prin care aceeași instanță care a pronunțat hotărîrea atacată revine asupra ei în temeiul unor elemente noi. Pentru a nu deschide drum unor numeroase cereri de revizuire care nu se încadrează în cazurile strict prevăzute de lege, unele legislații¹⁴ au prevăzut o procedură complexă, prin care se examinează în principiu cererea de revizuire de o instanță superioară, după care, în caz de admiterea ei, se rejuudecă pricina de instanță care a pronunțat hotărîrea atacată; alte

legislatiei au instituit o procedura in fata procurorului, pentru verificarea elementelor noi indicate in cererea de revizuire.

Hotărire definitivă poate fi contrară legii și adevărului ca urmare a unei erori de judecată, prin neaplicarea legii penale sau prin aplicarea ei greșită. Teoria și practica legislativă au prevăzut mijlocul prin care poate fi înălțată o astfel de hotărire printr-o cale de atac extraordinară, denumită recurs în interesul legii, recurs în anulare, recurs extraordinar sau recurs în supraveghere. Unele legislații, pentru a da o mai mare stabilitate hotărîrilor judecătoresc definitive, au restrins folosirea unei astfel de căi de atac extraordinare, pe de o parte prin desemnarea ca titular numai a procurorului general sau a președintelui instantei supreme, iar pe de altă parte restrințind cazurile în care poate fi exercitată sau limitând efectele ei; de exemplu, în legislația franceză recursul în interesul legii nu are efect asupra părților din proces, iar recursul în anulare al ministrului justiției, numai pe temeuri de drept, poate avea, în anumite cazuri, efecte în favoarea condamnatului, dar nu și în favoarea părții civile¹⁵. Recursul în supraveghere din legislația rusă, ca și recursul extraordinar din legislația noastră pînă în 1993, era reglementat astfel ca să suplimească lipsa apelului, ratiune pentru care putea fi introdus atât pentru erori grave de fapt cât și pentru o încălcare esențială a legii. Practica a demonstrat necesitatea reglementării mai suple a recursului extraordinar, în fața instantei supreme fiind aduse numeroase cazuri de hotărîri definitive contrare legii și adevărului, a căror desființare devenise necesară. Prin recurs extraordinar, procurorul general avea posibilitatea de a cere desființarea oricărei hotărîri definitive contrare legii și adevărului, caracterul "esențial" al încălcării legii și caracterul "vădit" a erorii de fapt fiind lăsat la aprecierea sa.

În fine, s-a pus problema căi prin care s-ar putea înlocui opozitia în materie de recurs, în cazul cînd s-ar judeca recursul în lipsa unei părți nelegal citate sau care a fost în imposibilitate să se prezinte la judecată, ceea ce a împiedicat desfășurarea judecății în contradictoriu și exercitarea dreptului la apărare. Unele legislații, cum a fost cea română, au introdus o cale de atac extraordinară, denumită contestație la hotărîre (pînă în 1968) sau contestația în anulare (după 1968); admîndu-se contestația, cauza se relua prin rejudecare recursului, ceea ce îndeplinea efectul opozitiei.

Și în materie de căi de atac extraordinare legislațiile naționale variază prin gruparea lor și prin modul în care le reglementează. Astfel, unele legislații cunosc numai revizuirea, altele revizuirea și recursul în interesul legii sau extraordinar, iar altele cuprind și o a treia cale de atac - contestația în anulare. Codul de procedură penală al Republicii Federale Iugoslavia include, între căile de atac extraordinare, și cererile de atenuare a pedepsei, introduse ca urmare a intervenirii, după răminerea definitivă a hotărîrii, a unor împrejurări care ar demonstra necesitatea aplicării unei pedepse mai usoare (art. 379-382). Codul nostru de procedură penală recunoaște drept căi de atac extraordinare contestația în anulare, revizuirea, recursul în anulare și recursul în interesul legii, fiecare cu domeniul său de acțiune, acoperind cazurile cînd o hotărîre penală definitivă trebuie să fie desființată.

II. Trăsăturile caracteristice ale sistemului de căi de atac în actualul proces penal român

1. Actualul sistem al căilor de atac în procesul nostru penal a fost inițiat prin Legea nr.92/1992 pentru organizarea judecătorească, în baza căreia se înființau Curțile de apel și se stabilea competența tribunalelor și a Curților de apel de a judeca în primă instanță, în apel și în recurs; asadar, de la existența unei singure căi de atac ordinare, se trecea la un sistem de două căi de atac ordinare - apel și recurs. În continuare, prin Legea nr.45/1993 din 1 iulie 1993 pentru modificarea și completarea Codului de procedură penală se consacră apelul și recursul drept căi de atac ordinare și li se dă o reglementare care prezintă diferențieri față de cea prevăzută în Codul de procedură penală din 1936 cit și față de cea prevăzută în Codul din 1968. De asemenea, prin Legea nr.45/1993 se aduc schimbări și în ce privește căile de atac extraordinar, prin desființarea recursului extraordinar și înlocuirea sa cu două noi căi de atac extraordinare: recursul în anulare și recursul în interesul legii, cărora li s-a dat o reglementare nouă.

Asadar, actualmente sistemul căilor de atac cunoaște două căi de atac ordinare succesive - apelul și recursul - și patru căi de atac extraordinare pentru cazuri diferite - contestația în anulare, revizuirea, recursul în anulare și recursul în interesul legii.

Ca o trăsătură generală a noului sistem de căi de atac în procesul nostru penal este revenirea la sistemul legislației occidentale de inspirație franceză, care cuprinde între căile ordinare de atac apelul și recursul și între căile de atac extraordinare recursul în anulare și recursul în interesul legii. Această revenire nu se datorează atât dorinței de a păăsi reglementarea care amintea de legislația sovietică și de cea din România comunistă, cit necesității de a se reveni la o reglementare de tradiție, consacrată de codurile de procedură penală din 1864 și 1936 și susținută de literatura de specialitate din acele timpuri, reglementare pe care o întîlnim în legislațiile occidentale care au constituit un model pentru legislația noastră. O a doua trăsătură generală constă în adoptarea noii reglementări la nivelul științei actuale a dreptului procesual penal, la soluțiile practice la care a ajuns jurisprudenta, la înălțarea dispozițiilor criticate anterior și găsirea unor soluții noi. De aceea, se poate trage concluzia că noul sistem al căilor de atac în procesul nostru penal nu este o reproducere a sistemului consacrat prin Codul de procedură penală din 1936 și nici una după legislația franceză actuală; menținind elementele de bază ale reglementării din 1936, noul sistem al căilor de atac cuprinde trăsături noi care îl diferențiază de alte sisteme nationale de căi de atac. În cele ce urmează atenția se concentrează asupra acestor diferențieri.

2. În ce privește căile de atac ordinare, numărul acestora a fost stabilit la două - apel și recurs -, ceea ce deosebesc reglementarea actuală de cea din 1936, care prevedea trei căi de atac ordinare, incluzând și opozitia, și de cea din anii 1948-1993, care prevedea numai o singură caile de atac ordinare - recursul. Renuntarea la opozitia se justifică prin trecerea rolului acestei căi de atac asupra apelului și recursului precum și asupra contestației în anulare. Într-adevăr, în reglementarea din 1936 opozitia era admisibilă numai împotriva hotărîrilor date în ultimă instanță de fond, deoarece prin apel se puteau înălța consecințele judecării cauzei în primă instanță în absenta unei părți; cu toate acestea, prin caracterul de reformare al apelului, cauză se rejuudeca la instanța de apel, ceea ce lipsea partea care fusese lipsă la prima instanță de două grade de jurisdicție în

fond. Noua reglementare a apelului (art. 379 pct. 2 lit. b) și a recursului (art. 385¹⁵ pct. 2 lit. c Cod proc.pen.) prevede că, după desființarea sau casarea hotăririi atacate pe motivul că judecata a avut loc în lipsa unei părți nelegal citate sau care, legal citată, a fost în imposibilitate de a se prezenta la judecătă și de a iniția instanța despre această imposibilitate, rejudicare cauzei se face de către instanța a cărei hotărire a fost desființată; în acest mod, se asigură efectul unei opozitii, de a se rejuudeca procesul cu asigurarea contradictorialității și a dreptului la apărare atât la judecata în primă instanță cât și la judecata în apel. Totodată, pentru cazul când instanța de recurs a judecat în lipsa unei părți aflate în situație arătate, se asigură rejudicare cauzei în recurs prin folosirea contestației în anulare (art. 386 lit. a și b Cod proc.pen.). Introducindu-se mijloacele necesare pentru a se asigura judecata în prezenta părților în cadrul folosirii apelului, recursului și a contestației în anulare, a fost posibilă renunțarea la reglementarea opozitiei în cadrul căilor de atac ordinare.

Examinându-se sfera de hotăriri care pot fi atacate cu apel și cu recurs, singurele căi de atac ordinare consacrate de la 1 iulie 1993, se observă că apelul și-a păstrat caracterul restrins pe care l-a avut și în reglementarea din 1936. Într-adevăr, Codul de procedură penală din 1936 prevedea că nu sunt supuse apelului hotăririle pronunțate în primă și ultimă instanță de fond de judecătorii în cazul unor contraventioni și delictelor silvice, precum și cele pronunțate de tribunale și curtile de apel în materie de infracțiuni denumite crime de legea penală; împotriva acestor hotăriri nu exista decât calea de atac a recursului, care era de ordin constitutional. Reglementarea actuală a apelului menține acest caracter restrins al apelului, în sensul că nu toate hotăririle pronunțate în primă instanță sunt supuse apelului; astfel, în art. 361 Cod proc.pen. se prevăd categoriile de sentințe (hotăriri pronunțate în primă instanță asupra fondului) nesusceptibile de apel, folosindu-se mai multe criterii: sentințe pronunțate de judecătorii și tribunale militare în legătură cu infracțiuni mai puțin grave, dar având o caracteristică procedurală, constând fie în sesizarea judecătoriei direct prin plângerea prealabilă a persoanei vătămate (art. 279 alin. 2 lit. a Cod proc.pen.) fie în sesizarea tribunalului militar, numai la cererea comandantului militar (art. 337 Cod.pen.); sentințe pronunțate de anumite instanțe judecătoresc: curți de apel, Curtea de Apel Militară, Curtea Supremă de Justiție - secția penală și secția militară; de asemenea, nu sunt supuse apelului sentințele de dezinvestire precum și încheierile date în primă instanță în legătură cu măsurile preventive, asiguratorii, de siguranță, care au un caracter autonom, acestea fiind supuse numai recursului. Asadar, din punctul de vedere al folosirii căilor de atac ordinare, cauzele penale se împart în două categorii: unele cauze sunt susceptibile de folosirea atât a apelului cât și a recursului, cuprinzând cauzele în care sentințele sunt supuse apelului; alte cauze sunt susceptibile numai de folosirea recursului, cuprinzând pe cele în care sentințele nu sunt supuse apelului.

Existând cauze care pot trece prin două căi de atac ordinare, era necesar să se facă o diferențiere între devoluția apelului, ca primă cale de atac ordinare și devoluția recursului, ca o cale de atac ce intervine după ce cauza a trecut prin judecata în apel. Noua reglementare a căilor de atac ordinare face o astfel de diferențiere, apelul devolvând cauza astăzi în fapt că și în drept, în timp ce recursul o devolvează preponderent în drept. S-a revenit astfel la reglementările tradiționale ale apelului și recursului, consacrate prin Codurile de procedură penală din 1864 și 1936. Apelul a devenit calea de

atac ordinară care promovează un control în fapt și în drept asupra hotăririi atacată. În dreptul pentru instantă de apel de a schimba soluția cauzelor în favoarea sau defavorabilă unei părți, printr-o reappreciere a probelor administrate și administrarea oricăror probe noi și printr-o reinindividualizare a sanctiunii aplicate (art. 378 Cod.proc.pen.); în cadrul limitelor determinate de persoana care a declarat apel sau la care acesta se referă și de calitatea pe care apelantul o are în proces, instantă de apel este obligată ca, în afara de temeiurile invocate și cererile formulate de apelant, să examineze cauza sub toate aspectele de fapt și de drept (art. 371 alin. 2 Cod proc.pen.).

Cauza fiind examinată în apel sub toate aspectele în fapt și în drept, este firesc că recursul să redevină calea de atac ce devolvează cauza numai în drept. În acest sens, art. 385⁶ Cod proc.pen. se prevede că "instanta de recurs examinează cauza numai în limitele motivelor de casare prevăzute în art. 385⁷ Cod proc.pen.", care cuprinde 21 de cazuri de nerespectare a legii de procedură penală și de încălcare a legii penale și civile. În lipsa unei dispozitii exprese, ca la judecata în apel, instanța de recurs nu poate da o nouă apreciere probelor și schimba astfel situația de fapt retinută prin hotărîrea atacată. Instanța de recurs poate, însă, să constate că prin hotărîrea atacată s-a omis a se lăsa în considerare unele probe administrate ori unele cereri esențiale pentru părți, de natură să influenteze soluția procesului; de asemenea, dacă s-a comis o eroare gravă de fapt prin denaturarea probelor administrative (art. 385⁸ pct. 10 și 18 Cod proc.pen.); aceste cazuri constituie, ca și sub Codul de procedură penală din 1936, aspecte de fapt ce pot fi examineate și reținute de instanța de recurs cu titlu de excepție. Caracterul formalist al recursului rezultă și din obligația pe care o are recurrentul de a depune motivele de recurs cu cel puțin 5 zile înaintea primului termen de judecată, mai ales că nu toate cazurile de casare se pot lua în considerare din oficiu. Noua reglementare a recursului aproape această cale de atac de recursul prevăzut în Codul de procedură penală din 1936, o deosebeste de apel dar și de recursul reglementat de Codul de procedură penală din 1968, ca singura cale de atac ordinară, cu devoluție atât în fapt cât și în drept.

Între cauzele penale care trec astăzi prin judecata în apel că și în recurs și cauzele penale care pot trece numai prin judecata în recurs se produce o diferențiere în ce privește controlul asupra erorilor de fapt. Într-adevăr, o dată ce recursul este o cale de atac numai în drept, înseamnă că în cauzele care nu sunt supuse decât recursului nu se poate exercita un control și cu privire la modul în care au fost apreciate probele, cum a fost stabilită situația de fapt, cum a fost individualizată sanctiunea penală. Ioan Tanoviceanu, așa cum s-a arătat anterior, criticase apelul pe considerentul că nu se aplică și cauzelor mai grave, acestea trecând numai prin controlul în drept al instantelor de recurs. Noua reglementare, tinând seama de această diferențiere nejustificată în ce privește controlul hotărîrilor instantelor judecătoresc prin căile de atac ordinare, a inovat în materie, deoarece soluția nu o găsim nici în reglementarea din 1936 și nici în legislația franceză. Astfel, în art. 385⁹ alin. 3 Cod proc.pen. se prevede că "Recursul declarat împotriva unei hotărîri care, potrivit legii, nu poate fi atacată cu apel, nu este limitat la motivele de casare prevăzute în art. 385⁹, iar instanța este obligată ca, în afara temeiurilor invocate și cererilor formulate de recurrent, să examineze întreaga cauză sub toate aspectele". De asemenea, potrivit art. 385¹⁰ alin. 3 Cod proc.pen., recursul în aceste cauze poate fi motivat și oral în ziua judecății, înălțând obligația de a depune memor cu motivele de recurs cu cel puțin 5 zile înainte de primul termen de judecata.

adoptat, astfel, pentru cauzele supuse numai căii de atac a recursului, reglementarea recursului din redactarea initială a Codului de procedură penală din 1968, potrivit căreia recursul devolua cauza atât în fapt cît și în drept, sub toate aspectele, îmbinând sarcinile apelului cu cele ale recursului. Adoptarea acestei soluții, cu privire la controlul judecătoresc printr-o singură cale de atac ordinată - recursul -, a permis, pentru rațiuni de operativitate, ca unele hotăriri privitoare la chestiuni adiacente, care erau supuse recursului, să poată fi atacate și în reglementarea actuală numai cu recurs, deși cauzele în care se pronunță, de principiu, sunt supuse și apeleului și recursului; ne referim la încheierile privind luarea, înlocuirea, revocarea și incetarea de drept a măsurilor preventive (art. 141), încheierile date cu privire la plingerile referitoare la măsurile asigurătorii (art. 168 alin.2) sau la suspendarea judecătii (art. 303 alin. 3 Cod proc.pen.).

O inovație importantă a noii reglementări în domeniul apărării drepturilor fundamentale ale cetățenilor constă în recunoașterea dreptului de recurs împotriva unor încheieri care, anterior, nu erau supuse nici unei căii de atac ordinare, cum sunt cele prin care se rezolvă plingerile împotriva măsurilor preventive luate de procuror (art. 140^a alin.4), prin care se soluționează sesizările de prelungire a duratei arestării preventive a inculpății (art. 159 alin.7) sau cererile de liberare provizorie sub control judiciar sau pe cautiune (art. 160^a alin.6 și 160^b alin.3 Cod proc.pen.); se dă astfel curs cerintei că orice hotărire asupra fondului sau asupra unor drepturi fundamentale ale cetățenilor să nu fie exceptate de la controlul judecătoresc prin intermediul unei căii de atac ordinare. Si aceste încheieri, atacabile numai cu recurs, vor devolua cauza la instanța de recurs sub toate aspectele, ca și în cazul sentințelor supuse numai recursului.

Aștăzi apelul cît și recursul promovează o reexaminare a cauzei la o instanță ieșiric superioară celei care a pronunțat hotărârea atacată; sub acest aspect ele au caracterul de căii de atac de reformare. Sub imperiul Codului de procedură penală din 1936, caracterul de cale de atac de reformare era recunoscut apelului, deoarece instanța de apel nu avea altă soluție, în cazul cînd apelul era intemeiat, decît de a reforma hotărârea atacată, schimbînd sau modificînd soluția adoptată de prima instanță. Recursului îi se recunoștea caracterul de cale de atac de anulare întrucât, pe de o parte, devolua cauza numai în drept, în temeiul unor nulități, iar pe de altă parte pentru că preponderent tindea la casarea (anularea) hotărîrii atacate, rejudecarea revenindu-i altiei instanțe; cu titlu de excepție era posibilă schimbarea soluției de către instanța de recurs. Noua reglementare îmbină și pentru apel și pentru recurs caracterul preponderent de cale de atac de reformare cu cel de cale de atac de anulare. Astfel, examinînd soluțiile pe care le poate pronunța instanța de apel (art. 379 Cod proc.pen.), se constată că soluția de bază, după admiterea apelului, este desființarea sentinței primei instanțe și pronunțarea unei noi hotărîri asupra fondului, ceea ce înseamnă schimbarea soluției din condamnare în achitare sau înacetarea procesului penal, din achitare sau înacetarea procesului penal în condamnare, ori modificarea soluției de condamnare prin schimbarea încadrării juridice sau modificarea pedepsei; cu titlu de excepție, se poate dispune rejudecarea de către instanța a cărei hotărîre a fost desființată pentru motivul că judecarea cauzei la acea instanță a avut loc în lipsa unei părți nelegal citate sau care, legal citată, a fost în imposibilitate de a se prezenta și de a întări instanța despre această imposibilitate, ori prin hotărîre nu a fost solutionat fondul cauzei. Dacă soluția de bază are caracter de reformare, soluția de excepție are caracter de anulare, căci rejudecarea cauzei se face de

prima instanță, cu un nou drept de apel al Ministerului Public și al părților. Soluția adoptată de noua reglementare este justificată, în primele două cazuri suplinindu-se, cum s-a arătat, lipsa opoziției, care ar fi atras rejudecarea cauzei la prima instanță în prezenta părții judecate în lipsă, iar pentru al treilea caz se asigură trecerea cauzei prin două grade de jurisdicție în fond. În ce privește recursul, reglementarea din 1936 făcea o deosebire între recursul de competență tribunalelor și a curților de apel și recursurile de competență Curtii de Casatie; în cazul admiterii recursului de către tribunale și curtile de apel, după casare se evoca fondul cauzei, cu posibilitatea de a se administra noi probe, după care se dădea soluția definitivă; Curtea de Casatie, însă, admitînd recursul casa hotărîrea atacată și trimitea cauza spre o nouă judecată în primă instanță sau în apel; prin derogare, atunci cînd, la situația stabilită prin hotărîrea atacată, se putea schimba soluția prin aplicarea unei alte dispoziții legale, procesul luceafără instanța supremă, fără trimitere spre rejudicare. Așadar, la tribunale și la curtile de apel recursul era o cale de atac de reformare, în timp ce pentru recursul de la Curtea de Casatie caracterul era preponderent de anulare. Noua reglementare, menținînd competența de judecată în recurs instantelor superioare celei ce pronunțase hotărîrea atacată, recunoaște acestei cai de atac ordinare un caracter mixt, de reformare dar și de anulare. Cînd hotărîrea instanței de apel este gresită, instanța de recurs, după casare, menține hotărîrea primei instanțe; pentru cazurile în care există vreuna din situațiile prevăzute în art. 11 Cod proc.pen., instanța de recurs, după casare, pronunță, după caz, achitarea sau incetarea procesului penal, fără nouă rejudicare a cauzei; pentru celelalte cazuri de casare, cu excepția cazurilor de casare cu trimitere la o altă instanță, după casare instanța de recurs procedează la rejudicare cauzei în ultima instanță; asadar, în toate aceste cazuri (art. 385¹³ lit.a, b și d) recursul este o cale de atac de reformare, deoarece instanța de recurs își impune propria sa soluție, care poate fi diferită de cea prevăzută în hotărîrea casată. Recursul are, însă, caracterul de cale de atac în anulare atunci cînd hotărîrea recursată a fost casată pentru vreunul din cazurile de nulitate absolută prevăzute în art. 197 alin.2 Cod proc.pen. în cazurile în care judecarea a avut loc, după caz, în primă instanță sau în apel, în lipsa unei părți legal citate sau care legal citată a fost în imposibilitate de a se prezenta și de a înștiința instanța despre această imposibilitate ori unei părți i s-a respins în mod nejustificat o cerere de aminicare și din această cauză nu a putut să-și facă apărarea sau prin hotărîre nu a fost rezolvat fondul cauzei (art. 385¹³ lit.c Cod proc.pen.); în aceste cazuri, prin admiterea recursului se procedează la casarea hotărîrii recurate, dar rejudicare cauzei are loc la prima instanță, atunci cînd au fost casate hotărîrea primei instanțe și cea a instanței de apel, sau la instanța de apel dacă a fost casată numai hotărîrea acestei instanțe. Pentru Curtea Supremă de Justiție caracterul de cale de atac în anulare este și mai pregnant, deoarece casarea cu trimitere se dispune și atunci cînd este necesară administrarea de probe. Renunțarea la reglementarea din 1936 cînd, în toate cazurile, recursul de competență tribunalelor și a curților de apel avea ca soluție, după casare, evocarea fondului cauzei de către instanța de recurs și introducerea în noua reglementare a soluției de casare cu trimitere spre rejudicare la prima instanță sau la instanța de apel (prin excepție și la parchet) își au o justificare teoretică și practică. În cazul nulităților absolute, pentru care vătmarea provocată prin încălcarea legii nu poate fi înălțăturată în nici un mod, refacerea actului viciat trebuie să aibă loc la instanța care a produs nulitatea absolută, căci toate actele care i-au urmat au devenit și ele nule; în

celealte situații de casare cu trimitere trebuie asigurată trecerea cauzei prin cele două grade de jurisdicție în fond, altfel prima instanță și instanța de apel ar putea judeca prin nesocotirea legii în ce privește procedura de citare, asigurarea dreptului de apărare și obligația de a soluționa cauza în fond, ceea ce contravine sarcinilor justitiei.

In fine, noua reglementare a recursului revine la vechea sa reglementare în care în lege erau prevăzute temeiurile pentru care se poate dispune casarea hotărîrii atacate. Sub Codul din 1936 recursul se putea declara pentru anumite temeiuri, reprezentind 8 nulități de formă, 9 nulități de fond (constituind erori de judecată) și 2 motive speciale decurgînd din intervenirea, după pronunțarea hotărîrii atacate, a unor cauze de înlăturare a răspunderii penale sau a unei legi mai favorabile inculpatului. Codul de procedură penală din 1968, apropiind recursul de apel, nu a mai prevăzut temeiuri de casare, obligatorior de formulat și de luat în considerare de către instanța de recurs, indicind însă aspectele sub care se face verificarea legalității și temeiniciiei hotărîrii atacate, ca obligație a instanței de recurs. Noua reglementare, abandonînd formula casării pentru "nelegalitate" și "nemteinicie", nu acceptă însă nici formula din 1936 a unor nulități de formă și de fond; cele 21 de "cazuri" de casare din actuala reglementare cuprind astăzi erori de procedură - prin nerespectarea dispozițiilor care reglementează desfășurarea procesului penal -, cit și erori de judecată, prin aplicarea greșită a legii penale sau civile sau prin neaplicarea dispozițiilor legale care trebuiau aplicate, dar într-o formulare precisă, de care trebuie să țină seama recurrentul, cînd își motivează recursul și instanța de recurs cînd se pronunță asupra recursului. Noua reglementare nu cere, ca în reglementarea anterioară, ca motivele de recurs să fie redactate într-o anumită formă, sub sanctiunea nulității recursului, 17 din cele 21 de cazuri de casare putînd fi luate în considerare din oficiu.

Se poate trage concluzia că, îmbrățișînd elemente teoretice și practice corecte, noua reglementare a căilor de atac ordinare în procesul penal român a adoptat principiul a două căi de atac succesive - apel și recurs -, cu dispoziții care amintesc de cele din 1936 și de procedura penală franceză, dar perfectionate prin înlăturarea dispozițiilor criticate în trecut și instituirea de soluții noi.

3. Modificările aduse Codului de procedură penală prin Legea nr. 45/1993 au menținut două din cele trei căi de atac extraordinare - contestația în anulare și revizuirea; cea de a treia cale de atac extraordinară - recursul extraordinar -, denumită astfel și sub Codul de procedură penală din 1936, a fost înlocuită cu recursul în anulare și recursul în interesul legii, din care însă numai recursul în anulare are contingență cu recursul extraordinar prevăzut în Codul de procedură penală din 1968, în redactarea inițială.

Contestația în anulare îndeplinește, în continuare, pentru primele două cazuri, rolul opoziției de a asigura judecata în recurs în prezenta părților; în celealte cazuri, contestația în anulare corectează o eroare de judecată a instanței de recurs, care a ignorat existența unei cauze de înlăturare a răspunderii penale pentru care existau probe în dosar; în loc să se apeleze la procurorul general pentru a introduce un recurs în anulare, se pune la dispoziția părților acest mijloc de reparare a erorii comise. Revizuirea și-a păstrat cîmpul său de acțiune, de rejudicare a cauzei în temeiul descoperirii de fapte și împrejurări necunoscute instanței la data pronunțării hotărîrii atacate, precum și atunci cînd s-a constatat săvîrșirea de infracțiuni care au influențat modul de soluționare a cauzei. Procedura contestației în anulare și a revizuirii nu a suferit schimbări importante.

Prin instituirea recursului în anulare și a recursului în interesul legii se revine, cu

diferențieri evidente, la reglementarea din 1936, care consacra, sub denumirea de recurs extraordinar, un recurs în interesul legii, care asigura o uniformă interpretare și aplicare a legilor, fără a profita părților, și un recurs în anulare al ministrului justiției, care, în caz de admitere, profita condamnatului, fără a se aduce însă atingere drepturilor obținute de partea civilă. De principiu, recursul în anulare se apropie de recursul ministrului justiției instituit prin Codul de procedură penală din 1936 și de recursul extraordinar așa cum a fost reglementat în 1968, deoarece este o prerogativă a procurorului general, în competența de judecată a Curții Supreme de Justiție, îndreptat împotriva unei hotărâri penale definitive contrare legii sau prin care s-a comis un exces de putere. În vederea desființării acesteia și a pronunțării unei noi soluții. Se deosebește, însă, de recursul ministrului justiției din reglementarea din 1936. deoarece recursul în anulare în actuala reglementare poate conduce la anularea hotărârii atât în favoarea căt și în defavoarea părților, cu consecințe directe asupra executării dispozițiilor penale și civile din hotărârea definitivă anulată. Dacă prin aceste caracteristici se apropie de recursul extraordinar reglementat în 1968, recursul în anulare se diferențiază de acesta prin restrîngerea cazurilor de aplicare. Recursul extraordinar putea fi exercitat atunci cînd, printr-o hotărâre judecătorescă definitivă, s-a produs o încălcare *esențială* a legii sau o *vădită netemeiniciie*, formula vagă, care lăsa la aprecierea procurorului general cazurile în care încălcarea legii era esențială, iar netemeinicia era vădită.

În condițiile în care s-a instituit calea de atac ordinară a apelului pentru înlăturarea erorilor de fapt și de drept și calea de atac a recursului pentru înlăturarea erorilor de drept, trebuia să se dea o mai mare stabilitate hotărârilor penale definitive, trecute prin cele două căi de atac ordinare, precizindu-se în mod concret cazurile cînd se produce o încălcare esențială a legii ca temenuri pentru introducerea unui recurs în anulare. Ca urmare, noua reglementare prevede, în art. 410 Cod proc.pen., cazurile în care hotărârile definitive de condamnare, achitare și inecitatea procesului penal pot fi atacate cu recurs în anulare, în 9 cazuri atât în favoarea căt și în defavoarea inculpatului, iar în 9 cazuri numai în favoarea acestuia. Astfel, producerea unei nulități absolute în cursul procesului penal nu mai poate constitui motiv pentru introducerea recursului în anulare dacă prin aceasta s-ar agrava situația celui condamnat, asigurîndu-se o anumită stabilitate a hotărârilor definitive în favoarea inculpatului. Așezarea Ministerului Public pe principiile legalității, imparțialității și ale controlului hierarhic, ale independenței în relațiile cu celelalte autorități publice, creează condiții ca recursul în anulare să fie introdus numai în cazurile prevăzute de lege și atunci cînd s-au produs în realitate grave erori în aplicarea legii penale și de procedura penală.

Recursul în interesul legii înlocuiește, într-o anumită măsură, deciziile de îndrumare ale Curții Supreme de Justiție, revenindu-se la reglementarea căii de atac cu aceeași denumire prevăzută în Codul de procedură penală din 1936. Potrivit art. 414¹² Cod proc.pen., procurorul general, directorul ministrului justiției, prin intermediul procurorului general, are dreptul, pentru a asigura interpretarea și aplicarea unicării a legilor penale și de procedură penală pe întreg teritoriul țării, să ceară Curții Supreme de Justiție să se pronunte asupra chestiunilor de drept care au primit o soluție diferită din partea instantelor de recurs. Decizia prin care se soluționează o asemenea sesizare se pronunță de secțiile unite ale Curții Supreme de Justiție și se aduce la cunoștință instanțelor judecătorescă, dar nu are efect asupra hotărârilor judecătorescă examineate și nici cu privire

la situația părților din proces. Asadar, îndrumările ce se dădeau din oficiu de plenul Curții Supreme de Justiție în temeiul art. 104 alin.2 din Constituția din 1965 și al art. 35 pct.2 din Legea nr. 58/1968 pentru organizarea judecătorescă, sunt înlocuite cu soluțiile date de același for judecătoresc suprem în urma unui recurs în interesul legii, având valoarea unor soluții de principiu pentru interpretarea și aplicarea unitară a legilor pe întreg teritoriul țării. Dacă în urma unei astfel de decizii rezultă o eroare gravă de aplicare a legii penale, care vătămă interesele legitime ale unei părți din proces, această eroare nu va putea fi înălțată decât printr-un recurs în anulare, dacă sunt întrunite condițiile de exercitare prevăzute de lege.

Unele schimbări se pot produce în hotărîrile penale definitive, în ce privește pedeapsa și modalitatea ei de executare, prin promovarea unor proceduri care, desigur reglementate în Titlul III al Părtii speciale a Codului de procedură penală din 1968 privind executarea hotărîrilor penale, îndeplinesc rolul unei căi de atac extraordinare. Intră în această categorie sesizările facute instanței de judecată pentru schimbarea pedepsei în caz de descoperire a recidivei, concursului de infracțiuni sau a unor acte ce intră în continutul aceleiași infracțiuni (art. 449), înlocuirea pedepsei amenzi (art. 449¹), înălțarea sau modificarea pedepsei în cazul intervenirii unei legi penale noi (art. 458 Cod proc.pen.), care duc, după rămînerea definitivă a hotărîrii penale, înainte sau în cursul executării condamnării, la schimbarea pedepsei aplicate a fi executate cu o altă pedeapsă, uneori mai gravă, alteori mai usoară. Toate aceste sesizări pentru schimbarea sau modificarea unor hotărîri penale definitive în ce privește pedepsele aplicate presupun fapte juridice descoperite ulterior rămînerii definitive a hotărîrii, ceea ce înseamnă că necunoașterea lor nu poate fi imputată ca eroare de judecată. Prin efectul lor, însă, de a produce schimbări sau modificări într-o hotărîre penală definitivă, chiar numai în legătură cu pedeapsa aplicată, aceste sesizări adresate instanței de executare îndeplinesc rolul unei căi de atac extraordinare, căci, pe de o parte, sunt îndreptate împotriva unor dispozitii cuprinse într-o hotărîre judecătorescă definitivă, iar pe de altă parte, dacă sunt admise, schimbă sau modifică aceste dispozitii cu caracter definitiv.

Așadar, în ce privește reglementarea căilor de atac extraordinare, se poate constata o revenire în legătură cu revizuirea, recursul în anulare și recursul în interesul legii la sistemul adoptat în 1936, cu perfectionările necesare, acoperind, inclusiv prin sesizările pentru schimbări și modificări în hotărîrile penale definitive, toate situațiile în care se poate interveni, fără a se șirbi din autoritatea de lucru judecat. Reglementarea noastră prezintă particularitatea de a consacra printre căile extraordinare de atac și contestația în anulare, care, pentru unele cazuri îndeplinește rolul opoziției la judecata în recurs, iar pentru alte cazuri pune la dispoziția condamnatului un mijloc eficient de a se da efect unei cauze de închidere a procesului penal.

4. Prin intermediul căilor de atac extraordinare se pot înălțura erorile judiciare din hotărîrile penale rămase definitive la prima instanță, la instanța de apel sau la instanța de recurs; așadar, sunt supuse unei căi de atac extraordinare deciziile pronunțate într-o cale de atac ordinată, dacă au căpătat caracter definitiv. Dar și hotărîrile pronunțate într-o cale de atac extraordinată ar putea cuprinde erori judiciare, de aceea și ele pot fi supuse unei căi de atac ordinare, dacă nu sunt definitive, sau extraordinare, dacă au caracter definitiv.

Astfel, decizia dată într-un recurs în anulare, în lipsa unei părți nelegal citate, poate fi atacată cu contestație în anulare, în vederea rejudecării recursului în anulare; dar și

SISTEMUL CĂILOR DE ATAC ÎN PROCESUL PENAL

decizia dată în contestație în anulare poate fi atacată cu recurs în anulare, dacă s-au încălcă dispozițiile privind cazurile de contestație în anulare. Hotărârea definitivă dată în revizuire poate fi atacată cu recurs în anulare dacă s-au încălcă dispozițiile care reglementează această cale de atac extraordinară.

Sunt însă și cazuri în care hotărârea dată într-o cale de atac extraordinară este supusă apelului și recursului, deci unei căi de atac ordinare. Astfel, revizuirea fiind de competența instanței care a judecat cauza în primă instanță, sentința dată de această revizuire este supusă apelului, afară de cazurile cînd legea prevede că este supusă numai recursului, iar decizia dată în apel în procedura de revizuire este supusă recursului; aşadar, hotărârea dată în calea de atac extraordinară a revizuirii este supusă unei căi de atac ordinare. În aceeași situație se află și contestația în anulare însemnată pe dispozițiile art. 486 lit.d Cod proc.pen., cînd este de competență primei instanțe, ipoteză în care sentința poate fi atacată cu apel, iar decizia dată în apel este supusă și ea recursului (art. 392 alin.4 Cod proc.pen.); de asemenea, sesizările privind schimbările și modificările unor hotărîri definitive, care sunt de competență primei instanțe de judecată (art. 361 și 385¹ Cod proc.pen.). Se poate astfel formula regula potrivit căreia ori de câte ori judecata într-o cale de atac extraordinară este de competență primei instanțe, hotărârea pronunțată de aceasta este supusă apelului și recursului, deci controlată pe căile de atac ordinare.

În cazul admiterii recursului și recursului în anulare cu trimitere spre rejudicare la prima instanță, sentința acesteia după rejudicare este susceptibilă de apel (cu excepțiile prevăzute în art. 361 Cod proc.pen.) și apoi de recurs; dacă trimiterea s-a făcut la instanța de apel, decizia acesteia este supusă recursului. Spre deosebire de revizuire, la care însăși hotărârea dată în calea de atac extraordinară este supusă controlului prin căile de atac ordinare ale apelului și apoi recursului, în cazul rejudicării cauzei după casare, în urma unui recurs în anulare, cauza se află din nou în ciclul ordinar al procesului penal, astfel că apelul și recursul intră în exercițiul lor firesc: calea de atac extraordinară a servit pentru înălțarea caracterului definitiv al hotărîrii penale și pentru reluarea ciclului ordinar în primă instanță, cu posibilitatea folosirii apelului, iar dacă rejudicarea a avut loc la instanța de apel, cu posibilitatea atacării deciziei cu recurs. Se poate astfel formula a doua regulă, potrivit căreia la rejudicarea cauzei, după casarea hotărîrii cu trimitere în urma unui recurs în anulare, reluîndu-se ciclul procesual ordinar, reintră în dreptul de a fi folosite căile de atac ordinare ale apelului și recursului, cu excepția cazurilor cînd trimiterea s-a făcut la instanța de recurs, a cărei hotărîre, după rejudicare, este definitivă. Definitivă este și decizia instanței de recurs care a judecat o cauză în recurs, după ce o primă decizie asupra recursului a fost anulată ca urmare a unei contestații în anulare.

NOTE

1. Vezi V. Dongoroz, în I. Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală*, vol. V, București, 1927, p.409; V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. IV, Torino, 1-2, p.456-457; Traian Pop, *Drept procesual penal*, vol. IV, București, 1948, p.372.

2. Controlul judecății constituie pentru instanța a cărei judecată urmează să îl supună controlului, un suport de a judeca cu cît mai mare grijă și o frîndă contra arbitrarului și

abuzului" (Traian Pop, *op.cit.*, vol. IV, p.338).

3. Vezi, de exemplu, art. 448-451 și 475 din Codul de procedură penală din 1936, în redactarea initială.

4. În unele lucrări de specialitate se adoptă criterii diferite pentru definirea căilor de atac extraordinare, cum ar fi continutul și întinderea controlului promovat, în sensul devoluării cauzei numai pentru anumite cazuri de încâlcare a legii (vezi R. Merle, A. Vitu, *Traté de droit criminel. Procédure pénale*, Ed. Cujas, 1979, p.794; I. Tanoviceanu, *Tratat de drept și procedură penală*, vol. V., p.417 și 501).

5. În literatura franceză i se spune recurs în *casation*, fiind de competența Curții de Casație și Justiție; în perioada interbelică, literatura noastră de specialitate folosea denumirea de recurs în *casare*, ca urmare a efectului pe care-l putea produce de a casa hotărîrea atacată.

6. În I. Tanoviceanu, *op.cit.*, vol. V, p. 437.

7. Vezi Traian Pop, *op.cit.*, vol. IV, p. 396.

8. Tratat de drept și procedură penală, *op.cit.*, vol. V, p.444.

9. În Ioan Tanoviceanu, *op.cit.*, vol. V, p.444.

10. *Op.cit.*, vol. IV, p. 395.

11. *Op.cit.*, vol. IV, p. 425. În *Curs de procedură penală*, publicat în 1937 (p. 444), I. Ionescu-Dolj scria: "Concluzia care ar trebui trasă este aceea a desființării apelului și reducerea judecății în materie corectională numai la o singură instanță".

12. Vezi R. Merle, A. Vitu, *op.cit.*, Ed. Cujas, Paris, 1967, p.90.

13. Vezi R. Merle, A. Vitu, *op.cit.*, Ed. Cujas, Paris, 1979, p. 862-863.

14. R. Merle, A. Vitu, *op.cit.*, ed. 1979, p. 866-868.

15. *Ibidem*, p. 858-860.

CONSIDÉRATIONS SUR LE SYSTÈME DES VOIES DE RECOURS DANS LA PROCÈS PÉNAL

- Résumé -

Dans la première partie de l'étude, l'auteur met en évidence les critères de l'organisation du système des voies de recours dans le procès pénal, d'une part des voies ordinaires de recours, qui détermine les degrés de la juridiction de jugement, d'autre part des voies extraordinaires de recours, dont le nombre doit être fixé au minimum possible.

Dans la deuxième partie, on fait une évaluation des traits particuliers du système des voies de recours dans l'actuelle réglementation du procès pénal roumain. L'auteur examine les particularités de notre réglementation des voies de recours ordinaires, notamment sur les deux formes du pourvoi en cassation, ainsi des voies de recours extraordinaires, surtout en ce qui concerne la contestation en annulation, ouverte aux parties du procès, et le pourvoi en annulation, formé par le procureur général, insistant sur les différences entre la réglementation roumaine et celle des autres pays.

ASPECTE PRIVIND LEGĂTURA CAUZALĂ ÎN DREPTUL PENAL

DE

NARCIS GIURGIU

1. Generalități

Spre deosebire de actul de conduită interzis și urmarea imediată de rezultat, care prin însăși natura lor trebuie să capete o formă de manifestare materială, legătura de determinare care trebuie să existe între act și orice urmare imediată, desigur se exprimă în plan obiectiv – și din acest punct de vedere aparține laturii obiective a infracțiunii – nu are și nu poate avea - *ca relație* - o existență materială distinctă și corporală. Cu toate acestea, în cazul tuturor infracțiunilor pentru a căror existență legea prevede cerința producerii unui anume rezultat material, latura obiectivă a acestor infracțiuni include printre elementele sale constitutive și relația de determinare care trebuie să existe între actul de conduită interzis, pe de o parte și urmarea imediat specifică acelei infracțiuni, pe de altă parte.

Datorită acestui caracter pur relational, normele incriminatoare nu prevăd niciodată în mod explicit legătura cauzală ca un element constitutiv al faptei penale, înțelesul ei fiind însă totdeauna implicit.

În sensul cel mai general, prin cerința acestui element în teoria dreptului penal se înțelege necesitatea ca între acțiunea sau inacțiunea ilicită și rezultatul material prevăzut de lege (ambele ca elemente constitutive ale aceleiași infracțiuni) să existe o legătură de determinare de la cauză (actul de conduită) la efect (urmarea imediată).

Într-un sens mai strict, prin cerința sus-amintită, înțelegem necesitatea stabilirii între actul de conduită interzis (care poate fi comisiv sau omisiv) și rezultatul ilicit prevăzut de o anumită normă penală, a unei legături de o asemenea natură încât urmarea respectivă să spără ca rezultatul unei *determinări obiective*, indiferent dacă această determinare se realizează *printr-o simplă relație de la cauză la efect* sau prin intermediul unor alte categorii filosofice care implică *desfășurarea cu necesitate a unor fenomene* (posibilitate-realitate, necesitate-intimpare).

Problema stabilirii unei legături de determinare între actul de conduită și rezultatul material al infracțiunii este, în general, rezolvată fără mari dificultăți în practică, atunci când în desfășurarea lor obiectivă atât actul de conduită, cât și rezultatul nu se integrează

în contexte mai complicate, de natură a implica fie o antecedentă cauzală plurală, fie o multitudine de urmări materiale, cum ar fi, de pildă, cazul infracțiunilor de omor comise de către o singură persoană în condiții ce relevă, cu simplitate și evidență, că moartea este și nu poate fi decât urmarea actiunii autorului.

Chestiunea se complică, însă, în acele cazuri în care antecedenta materială a rezultatului include manifestarea prin actiuni sau inacțiuni a mai multor persoane, iar acestea intră, eventual, și în concurență cu forte sau energii materiale ori evenimente exterioare actului ilicit - situație în care desprinderea valorii de determinare a actului ilicit și stabilirea legăturii sale cu rezultatul devine uneori deosebit de dificilă.

2. Teorii privitoare la raporturile de cauzalitate

Implicitu-se firesc în arsenalul problemelor filozofice și răspunzînd la variate și insisteante solicitări din partea jurisprudentei ultimelor secole, literatura de specialitate a preconizat și formulat mai multe teorii cu privire la rezolvarea legăturii dintre actul ilicit și rezultatul ilicit. Le vom trece în revistă pe cele mai importante:

I. Teorile clasice

Teorile clasice s-au împărțit în două curente:

- primul susținînd teza monistă, potrivit căreia rezultatul nu poate avea decît o singură cauză, orice alte contribuții umane sau împrejurări care să arăte integra în antecedenta cauzală neavînd decît valoare unor simple condiții, fără vreo semnificație juridico-penală;
- al doilea susținînd teza pluralistă, potrivit căreia efectul se poate datora și unui concurs de cauze.

A. Currentul intemeiat pe teza monistă și-a găsit - în raport cu criteriile folosite pentru determinarea cauzei - exprimare în mai multe teorii, dintre care mai importante sunt următoarele:

Teoria *cauzei eficiente* care susține că din ansamblul elementelor care preced efectul trebuie considerată drept cauză numai aceea care a declansat procesul de determinare, creînd pentru celelalte condiții premergătoare aptitudinea de a contribui la producerea rezultatului.

Teoria *cauzei preponderente* care susține că trebuie considerată drept cauză numai acea energie sau fenomen premergător care a contribuit în mod hotărîtor la producerea rezultatului.

Teoria *cauzei proxime* care susține, dimpotrivă, că nu poate fi cauză decît acel fenomen sau energie care a precedat nemijlocit rezultatul indiferent de valoarea sa contributivă la declansarea sau susținerea cursului de evenimente ce au dus la acesta;

- Teoria *cauzei adevărate sau tipice* apare ca cea mai importantă dintre teorile moniste, încercînd să înălăture neajunsurile celorlalte teorii, care fie punneau accentul pe veriga de declansare ce putea fi întîmplătoare (deci lipsită de semnificație în procesul declansat) fie căutau să introducă, în prim plan, criterii de evaluare cantitativă (cum este cazul teoriei cauzei preponderente), greu determinabile și echivoce, fie limitau cauzalitatea la ultima verigă ce în multe cazuri nu reprezintă decît produsul unei determinări decise anterior.

În esență, teoria cauzei adevărate sau tipice susține că trebuie considerată drept cauză

LEGĂTURA CAUZALĂ ÎN DREPTUL PENAL

numai acea condiție anterioară rezultatului care este, prin natura ei, proprie sau aptă să producă acel rezultat.

Prin urmare, o conduită umană capată caracter cauzal numai dacă conduce în mod obișnuit, normal și firesc la un anumit rezultat.

Evident, teoria cauzei adecvate sau tipice este în măsură să rezolve problema cauzalității sau a atribuirii obiective a unor rezultate acelor fapte cu caracter ilicit care în mod tipic produc rezultatele respective, cum ar fi, moartea victimei în caz de împușcare sau zdrobire a capului cu un corp contodent etc. și distrugerea unui imobil sau a unei recolte prin incendiere etc.

Teoria acuzei adecvate devine însă inoperantă exact în acele cazuri în care experiența comună și desfășurarea tipică a fenomenelor nu mai intervine, cauza trebuie să fie identificată dintr-un ansamblu de manifestări umane sau fenomene mai puțin clare și tipice.

Pe de altă parte, teoria cauzei adecvate sau tipice este criticabilă ca și celelalte teorii moniste, pentru că încearcă să rezolve problema determinării cauzale prin prisma unei singure cauze, deși realitatea vădese, de regulă, o antecedentă complexă a rezultatului și pentru că, în genere, nu valorifică în mod corect în planul cauzalității situațiile în care contribuția unor persoane la săvârsirea faptelor de rezultat, deși vinovate, se poate limita numai la o simplă declanșare a fenomenelor ce angajează rezultatul ori, deși fiind precumpăratoare în producerea efectului nu ar apărea și ca tipice.

B. În cadrul curentului pluralist - care pleacă de la concepția că rezultatul are întotdeauna o antecedentă cauzală contributivă complexă – cea mai cunoscută teorie este aceea a *condiției sine qua non sau a echivalenței condițiilor cu cauzele*.

După cum indică și denumirea sa, această teorie se întemeiază pe trei postulate esențiale:

- cauzalitatea este, de regulă, plurală;
- trebuie considerată cauză orice condiție premergătoare fără de care rezultatul nu s-ar fi produs;
- toate evenimentele premergătoare rezultatului și fără de care acesta nu s-ar fi produs au o valoare contributivă egală, prin urmare, nu se poate stabili o ierarhie sub raport contributiv între cauze și condiții.

Teoria condiției sine qua non sau a echivalenței condițiilor cu cauzele are merită incontestabile.

În primul rînd, ea atrage atenția asupra împrejurării că în marea majoritate a cazurilor, cauzalitatea presupune o antecedentă contributivă complexă, o pluralitate de cauze.

În al doilea rînd, la stabilirea legăturii de cauzalitate, în procesul penal, trebuie să se țină seama de toate condițiile care au precedat rezultatul și l-au făcut posibil, indiferent dacă valoarea lor de determinare a fost mai mare sau mai mică, esențial fiind ca în lipsa lor procesul de determinare însuși și producerea rezultatului să nu fi avut loc.

Teoria amintită are însă și un neajuns, prin aceea că, nesocotind deosebirea dintre cauze și condiții, pune pe același plan acte de conduită cu valori contributive esențial diferite.

Din acest punct de vedere, ea nu permite instituirea unei metodologii utile pentru a distinge fapta autorului unei crime de fapta complicelui său (care doar a ajutat la

săvîrsirea faptei) și prin echivalarea mecanică a cauzelor cu condițiile atrage o largire considerabilă și neintemeiată a cîmpului răspunderii penale și față de acele persoane care desă au creat una din condițiile premergătoare rezultatului, valoarea contributivă a acesteia nu a fost esențială în declansarea procesului de determinare.

II. Teorii moderne asupra cauzalității

A. Formulată de A.A. Piontovski în 1924 și susținută de mai mulți autori, printre care și L. Biro și M. Basarab în tara noastră (Curs de drept penal, partea generală, București, 1963), *teoria cauzalității necesare* consideră că dintre antecedentele unui rezultat nociv trebuie să fie concretizată drept cauză acea acțiune sau inacțiune care a determinat cu necesitate producerea lui, iar nu în mod întâmplător (prinț-o cauzalitate întâmplătoare).

Pentru stabilirea caracterului logic al cauzalității necesare trebuie să se constate inevitabilitatea transformării obiective a cauzei în efect, cauzalitatea necesară urmând a fi identificată prin aplicarea criteriului suplimentar al relației, posibilitate reală - necesitate.

Cum ambele criterii se intemeiază, în fapt, pe aceeași deosebire dintre necesitate și întâmplare, complinirea lor apare ca neconcludentă și dificilă, teoria cauzalității necesare negând implicit rolul condițiilor și evident, al întâmplării.

În sfîrșit, s-a mai obiectat că în materia exprimărilor umane pe cale infracțională - unde determinările cauzale au, de regulă, un caracter întâmplător - aplicarea binomului necesitate - întâmplare ar apare ca o eroare¹.

B. *Teoria posibilității reale*, susținută de civilistul rus O.S. Ioff² propune drept criteriu folosirea categoriilor filozofice de posibilitate - realitate, ca momente hotărîtoare ale procesului de determinare cauzală, susținîndu-se că înainte de a se transforma în realitate orice fenomen apare ca o posibilitate, care într-o primă etapă apare ca abstractă, iar ulterior reuneste premisele viitoarei sale desfășurări, devenind posibilitate reală. Această teorie recunoaște valoarea cauzală cu semnificație juridică numai celor fapte care au generat, în mod nemijlocit, rezultatul sau au creat posibilitatea reală a trecerii posibilității în realitate.

Prin urmare, pot fi implicate atât faptele care au transformat posibilitatea în realitate, cât și faptele care au creat posibilitatea reală a acestei transformări.

Întrucît transformarea posibilității în realitate se realizează și cu ajutorul condițiilor (nu numai a cauzelor), teoria aceasta a fost criticată, în primul rînd, pentru faptul că nu formulează nici un criteriu plauzibil cu ajutorul căruia să fie deosebite cauzele de condiții.

Unii autori, printre care A.N. Trainin³, critică teoria posibilității reale și pentru motivul că apelează la categorii filozofice care nu pot servi la identificarea unor relații de tip cauzal, fără a observa însă că aceste categorii pot servi la surprinderea unor laturi esențiale ale procesului de determinare pe care îl implică un curs necesar de desfășurare a evenimentelor, de tipul celor infracționale.

C. Una din teorile importante, susținută la noi de V. Papadopol (în "Principii de drept", București 1985, pag. 543 și urm.) este cea emisă de cunoscutul penalist rus A.N. Trainin⁴, sub denumirea de *teorie a condiției necesare*.

Teoria condiției necesare, în fapt, o variantă în luare a teoriei condiției sine qua non, preconizează concepția potrivit căreia trebuie considerată drept cauză orice condiție necesară pentru producerea rezultatului. În scopul determinării necesității condiției -

deci, a caracterului ei de condiție sine qua non- A.N. Trainin propune o metodologie în doi timpi, primul de "izolare artificială a diferitelor antecedente cauzale" pentru a retine numai faptele omenesti, al doilea, de stabilire a "gradului de cauzare" a acestor fapte, verificindu-se prin eliminarea lor ipotetică succesivă, dacă urmarea imediată s-ar mai fi produs sau nu în lipsa lor.

Teoria condiției necesare a fost criticată pe argumentul că pînă la urmă condiția necesară se identifică cu oricare din condiții și poate antrena la răspundere, persoane ale căror acte de conduită, deși se situează în afara procesului de determinare au contribuit la conditionarea acestuia.

Teoria condiției necesare a mai fost criticată și pentru faptul că ar privi cauzalitatea infracțională ca o legătură de tip mecanic, fizic, chimic sau biologic, îndepărând din complexul antecedentelor penale acele verigi sau elemente care, deși au un caracter extrauman ar putea, printr-o examinare de ansamblu, să pună corect în evidență adevărata valoare contributivă a conduitei penale cînd intervine și aceasta în antecedenta cauzala.

D. În sfîrșit, o altă teorie în materie - preluată aproape de toti autorii români moderni - aparține celebrului penalist român V. Dongoroz' care, sustine că problema legăturii de cauzalitate, ca element al laturii obiective a infracțiunii, nu poate fi rezolvată corect decît tinindu-se seama de specificul actului de conduită interzis, ca manifestare obiectiv - subiectivă, adică luindu-se în considerare și procesele psihice ale făptuitorului.

Teoria mentionată a fost dezvoltată de diversi autori, cristalizîndu-se pînă la urmă, într-o normă metodologică potrivit căreia cercetarea cauzei rezultatului socialmente periculos și soluționarea problemei legăturii de cauzalitate ca element al infracțiunii, implică cercetarea faptei atât sub aspectul manifestării exterioare, cît și sub acela al proceselor psihice care au stat la baza acestei manifestări.

Accastă cercetare complexă are ca scop identificarea cauzei care a produs rezultatul socialmente periculos și, deci, stabilirea existenței legăturii cauzale, iar nu stabilirea vinovăției persoanei respective pentru producerea rezultatului, operațiune care are loc ulterior, după stabilirea legăturii de cauzalitate⁶.

Desigur, teoria la care ne referim introduce în perimetru problematicii cauzalității ideea deosebit de valoroasă, potrivit căreia, elementele de ordin subiectiv pot fi utilizate în procesul identificării gradului de implicare obiectivă a persoanei față de un anume rezultat material, mai ales atunci cînd această implicare nu capătă evidență unei determinări obiective indisputabile.

Ceea ce apare însă oarecum echivoc sau, mai exact, neclar în această teorie este faptul dacă autorii și susținătorii ei angajează elemente de ordin subiectiv, într-o implicare nemijlocită, în procesul de cauzalitate sau se rezumă numai la schițarea unei metodologii, care servindu-se atât de elementele de ordin subiectiv, cît și de cele obiective, încearcă să stabilească valoarea contributivă a conduitelor umane în planul desfășurării obiective a fenomenelor, *păstrînd distinctia necesară între imputabilitate și cauzalitate*.

Prima acceptie ar antrena inmixtiunea unor elemente subiective în explicarea unor mecanisme cu caracter eminentemente obiectiv și ne-ar conduce la o relativizare extremă a soluțiilor posibile, cea de a doua, la formularea unei metodologii, care, însă, ar presupune rezolvarea identificării legăturii cauzale în strînsă legătură cu aceea a laturii

subiective, deci a vinovăției.

Considerăm că, în realitate, departe de a evoluă spre o înțelegere de tip subiectiv, teoria vizată trebuie doar spre elaborarea unei metodologii complexe, potrivit căreia, la identificarea cauzei pot fi utilizate și elemente de ordin psihic.

În orice caz, credem că procesele determinative ce interesează legătura dintre infracțiune și rezultatul său nu pot fi compuse și din elemente subiective, dar identificarea lor corectă, sub aspectul valorii contributive poate face necesară considerarea elementelor de ordin subiectiv, sub imperiul cărora a acționat făptitorul sau alte persoane ce au concut la antecedenta cauzală.

3. Orientări metodologice pentru stabilirea legăturii de cauzalitate

Observarea atentă a problematicii cauzalității - atât de variat și de insistent frecventată de numerosi autori - ne-a condus la cîteva observații cu caracter general, care prezintă un mare interes în formularea unei concepții și metodologii clare în materie.

I. O primă observație este aceea că, deși noțiunea de "legătură cauzală" sau "raport de cauzalitate" nu este de natură să releve decît cea mai simplă relație de determinare dintre obiecte și fenomene, relație aproape imposibil de întîlnit chiar și în cele mai simple manifestări infracionale de rezultat (infracțiunea de omor, de pildă, comisă în cei mai simpli termeni, presupunind de fapt o succesiune complexă de fenomene de la cauză la efect, cursul desfășurării acestei succesiuni, implicând actul de lovire, lezarea unor organe vitale, suspendarea unor funcții vitale și apoi instalarea proceselor letale), totuși, majoritatea autorilor s-au cantonat pe teritoriul utilizării acestei relații. Ori, este evident că, dacă relația de la cauză la efect este de natură să pună în evidență un raport de determinare, acest raport capătă, în majoritatea manifestărilor infracionale, caracterul mult mai complex, al unui *curs necesar de desfășurare*, numai capetele procesului fiind reprezentate, la început de actul sau actele de conduită ilicite (sau chiar de alte fenomene), iar la sfîrșit, de rezultatul nociv.

Alteori, actul de conduită interzis poate interveni chiar pe parcursul desfășurării unui curs necesar de fenomene, în care determinarea evoluează liniar sau complicat, putindu-și schimba atât intensitatele, cât și ritmurile. În alte cazuri, actul de conduită (omisiv) evită să se interpună pentru a întrerupe curgerea unui astfel de proces (ca în cazul omisiunii de a se salva un om de la încercare, de a hrăni un copil handicapă etc.). Cazurile de acest fel, complicate uneori cu intervenția și a altor acte de conduită umană, energiei naturale sau chiar simple întâmplări nu pot fi, în nici un caz, rezolvate pe schema simplist - reductivistă a raportului de cauzalitate, care pare a fi în mod evident depășită, deschiderea sa situându-se vădit sub nivelul complexității fenomenelor menționate.

Din punctul de vedere al acestei observații se impun cel puțin două consecințe:

- prima, impune o schimbare a terminologiei însăși, din problema "cauzalității" în favoarea problemei "determinării", natura elementului studiat indicind, prin însăși esența sa, că tine de domeniul mai larg al determinării, iar nu al legăturii cauzale, care reprezintă doar una din corelațiile ce o pune în evidență;

- a doua, impune o orientare evident pluralistă, prin utilizarea acelor noțiuni sau categorii filosofice, care în raport cu specificul manifestărilor infracionale cercetate sunt de natură să pune în evidență legătura de determinare.

Arsenalul filosofic este în această privință foarte larg.

II. O altă observație se referă la aceea că, deși majoritatea teoriilor existente au reușit – ce-i drept cu unele limite – să contribuie la rezolvarea soluționării problemei în discuție, criteriile oferite sunt de *aplicabilitate practic relativă*.

Prin urmare, toate aceste teorii *au avut și nu au avut dreptate*. Au avut dreptate, pentru că, prin intermediul utilizării exclusive a unor noțiuni și categorii filosofice, au reușit să pună în evidență unele laturi ale determinării cauzale; nu au avut dreptate, pentru că soluțiile oferite – fie mult prea large, fie prea înguste – nu au fost capabile să epuizeze variantele aspectelor ridicate de practica judiciară.

Din examinarea numeroaselor teorii și critici elaborate pentru determinarea legăturii cauzale în știința dreptului penal, reiese că acestea se înscriu pe o paletă foarte largă, *teoria cauzei necesare fixând sfera cea mai restrinsă* de incidentă, iar *teoria cauzei echivalenței condițiilor* – cea mai largă.

Practica judiciară autohtonă, s-a orientat spre o zonă ce se află la interferența acțiunii teoriei cauzei adecvate cu cea a echivalenței condițiilor cu cauzele. În mod practic, s-a ajuns la soluția că dacă fără intervenția unei anume acțiuni sau inacțiuni, rezultatul nu s-ar fi produs, aceasta are valoare cauzală.

Practica judiciară occidentală aflată sub influența ideilor liberale, care au impus cerința asigurării unei protecții superioare în sfera represiunii penale s-a orientat cu precădere spre teoria cauzei adecvate, legind pe acest fundament și unul din temeiurile responsabilității penale.

Astfel, după cum observă Henri D. Bosly și alții⁷, Comisia instituită pentru elaborarea proiectului noului cod penal belgian a apreciat chiar utilitatea consacrării criteriului cauzalității adecvate (actul trebuie să fie în mod normal de natură să producă vătămare), ceea ce ar marca și diferențierea necesară între responsabilitatea penală și cea civilă, materie în care predomină criteriul echivalenței condițiilor (legătura cauzală este stabilită atunci cînd, în absența greselii, prejudiciul nu s-ar fi produs aşa cum s-a produs).

În perspectiva unei viitoare evoluții a practicii judiciare penale românești, pe linia unei căi mai depline respectări a libertăților și drepturilor omului, credem că se vor produce și la noi mutații asemănătoare.

Cu toate acestea, apreciem că o consacrare legislativă la nivel de concepție monopol, a unuia din numeroasele criterii elaborate de gîndirea filosofică, ar prezenta pe de o parte pericolul redogmatizării pe alte baze ale dreptului penal, iar pe de altă parte, pe acela al instituirii unui model legal de abordare, greu sau chiar imposibil de adecvat la multitudinea și varietatea aspectelor de ordin concret sub care se poate infița procesul de determinare al rezultatului socialmente periculos.

În lipsa identificării unui alt criteriu mai pertinent, credem, însă, că în activitatea de rezolvare practică se recomandă primul, acela al cauzei adecvate, incidenta criteriului echivalenței cauzelor cu condițiile în materie penală putînd da loc unor grave excese.

Din punctul nostru de vedere și tinând seama de observațiile de mai sus, credem că o metodologie corect adaptată la necesitățile identificării legăturii de determinare dintre conduită interzisă și urmarea imediată ar trebui să tină seama de următoarele exigențe:

A. Dat fiind caracterul complex și variat al legăturilor de determinare ce pot caracteriza relația dintre actul de conduită interzis și urmarea nocivă, legături ce nu sunt și nu pot fi puse întotdeauna în evidență prin intermediul relației de la cauză la efect (în

fond, cea mai simplă și elementară relație de determinare), abordarea chestiunii în discuție trebuie făcută de pe poziția unei înțelegeri mai ample și anume a *conceptului de determinare*, singurul în măsură să exprime esența proceselor ce se produc în orice curgere necesară a unor fenomene obiective.

B. Intrucât procesul de determinare, declanșat și finalizat prin intermediul actelor infracționale de rezultat, depășeste prin esența și amplitudinea sa un simplu raport de la cauza la efect, implicind deseori antecedente din cele mai complexe, cu posibile suprapunerile chiar și a unor acte sau energii naturale survenite, identificarea acțiunilor sau omului uman, care au contribuit efectiv la declansarea, menținerea și finalizarea acestui proces, trebuie realizată prin intermediul oricărora dintre categoriile filosofice și măsură să relevă valoarea contributivă a actului analizat în raport cu datele concrete ale azuții.

Cu alte cuvinte, indiferent care dintre categoriile filosofice: cauză-efect, necesitate-intâmplare, posibilitate-realitate, condiție sine qua non, condiție adecvată etc., va pune în evidență un raport de determinare între actul ilicit și rezultatul nociv, se va conchide că din punct de vedere obiectiv, urmarea poate fi atribuită făptuitorului, fie în calitate de autor, fie de coautor sau complice.

C. În cazul spetelor de mare complexitate, cind prin natura lucrurilor trebuie luate în discuție mai multe activități umane premergătoare rezultatului, aceste activități putând intra, uneori chiar în concurență cu diverse energii naturale, identificarea legăturii obiective dintre actul de conduită interzis și rezultat nu se poate rezuma numai la stabilirea proceselor determinative propriu-zise (acestea privind doar răspunderea ce ar trebui, potrivit legii penale, autorilor și coautorilor), ci și la stabilirea proceselor obiective de conditionare a declansării, menținerii și finalizării cursului necesar de evenimente, (în ce privește conturarea răspunderii penale a complicitelor). Prin urmare, însăși legea penală prin structura răspunderii pe care o atribuie, pe de o parte, autorului faptei (cel care o săvârșeste), pe de altă parte complicitelor (cei care ajută sau înlesnesc să însirea ei), obligă la efectuarea unei distincții între *determinarea propriu-zisă și conditionarea acestei determinări*.

D. Procesele psihice ale făptuitorului nu se pot integra niciodată în procesele de determinare sau conditionare obiectivă a rezultatului, acestea din urmă - deși reflectă subiectivitatea umană și chiar servesc la exteriorizarea ei - constituindu-se exclusiv din elemente exclusiv materiale.

Cu toate acestea, sub raport metodologic, cunoașterea exactă a poziției subiective a unei persoane în raport cu faptele și evenimentele care au dus la producerea unui rezultat, pot pune în evidență legături obiective de determinare surprinzătoare și care în lipsă învestigării celor psihice ar scăpa implicării penale.

Astfel, în cazul în care făptuitorul aduce victimă în stare de ebrietate completă și o abandonează pe carosabilul unei artere mai puțin circulate, dar în speranță că "din intâmplare" ea va fi totuși accidentată de cineva, răspunderea sa obiectivă și subiectivă va fi integral realizată dacă evenimentele se vor desfășura pînă la urmă în modul dorit. Într-o asemenea ipoteză, categoria filosofică de "intâmplare", nesemnificativă în alte cazuri, va fi suficientă pentru a pune în evidență procesul de determinare necesar pentru existența laturii obiective (intâmplarea fiind, de altfel, și ea o formă de manifestare a necesității, dar într-o altă ordine.).

LEGĂTURA CAUZALĂ ÎN DREPTUL PENAL

Sub raportul aplicării acestei metodologii, este posibilă tragerea la răspundere penală chiar și a acelei persoane care prin activitatea sa premergătoare producerii rezultatului se situează, din punct de vedere al valorii contributive, la nivelul unei condiții, dacă în lipsa acesteia întregul curs de desfășurare a evenimentelor și deci procesul de determinare a rezultatului nu ar fi avut loc.

În aceste situații, cind autorul a actionat singur, iar actul ilicit a functionat ca o condiție necesară (*sine qua non*) și conștientă a producerii rezultatului infracțional, răspunderea penală a făptuitorului se va stabili la nivel de autor, acestuia revenindu-i – din punct de vedere obiectiv și subiectiv – întreaga răspundere a urmării.

În cazul în care însă, actul de conditionare intervine pe lîngă fapta determinantă a autorului, răspunderea penală a agentului care a creat condiții *sine qua non* nu se va putea ridica mai sus de nivelul răspunderii penale a unui complice.

Desigur, cu totul alta va fi soluția pentru cazul în care, prin actul comis, făptuitorul nu urmărește în mod direct rezultatul, ci creează o condiție hotărîtoare, indispensabilă, pentru ca o altă acțiune conjugată să devină aptă în a-l produce (ca de pildă, în cazul persoanei care imobilizând victimă creează posibilitatea autorului să o ucidă). În ipoteza analizată, condiția dată, inoperantă prin ea însăși de a crea posibilitatea reală a faptei, capătă o legătură atât de strânsă cu rezultatul prin intermediul faptei conditionate, încit apare drept o cerință indispensabilă a acesteia și deci ca parte integrantă a unei adevărate coacțiuni.

Răspunderea penală în asemenea cazuri nu poate fi decit aceea a coautorului, chiar dacă numai unul din cei doi coautori realizează acțiunea tipică, prevăzută de legea penală pentru existența infracțiunii de omor.

E. Metodologia stabilirii legăturii de determinare în cazul infracțiunilor omisive prezintă aspecte proprii.

Intervenind în cazul încalcării unor dispoziții onerative, cind legea penală instituie obligația de a face, legătura obiectivă dintre abtinere și urmarea imediată trebuie să apară întotdeauna ca o condiție negativă necesară a apariției acesteia. Cu alte cuvinte, abtinerea agentului în raport cu urmarea intervenită trebuie să prezinte, în contextul derulării evenimentelor, o asemenea importanță încit – în condițiile în care aceasta ar fi dat curs comenzii legii – urmarea nu s-ar fi produs. Omisiunea – fie că se produce singură, fie prin cumularea ei cu alte omisiuni (cind mai multe persoane au obligația de a interveni, ca în cazul asigurării siguranței circulației feroviare) – trebuie să aibă întotdeauna caracterul unei omisiuni hotărîtoare pentru generarea rezultatului, deci a unei condiții negative, *sine qua non*.

Într-adevăr, cum în cazul infracțiunilor omisive, rezultatul infracțional se produce ca urmare a unui proces de determinare pe care autorul faptei avea obligația a-l impiedica să se manifeste sau să se finalizeze, omisiunea nu poate apărea niciodată sub infățișarea unei cauze a acestui proces și nici a unei condiții active, ci numai în poziția unei condiții negative, de neintervenire în vederea impiedicării sau prevenirii declansării sau desfășurării unei succesiuni de evenimente vătămatătoare.

De aceea, în materia infracțiunilor omisive, răspunderea penală îmbracă, de regulă, formula autoratului, toate condițiile negative hotărîtoare ce s-ar conjuga în înlesnirea producerii rezultatului nepuțind avea, din punct de vedere juridic, decit această valoare.

Din acest punct de vedere, trebuie considerată, pe de altă parte, atât posibilitatea

cuplări cauzale a unor acțiuni cu inacțiuni, cît și, pe de altă parte, a departajării, în cadrul unui cumul de inacțiuni, a celor indispensabile de cele nesemnificative.

În primul caz, faptuitorii vinovați de conjugarea unor acțiuni cu omisiuni esențiale (ca în cazul colaborării dintre un terorist și un acar de cale ferată, în vederea înlesnirii unei coliziuni feroviare), vor răspunde în calitate de coautori, în cel de-al doilea, nu va putea fi angajată decit răspunderea celor vinovați de omisiuni esențiale.

De remarcat că, în cazul omisiunilor infractionale, acestea desă capătă în raport cu rezultatul (pe care nu-l mai preîntîmpină) caracterul unor condiții negative, înscrierea lor în procesul determinării rezultatului se produce în mod suficient din unghiul unei implicări necesare a transformării posibilității în realitate, ca, de pildă, posibilitatea ciocnirii unor trenuri într-o catastrofă reală, obligația agentului fiind tocmai aceea de a împiedica o astfel de transformare.

Promovarea acestei metodologii, de departe de a atrage negarea sau confirmarea în bloc a teoriilor formulate pînă în prezent, acceptînd incidenta lor relativă, nu implică în niciun caz o manieră eclectică. În esență, concepția noastră consideră cauzalitatea penală un enomen complex și diferențial, astfel încît legăturile determinative sau de conditionare care conduc la rezultat, oferind laturi specifice din cele mai diverse, trebuie să angajeze o investigare complexă, prin utilizarea celor mai variate și adecvate mijloace, evitînd atât formulele cu caracter prea general cît și pe acelea cu caracter reductionist.

NOTE

1. C. Bulai, *Drept penal*, partea generală, pag. 112 (1987).
2. *Răspunderea în dreptul civil sovietic*, 1956, pag. 251 și urm.
3. *Teoria generală a continutului infracțiunii*, București, 1956, pag. 143 și urm.
4. *Op.cit.*, pag. 143 și urm.
5. *Op.cit.*, pag. 221 și urm.
6. A se vedea C. Bulai, *Drept Penal*, partea Generală, vol. 1, Casa de Editură și Presă "Sansa" SRL, București, 1992, pag. 138.
7. Reforme du code pénal, observations et commentaires des membres de la Faculté de Droit et de I.U.C.L. au sujet du "Rapport sur les principales orientation de la réforme de la Commission de revision du code pénal", Université de Catholique de Louvain, Document de travail nr. 12/1982.

DES ASPECTS DU RAPPORT CAUSAL EN DROIT PENAL

- Résumé -

Après avoir passé en revue quelques-unes des plus avancées théories sur la causalité, l'auteur remarque que la théorie de la cause adéquate jouit d'une grande attention dans la jurisprudence pénale occidentale alors que la jurisprudence de droit civil préfère la théorie de la condition sine qua non, en considérant que cette dernière présente des aptitudes supérieures de protection des intérêts des personnes préjudicierées par des faits civils.

L'auteur apprécie, essentiellement, que c'est grâce au caractère complexe et différencié de la causalité – celle-ci s'exprimant plus exactement par concepts de détermination ou procès déterminatif plutôt que par l'intermédiaire de simples relations de cause à effet que la majorité des théories lancées dans le domaine du droit pénal ont une applicabilité pratique relative, la théorie des causes nécessaires fixant la sphère la plus restreinte et la théorie de l'équivalence des conditions et des causes l'incidence la plus large.

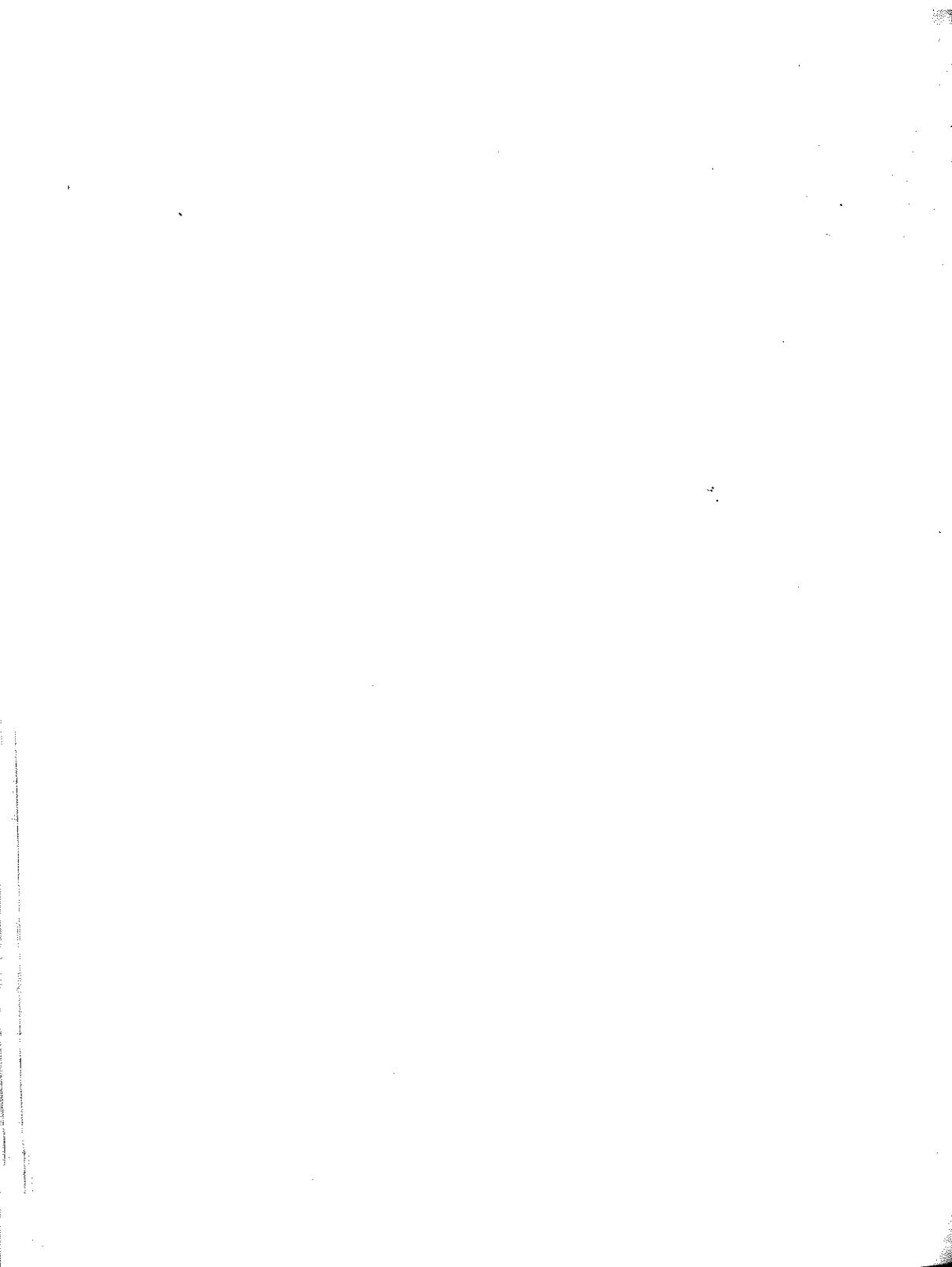
Par conséquent, bien que celles-ci ne relèvent pas d'aptitudes d'applicabilité générale, si l'on les considère en partie ou en concurrence elles peuvent servir au fondement des liens déterminatifs entre l'acte délictueux et le préjudice de droit pénal dans la mesure où elles réussissent à mettre en évidence certains procès ou côtés de la détermination.

A partir de ces prémisses, l'auteur propose d'abord un changement de terminologie dans le sens du remplacement du lien de causalité avec celui de détermination et ensuite l'acceptation de n'importe quelle théorie connue si par cette méthodologie sont mis en évidence des procès, des moments ou des côtés de la détermination objective entre le fait pénal et le résultat.

On mentionne ainsi les catégories philosophique de cause-effect nécessité-hasard, possibilité-réalité, condition sine qua non-condition typique, condition efficiente, l'énumération n'étant pas limitative.

Au cas des infractions omissives, où le lien entre l'abstention et le préjudice de droit pénal, se reflète par l'intermédiaire de certains conditionnements négatifs essentiels, on pourra imputer le résultat à l'agent non parce qu'il contribué au déclenchement ou l'entretien d'un cours nécessaire de phénomènes mais parce qu'il n'est pas intervenu dans la prévention ou l'empêchement de son déroulement.

La catégorie philosophique de la condition présente à son tour une grande utilité pratique vu que, au cas de certaines déterminations complexes, c'est la seule en mesure de différencier les actes d'exécution de ceux de complicité.



DREPTURILE PROCESUAL - PENALE ALE PĂRȚII VĂTĂMATE ÎN DESFĂȘURAREA PROCESULUI PENAL

DE

TUDOREL TOADER

Dintre participantii la activitatea procesual penală, partea vătămată ocupă o poziție deosebită. În majoritatea cazurilor, persoana vătămată cunoaște cel mai bine fapta săvârșită și elementele acesteia, iar pentru anumite infracțiuni are dreptul exclusiv de a dispune cu privire la activitatea procesual penală.

Drepturile procesual-penale ale părții vătămate sunt consacrate și pot fi exercitate numai în latura penală a cauzei. Natura și intinderea acestor drepturi este diferită după cum, pentru infracțiunea care face obiectul activității judiciare, acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu sau la plingerea prealabilă a persoanei vătămate.

I. Drepturile procesual-penale ale părții vătămate în cazul infracțiunilor pentru care acțiunea se pune în mișcare din oficiu

Partea vătămată are dreptul de a participa la efectuarea unor acte de urmărire penală, participare care se poate realiza în mod direct, nemijlocit sau printr-un reprezentant. Când reprezentantul părții vătămate cumulează și calitatea de avocat, acesta are dreptul să asiste la ascultarea părții pe care o apără, la efectuarea de cercetări la fața locului, perchezitii și autopsii precum și la prelungirea duratei arestării preventive. La efectuarea altor acte de urmărire penală acesta poate asista cu încuviințarea organului de urmărire penală (art. 173 alin. 1 Cod proc.pen.). Potrivit prevederilor art. 129 alin. 2 Cod proc.pen., cercetarea la fața locului se face în prezența părților atunci cind este necesar. Pentru a participa la efectuarea unei cercetări la fața locului, partea vătămată trebuie incunostîntată cu privire la locul și momentul desfășurării acesteia. Cum participarea părților este un drept și nu o obligație, neparticiparea părții vătămate, deși a fost incunostîntată în acest sens, nu împiedică efectuarea cercetării. Același drept este consacrat în favoarea părții vătămate (art. 130 Cod proc.pen.) și atunci cind organul de urmărire penală sau instanța de judecată procedează la o reconstituire la fața locului. Participarea părții vătămate nu este însă necesară la efectuarea unui experiment judiciar, prin care se verifică, de exemplu¹, dacă martora, de la locul unde se afla, a putut observa desfășurarea acțiunilor părților.

Dreptul de a fi audiată în calitate de parte vătămată este consacrat prin prev. art. 64

Cod proc.pen. Declarația părții vătămate este în cele mai frecvente cazuri, sursa primelor informații cu privire la fapta și făptuitor. Declarația părții vătămate are o forță probantă conditionată. Ea poate servi la aflarea adevărului numai în măsura în care se coroborează cu fapte sau împrejurări ce rezultă din ansamblul probelor administrate în cauză (art. 82 Cod proc.pen.).

Potrivit prev. art. 82 Cod proc.pen., persoana vătămată poate fi ascultată ca martor, dacă nu este constituită parte civilă sau nu participă în proces ca parte vătămată. Dacă partea vătămată este audiată după procedura audierii martorilor, declarația astfel obținută servește la aflarea adevărului în măsura în care se coroborează cu celelalte probe administrate în cauză². În practica judiciară s-a exprimat și opinia potrivit căreia dacă, totuși, partea vătămată a fost audiată ca martor, la soluționarea cauzei nu se poate ține cont de declarația dată³.

Partea vătămată are dreptul de a fi citată, drept pentru a căruia garantare legiuitorul a prevăzut în mod corelativ obligația organelor judiciare în acest sens (art. 175-184; 291 Cod proc.pen.). Potrivit prevederilor art. 291 alin. 3 Cod proc.pen., partea prezentă la un termen nu mai este citată pentru termenele ulterioare, chiar dacă ar lipsi la vreunul dintre aceste termene. Dacă însă, după mai multe termene la sediul instantei, se hotărâste judecarea cauzei într-un alt loc, iar la acest termen partea vătămată lipsește, instantă este obligată, ca pentru noul termen, să procedeze la o nouă citare⁴.

În tot cursul procesului penal, partea vătămată are dreptul de a formula cereri, de a depune memorii și de a ridica excepții de pe poziția procesuală pe care o ocupă.

În cele mai frecvente cazuri partea vătămată participă în mod nemijlocit la activitatea procesuală penală. Pentru exercitarea drepturilor sale, partea vătămată poate opta între o participare personală, nemijlocită sau prin intermediul unui reprezentant. Reprezentantul este persoana care îndeplinește, în lipsa unei părți, dar în numele și interesul exclusiv al acesteia, activitatea procesuală necesară, pentru apărarea intereselor legitime ale părții⁵. Dacă partea vătămată are un mandatar cu procură generală, acesta poate să-l reprezinte pe mandant numai dacă acest drept i-a fost conferit în mod special. Partea vătămată poate să-și desemneze un reprezentant și prinț-o declaratie verbală dată în fața instanței de judecată, declaratie care se consemnează în încheierea de sedință. Prevederile art. 174 alin. ultim Cod proc.pen., referitoare la reprezentarea părților în procesul penal, fac trimitere la art. 67 și 68 Cod proc.pen., norme care reprezintă dreptul comun în materie. În consecință apare ca fiind nelegală soluția de incetare a procesului penal în baza prev.art. 284¹ Cod proc.pen., pe considerentul că persoana vătămată a lipsit nejustificat la două termene de judecată, din moment ce aceasta a fost reprezentată de mandatarul ei convențional, apărătorul ales⁶.

Titularul dreptului de a exercita acțiunea penală este în principal procurorul și organul de cercetare penală iar în secundări partea vătămată. Atunci cînd la soluționarea unei cauze penale participă și procurorul, partea vătămată exercită acțiunea penală alături de acesta. Cînd, însă, procurorul nu participă la soluționarea cauzei, partea vătămată exercită singură acțiunea penală, fiind un acuzator privat⁷.

În cadrul dezbatelerilor judiciare, partea vătămată își pune concluziile după reprezentantul Ministerului public (art. 340 Cod proc.pen.). În susținerea acțiunii penale, partea vătămată pune concluzii cu privire la existența faptei, săvîrsirea acesteia de către făptuitor, cu forma de vinovătie cerută de legea penală solicitînd în final pronunțarea

unei hotăriri de condamnare.

În cazul în care instanța de judecată pronunță o hotărire de condamnare a inculpatului, acesta va fi obligat, în același timp, să-i restituie părții vătămate toate cheltuielile judiciare efectuate (art. 193 alin. 1 Cod proc.pen.). Partea vătămată are dreptul de a-și recupera cheltuielile judiciare efectuate, chiar dacă nu participă în proces și în calitate de parte civilă⁹.

II. Drepturile procesual-penale ale părții vătămate în cazul infracțiunilor pentru care acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate

În cazul în care, pentru infracțiunea săvîrșită, legea condiționează punerea în mișcare a acțiunii penale de plângerea prealabilă a persoanei vătămate, aceasta din urmă are drepturi procesuale mai largi¹⁰. În astfel de situații procesul penal este guvernăt de principiul disponibilității și nu al oficialității. Plângerea prealabilă îndeplinește rolul unei condiții de procedibilitate, sub aspectul sesizării organelor judiciare și rolul unei condiții de pedepsibilitate, sub aspectul posibilității de antrenare a răspunderii penale a făptuitorului. În afara drepturilor procesuale recunoscute de lege în situația cauzelor penale guvernată de principiul oficialității, partea vătămată se bucură în plus de unele drepturi specifice.

Astfel, atunci cînd potrivit legii penale, punerea în mișcare a secțiunii penale se face numai la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, în lipsa acesteia, urmărirea penală nu poate începe (art. 221 alin. 2 Cod proc.pen.). Dacă în termenul de două luni de la săvîrsirea faptei, termen pus la dispozitia persoanei vătămate pentru a formula plângerea prealabilă, aceasta decedează fără a formula o astfel de plângere, procesul penal nu poate începe din oficiu¹¹. În situația în care persoana vătămată a decedat după ce a formulat plângerea prealabilă, procesul penal trebuie continuat¹² pînă la pronunțarea unei hotărîri legale și temeinice. Deoarece partea vătămată și-a manifestat, în mod expres, voința de tragere la răspundere penală a făptuitorului, într-o atare împrejurare soluția incetării procesului penal apare ca fiind nelegală¹³.

În cazul în care infracțiunea săvîrșită face parte din categoria celor limitativ enumerate în art. 279 pct. 2 lit. a) Cod proc.pen., partea vătămată are dreptul de a sesiza direct instanța de judecată competență să solutioneze cauza în primă instanță. Într-o astfel de situație plângerea prealabilă îndeplinește atît rolul de act de sesizare a instanței de judecată dar și rolul de act de inculpare¹⁴. În sustinerea acestei opinii se arată că plângerea prealabilă adresată instanței de judecată îndeplinește rolul unui act de inculpare deoarece cuprinde o invinuire determinată împotriva unei anumite persoane și are efectul de a obliga instanța să procedeze la judecată. S-a exprimat și opinia potrivit căreia persoana vătămată nu are dreptul de a inculpa, de a pune în mișcare acțiunea penală¹⁵, deoarece în art. 279 pct. 1 Cod proc.pen., se prevede că punerea în mișcare a acțiunii penale se face "la" plângerea prealabilă și nu "prin" plângerea prealabilă. În această situație se susține că punerea în mișcare a acțiunii penale se realizează de către instanța de judecată. În favoarea primei opinii s-ar mai putea adăuga și faptul că numai prin considerarea plângerii prealabile ca fiind un act de inculpare, legiuitorul a putut delimita funcția acuzării de funcția de jurisdicție.

Partea văamată poate dispune cu privire la defasurarea în continuare a procesului penal, în scopul închirii acestuia, prin retragerea plingerii prealabile. Retragerea plingerii prealabile este, în cele mai frecvente cazuri, o manifestare de voință expresă a subiectului îndreptat să procedeze în acest sens. Chiar și o declaratie autentică de retragere a plingerii prealabile urmează să fie considerată de natură a provoca toate consecintele prevăzute de lege¹⁴. Atunci cînd partea văamată este o persoană minoră, este necesar ca aceasta să formuleze plingerea în mod personal în fața organului competent, dar cu încuviințarea prealabilă a ocrotitorului legal¹⁵. În lipsa unei astfel de încuviințări prealabile din partea ocrotitorului legal, plingerea persoanei văamate, persoană minoră, nu-si realizează atributile conferite de lege, iar prin urmare, sesizarea organelor judiciare se consideră a fi făcută din oficiu. În consecință retragerea plingerii de către partea văamată nu poate avea ca efect închirarea procesului penal¹⁶.

Plingerea prealabilă poate fi retrasă, cu aceleasi consecințe juridice, și printr-o manifestare indirectă de voință, prin lipsa nejustificată a partii văamate la două termene consecutive în fața primei instante. Lipsa părții văamate la două termene consecutive trebuie să fie nejustificată, să exprime o lipsă de înțeles din partea acesteia față de desfășurarea procesului penal. Lipsa părții văamate, la două termene consecutive, nu este nejustificată și nu poate conduce la închirarea procesului penal atunci cînd a intervenit după repunerea cauzei pe rol, fără citarea părților pentru noui termeni¹⁷. Lipsa părții văamate nu are caracter nejustificat nici în situația în care aceasta a primit în cunoștință termenul fixat pentru judecătă, de la judecătorul de serviciu, fără ca ulterior să mai fi fost citată.

Împăcarea părților este o altă cale procesuală prin care partea văamată poate să îngă, în total sau în parte, raportul juridic procesual penal. Împăcarea trebuie să exprime voința reală a părților, trebuie să fie totală și neconditionată. Cînd partea văamată nu are capacitate de exercițiu, împăcarea se poate realiza, cu toate consecințele ce decurg, numai de către reprezentantul legal¹⁸. Atunci cînd însă partea văamată este un minor cu capacitate de exercițiu restrinsă, numai acesta poate consimti la împăcare, cu încuviințarea părintilor, chiar dacă plingerea s-a făcut de către acestia din urmă¹⁹.

Partea văamată poate folosi calea de atac a apelului (art. 362 pct. 1 lit.c Cod proc.pen.) și a recursului (art. 385^c Cod proc.pen.) în cauzele în care acțiunea penală se pune în mișcare la plingerea prealabilă, dar numai în ceea ce privește latura penală a cauzei.

Prezentarea unora dintre drepturile părții văamate în desfășurarea procesului penal, reprezintă, în fapt, o prezentare a instrumentelor juridice prin care aceasta promovează și exercită acțiunea penală. În timp ce partea văamată are interesul solutionării acțiunii penale prin condamnarea inculpatului, acesta din urmă va folosi toate mijloacele legale pentru stingerea acțiunii penale sau pentru o minimă constringere penală.

O prezentare comparativă a drepturilor procesuale penale de care se bucură partea văamată și inculpatul este de natură să relieveze modul în care cei doi parteneri, ai cuplului infractor-victimă, își pot realiza interesele legitime. Vom prezenta însă, în mod succint, doar noile instrumente puse, în acest sens, la dispoziția celor două părți de către legiuitorul penal de după 1989.

Se poate afirma că legiuitorul și-a îndreptat în mod special atenția asupra

inculpatului, creîndu-i un cadru legislativ suplu și eficient pentru dovedirea nevinovăției sale.

Astfel, prin modificarea prev. art. 5 și 5¹ Cod proc.pen., s-au conferit garanții suplimentare pentru libertatea și demnitatea persoanei, în special a învinuitului sau inculpatului care nu este obligat să-și probeze nevinovăția sa.

Prelungirea duratei arestării inculpatului poate fi dispusă numai de către instanta căreia i-ar reveni competența să judece cauza în fond sau de către instanța corespunzătoare în a cărei rază teritorială se află locul de detinere (art. 155 Cod proc.pen.).

Împotriva ordonantei de arestare preventivă, inculpatul poate face plingere la procurorul ierarhic superior celui care a dispus măsura preventivă (art. 275-278 Cod proc.pen.) sau la instanța de judecată căreia i-ar reveni competența să judece cauza în fond (art. 140¹-140¹⁰ Cod proc.pen.).

Atunci cînd măsura arestării preventive a fost menținută după formularea unei astfel de plingeri, inculpatul poate cere punerea sa în libertate provizorie, sub control judiciar sau pe cauțiune (art. 160¹-160¹⁰ Cod proc.pen.).

Cînd în cursul urmării penale sau al judecății intervine un act de amnistie, prescriptia ori retragerea plingerii prealabile, potrivit prev. art. 11 pct. 1 lit. c și art. 11 pct. 2 lit. b, Cod proc.pen., procurorul sau instanța de judecată, dispun, după caz, închiderea urmăririi penale sau închiderea procesului penal. Într-o astfel de situație, inculpatul poate cere continuarea procesului penal (art. 13 Cod proc.pen.) în ideea constatării nevinovăției sale.

Cei puțin sub acest din urmă aspect - consacrat de altfel în favoarea făptuitorului de către legiuitorul din 1968 - se poate pune întrebarea dacă, în situații similare, atât inculpatul cât și partea vătămată au la îndemînă instrumente juridice, tot atât de eficiente, pentru apărarea intereselor legitime.

Făptuitorul are la dispoziție calea deschisă de prev. art. 13 Cod proc.pen. Dacă, însă, partea vătămată este nemulțumită de soluția adoptată de către procuror, soluția de neînțimere în judecată, ea are la dispoziție plingerea prevăzută în art. 275 Cod proc.pen. Deoarece într-o astfel de situație și partea vătămată ar trebui să aibă posibilitatea de a investi instanța pentru verificarea legalității și a temeiniciilor soluției adoptate de către procuror. Aceasta cu atât mai mult cu cât legiuitorul penal de după 1989 și-a îndreptat atenția, doar într-o mică măsură, asupra părții vătămate prin prev. art. 173 și 362 Cod proc.pen.

NOTE

1. T.S., s.pen., dec. nr.1696/1978, în V. Papadopol-M. Popovici, *Repertoriu alfabetic de practica judiciara in materie penala pe anii 1976-1980*, Editura științifică și enciclopedică, București, 1982, p.348-349.
2. I. Neagu, *Drept procesual penal*, partea generală, vol. I, București, 1992, p.108; în același sens D. Pavel, în "R.R.D" nr. 1/1972, p.144.
3. T.J. Timis, dec. pen. nr. 657/1971, în V. Papadopol-M. Popovici, *Repertoriu alfabetic de practica judiciara in materie penala pe anii 1969-1975*, Editura științifică și enciclopedică, București, 1977, p.277.
4. T.S., s.pen. dec. nr. 3931/1972, în "C.D."/1972, p.441.
5. Gr. Gr. Theodoru - T. Plăesu, *Drept procesual penal*, partea generală, Iași, 1986, p. 126.
6. T.J. Suceava, dec.pen.nr. 659/1981, în "R.R.D." nr.8/1982, p.64; în același sens: T.J. Neamț, dec.pen. nr. 566/1980, în "R.R.D." nr. 4/1981, p.118.
7. Gr.Gr. Theodoru - T. Plăesu, *op.cit.*, p.10.
8. T.I. Dolj, dec.pen. nr.1056/1978, în Repertoriu ... pe anii 1976-1980, *op.cit.*, p.311.
9. Gr.Gr. Theodoru - T. Plăesu, *op.cit.*, p.110.
10. T.S. dec.pen. nr. 4385/1971, în "C.D."/1971, p.466.
11. N. Volonciu, *Tratat de procedura penala*, partea generală, vol.I, Editura "Paideia", București, 1993, p.183.
12. T.J. Timis, dec.pen. nr. 1713/1971, în "R.R.D." nr. 1/1973, p.16.
13. Gr.Gr. Theodoru - T. Plăesu, *op.cit.*, p.138.
14. I. Gorgăneanu, *Actiunea penala*, Editura științifică și enciclopedică, București, 1977, p.203-204.
15. T.J. Brasov, d.p.nr. 1347/1972, în "R.R.D." nr.8/1973, p. 173.
16. T.J. Suceava, d.p.nr. 161/1978, în "R.R.D.", nr. 5/1979, p.60.
17. V. Papadopol-St. Danes, *Repertoriu de practica judiciara in materie penala pe anii 1981-1985*, Editura științifică și enciclopedică, București, 1989, p. 255.
18. T.J.Neamț, d.p.nr. 557/1982, în "R.R.D." nr.4/1983, p.73.
19. T.M. București, d.p.nr. 29/1983, în V.Papadopol-St. Danes, *op.cit.*, p.182.
20. T.S. d.nr. 2398/1983 în "CD" 1983, p.299.
21. T.S. d.nr. 2918/1971, în "RRD" nr.4/1972, p.168.

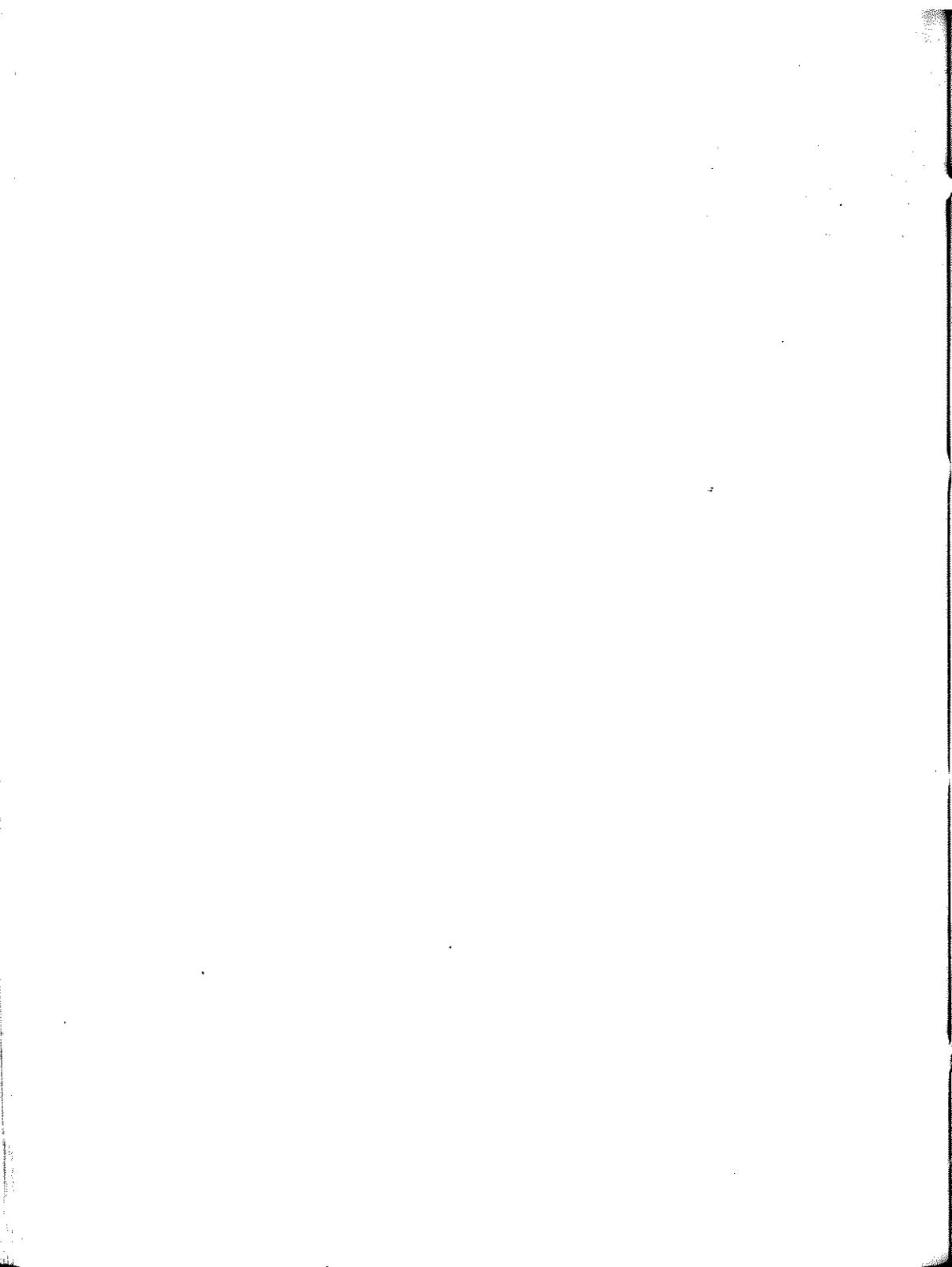
CRIMINAL - LAW RIGHTS OF THE CLAIMANT IN TRIAL UNFOLDING

- Résumé -

This paper contains an analysis of the criminal - law position of the claimant, of the mode in which he acts, in view to re- establish the violated legal right. The claimant has different forms of action when the criminal pursuit is started *ex officio*, given the situation in which it is started after a preliminary complaint.

The paper makes a comparative presentation of the law institutions put on the claimant disposal by the legislator with those put on the accused disposal. The conclusion is that the legislator pointed his attention especially towards the accused creating him a supple and efficient law framework to prove his innocence.

The paper proposes to adopt some legislative measures so that both partners of the offender - victim couple have equal juridical guarantees to defend their legitimate interests.



DESPRE POSIBILITATEA RETINERII COAUTORATULUI ÎN CAZUL SÂVÎRSIRII INFRACTIUNI DIN CULPĂ

DE

MARIA IOANA MICHINICI

Întrebării dacă se poate retine săvîrsirea unei infracțiuni din culpă în coautorat î s-au dat două răspunsuri, negativ și pozitiv. Depășind această dispută, ne vom opri asupra răspunsului pozitiv, cadrul discuției noastre urmând a fixa divergențele din interiorul acestei instituții juridico-penale controversate; natura argumentelor invocate în susținere, sferea de cuprindere a coautoratului, distincță în teorie, practică - cît și în raport de aceasta din urmă.

În principiu, ne alăturăm curentului favorabil de opinie¹, cu unele limitări și păstrând rezerve în privința unor soluții adoptate în acest sens. Cum se subliniază și într-un studiu recent², "problema cocautoratului din culpă are în vedere nu toate situațiile în care două sau mai multe persoane concură din culpă la producerea unui rezultat prin acțiuni concomitente sau succesive, însă necoordonate, necorelate, ci se reduce la acele cazuri de săvîrsire directă, concordantă a unor acțiuni corelate obiectiv și subiectiv".

I. Pentru reținerea coautoratului trebuie să ne aflăm în prezența unei pluralități de infractori (cel puțin doi), cu verificarea condițiilor cumulative, atât sub raport subiectiv cît și obiectiv în săvîrsirea nemijlocită a faptei penale.

Sub raport subiectiv, s-a afirmat că relația de ordin psihic, esențială între participanți este *voința comună* a acestora, "voința de cooperare la realizarea unei anumite fapte (același obiectiv)". Ceea ce s-a reprosat sustinătorilor acestui punct de vedere este că, sub aspectul menționat, între coautori trebuie să existe legătura subiectivă caracterizantă, "ceea ce înseamnă mai mult decât voința comună de a coopera la activitatea materială/sau decât o simplă identitate în factorul subiectiv"³. Pe un caz concret - și apreciind atât soliditatea cît și pertinența argumentărilor aduse, sub.lns. - în sprijinul afirmației contrare⁴, s-a promovat ideea prin care ar exista însăși această legătură subiectivă între executanții actelor de culpă.

Sub raport obiectiv, în literatura de specialitate se susține existența coautoratului cind mai multe persoane "desfășurînd în comun sau concomitent o activitate au comis acte de culpă care au contribuit la săvîrsirea unei fapte prevăzute de legea penală și sancționată chiar în caz de culpa⁵ sau, într-o altă formulare, cind "actionînd din culpă, au săvîrsit, fiecare, simultan ori succesiv, acte de executare a faptei ilicite penale prin care s-a produs același rezultat socialmente periculos"⁶. Vinovăția coautorilor se prezintă, în

acest caz, sub forma unei culpe comune sau a unor culpe concurente (concurs de culpe)¹.

Intr-o primă concepție², care încearcă o analiză în substanță coautoratului culpos, se verifică voialta comună a executanților pe fapta săvârșită, o faptă unică - fie aceeași activitate materială săvârșită în comun și concomitent, fie acte diferite și succesive, dar care intregesc continutul aceleiasi fapte. Se are în vedere cooperarea la săvârșirea *aceleiasi acțiuni*, cu raportarea voialtei comune la acțiunea unică, nu și la rezultat, deoarece "deși penalmente caracterizant al unei acțiuni din culpă, rezultatul nu este voit de autori (aceștia nu voiesc să producă rezultatul care ar atrage răspunderea lor penală)"³.

Din acest unghi de vedere, sfera coautoratului cuprinde cazurile de cooperare a două sau mai multe persoane la săvârșirea aceleiasi acțiuni, prin *acte* concomitente sau succesive, în condițiile acceptării unei culpe comune imputabile (pentru fapta unică).

Intr-o altă concepție⁴, mai largă, de cuprindere a coautoratului din culpă, acesta există și în cazul în care contribuțiile concomitente sau succesive sunt analizate în raport cu *rezultatul comun al acțiunilor culpoase contributive*: "atunci cînd un rezultat al unei fapte ilicite de culpă s-a produs prin conlucrarea - simultană sau succesivă - nemijlocită a mai multor persoane, *unicitatea rezultatului*, în care au conlucrat, obligă la considerarea lor drept coautori, că timp, contribuțiile nemijlocite (concurante sau simultane) se inscriu în *antecedenta cauzală* a rezultatului unic care intregeste continutul aceleiasi fapte sanctionate penal în caz de culpă".

În scopul clarificării teoretice a acestei instituții juridico-penale, autorii de specialitate aduc exemplificări în sustinerea punctului de vedere (favorabil) adoptat. Socotim salutară prezentarea, mai întîi, a acestora, urmând ca într-o secțiune viitoare să în concluzii să exprimăm punctul nostru de vedere.

Va fi culpă comună, de exemplu, în cazul a doi bărcaglii care au primit să facă o plimbare în larg, la solicitarea unor vilegiaturiști, deși marea era foarte agitată barca și fost răsturnată de valuri și unul dintre pasageri s-a înecat. Vor exista, dimpotrivă, culpe concurente, de exemplu, în cazul cînd un medic a gresit doza unei substanțe toxice în continutul unei retete, farmacistul din neatentie nu a observat greșeala și a preparat medicamentul conform prescripției medicului, sora care îngrijea pe bolnav a executat tratamentul medical, iar pacientul s-a ales cu grave vătămări corporale; în acest caz, culpa medicului și culpa farmacistului sunt concurente și atrag răspunderea acestora ca coautori ai faptei (...)"

Sunt coautori: toti inculpații care ridică un bloc de piatră, fără să verifice dacă, în raport cu greutatea pietrei, lantul de la scripete este suficient de rezistent; ca urmare a ruperii lantului, blocul de piatră s-a prăbusit, omorînd o persoană. Mai multe persoane vor să participe la un foc de tabără în pădure: unii adună lemne de foc, alții le ascază, alții le dău foc, fără să respecte măsurile elementare de prevenire a incendiilor; ca urmare a acestor acțiuni izbucneste un incendiu deosebit de pagubitor⁵.

O persoană determină doi muncitori care nu au pregătită necesară să pună în

* "...in antecedenta cauzală a rezultatului se integrează contribuții care realizează acțiunea tipică, aparțin incert acțiunii tipice, formează un tot indivizibil, un corp comun, fie că sunt imediate, fie că sunt mai îndepărtate de momentul consumării; dacă, desigur, fără de atare contribuții, fapta ilicită nu ar fi produs rezultatul unic survenit în concret". A. Dîncu, I. Molcut, *loc.cit.*, p. 146.

** A se vedea V. Dongoroz, *Op.cit.*, p. 215. Exemple preluate și de A. Dîncu și I. Molcut, în *Op.cit.*

*** A se vedea C. Filisaru, *Op.cit.*, p. *loc.cit.*, p. 62.

funcțiune o instalație, iar aceștia întreprind o acțiune în acest sens, însă nefiind de specialitate se produce o deregлare, o defectiune care se soldează cu un prejudiciu apreciabil care semnifică o infracțiune de distrugere din culpă. Ei prevăd posibilitatea producerii rezultatului, prevăd că supun unui risc valori sociale importante, dar speră că rezultatul nu se va produce¹².

II. Propunem în continuare cîteva extrase din practica judiciară, spețe ce cunosc o mare afluență, cît și o prezentare a reacțiilor diferite din literatura de specialitate, în lumina cazurilor concrete.

2.1. Într-un caz¹³, s-a reținut că, inculpatul MD în calitate de șofer (conducător auto) titular s-a deplasat cu autocamionul pe drumul public nr. 107 de la Cetatea de Baltă spre Blaj, iar în comuna Sona a încredințat conducerea autovehiculului ajutorului de șofer, coinculpatul LF, pe care îl asista. În centrul localității Lunca Tîrnăveni, ca urmare a vitezei excesive (55km/h în loc de 40km/h) a fost accidentat mortal minorul PG în vîrstă de 6 ani, în timp ce încerca să traverseze șoseaua în fugă.

Literatura de specialitate a înregistrat, ca ecou al cazului sus-mentionat, reacții extrem de diverse. Pe de o parte, exclusă fiind ideea retinerii coautoratului din culpă, în ceea ce privește natura (și temeiul) răspunderii angajate de șoferul titular¹⁴ sau, în condițiile retinerii răspunderii sale penale, pentru ce infracțiune¹⁵. Pe de altă parte, de pe poziția celor ce îmbrățișează, în principiu, coautoratul culpos, fie soluția apare ca o soluție criticabilă¹⁶ - acțiunile celor doi inculpați fiind apreciate ca acțiuni distincte, independente, chiar dacă rezultatul este unic și s-a produs din culpă comună -, fie se sustine și se demonstrează justitia acesteia¹⁷. În acest sens – soluția justă – se subliniază că, "în special în acele cazuri cînd este vorba de *acțiuni simultane*, o persoană nu depune toată diligentă, nu-si solicită toată atenția în desfășurarea activității și evitarea unor riscuri, întrucât contează pe atenția maximă și prevederea mai ascuțită a celeilalte persoane, care la rîndul ei are un fond subiectiv și participativ similar, existind deci o poziție psihică identică (...). Nu este o identitate întimplătoare, necorelată, distinctă, disociată, ci pozițiile subiective se coreleză, se întrepărțind se asociază (...). Este o corelare a pozițiilor psihice, o *legătură subiectivă bilaterală*, o participare la producerea rezultatului care le este imputabil".

Ne răiem acestui ultim punct de vedere și rațiunilor pe care el se intemeiază. Se mai poate sustine că acțiunile celor două persoane se coreleză, se împleteșc - descriind cooperarea obiectivă - cît timp pe conduită lor împreună, descrisă astfel, poartă o culpă (cuprînzătoare, unică) ce presupune poziții psihice aproape identice (ce se pliază, întregindu-se). Putem accepta o aceeași culpă, diferențiată pe gradațiile ce le poate manifesta - culpă gravă, ușoară, foarte ușoară, în persoana fiecărui co-participant.

2.2. Într-un alt caz¹⁸, inculpatul DE, conducind autobuzul apartinând Întreprinderii de transport Alba-Iulia pe drumul Ighișu-Galda de Jos, fără a se asigura, a virat spre drumul ce ducea în comuna Cricău. Cum din sens opus circula autoturismul Consiliului popular județean Alba, condus de PGh, cele două autovehicule s-au ciocnit. În accident a fost lovit grav AN, care se afla în automobilul Consiliului popular. Fiind transportat în autosanitară Direcției sanitare județene Alba, condusă de inculpatul CGh, prin depășirea greșită a unui autoturism, aceasta a produs un alt accident de circulație, în urma căruia victimă AN, care se afla pe targă în autosanitară, a înceitat din viață.

* A se vedea, M. Zolyneak, loc.cit., p.64.

FOLIU I

acest caz, sub
verifică vot
de activitate
care înțelegem o
deoare
de av (auto)
pena spre
săp.
săp.

îsa nefiind de
posibilitatea
să speră că

împatul DE pentru săvârșirea infracțiunii de
4C.pen.) și infracțiunea de neglijență în
infracțiunii de ucidere din cuipă (art.

supremă stabilește că: "Există raport de
a fi produs un accident de circulație prin
noarea victimei, chiar dacă cu puțin timp înainte
de circulație și se află în drum spre spital, fiindcă
în cadrul *concursului de culpe*, a fost anihilată orice
asteia"¹⁸.

Instanța supremă este respinsă¹⁹ sau adoptată²⁰ în literatura de
cu apreciem soluția ca discutabilă.

4. actele de culpă săvârșite de cei doi participanți se înscriu în
determinat moartea victimei: (cu ocazia primului accident, sansele
victimei erau minime, constatindu-se că șocul hemoragic suferit a
fiind consecința leziunilor care au rezultat din acest accident; cel de
dintre a anihilat însă posibilitatea oricarei intervenții chirurgicale, ce ipotetic
(salva viața victimei). Conduitele de culpă, în situația dată, nu descriu
rea cerută pe planul material, nerealizându-se prin acțiunile *coordonate* ale
torilor, îndreptate spre o finalitate comună. Sunt acte de culpă distincte, personale
autorat) care privite în succesiunea faptică sunt tinute doar de același rezultat mai
grav, letal. Actele ce descriu antecedenta cauzală, în această situație, sunt acte similare,
succesive. (Dacă privim spre coautocratul intentionat - omor - acesta rezidă numai cind
acțiunea conjugată a unei persoane a dus la rezultatul mortal, în condițiile unor acțiuni
similară și *concomitente*).

Chiar în acest caz, să considerăm actele de culpă cu valoare cauzală în producerea
rezultatului, ca acte ce pot configura coautocratul. Punem un semn de întrebare pe
criteriul subiectiv de evaluare în acest sens. Unde, la ce nivel (și dacă!) se manifestă
coordonarea, corelarea pe plan subiectiv a acțiunilor întreprinse? Nu este oare o simplă
identitate de pe poziția psihică, distinctă, adoptată de fiecare inculpat? Să nu se axeze
soluția de coautorat pe acordarea unei priorități? Pe importanța atribuției activităților
desfășurate (nedirijate), - părind a neglijă, în parte, amplitudinea elementului subiectiv,
ca liant? (întrebarea poartă, de asemenea, la materia participației, și asupra unei alte
cheștiuni ce își găsește o rezolvare diferită în teoria și practica penală - delimitarea
actelor de complicitate de cele de coautocrat, sfera acestora din urmă fiind uneori extinsă
pe unul din cele două criterii, de ordin obiectiv sau subiectiv; ne-am permis apropierea!)

2.3. Într-un alt tip caz²¹, s-a reținut că inculpatul NM, tractorist rutierist și
coinculpatul RI membru al CAP, au transportat îngăzaminte cu tractorul condus de
primul. După ce amîndoi au consumat băuturi alcoolice, inculpatul NM a incredințat
tractorul celuilalt inculpat care, fiind în stare de ebrietate și neposedind carnei de
conducere, a pierdut controlul volanului, a intrat cu tractorul într-un sănț aflat pe
marginea drumului, unde a surprins un copil, pe care l-a strivit de un pom; la scurt timp
după producerea accidentului, victimă PI a decedat.

Instanța primară îl condamnă pe inculpatul NM pentru săvârșirea infracțiunii de
incredințare a unui vehicul pentru a fi condus pe drumurile publice unei persoane fără

permis de conducere (art.37, alin.2 din D.328/1966), iar pe coinculpatul RI pentru săvîrșirea infracțiunii de ucidere din culpă (art.178, alin.2 C.pen.) și pentru săvîrșirea infracțiunii de conducere fără permis a unui autovehicul (art.37, alin.1 D. 328/1966).

Prin decizia pronunțată în cauză, instanța supremă stabilește că: "Fapta unui conducător auto de a fi încredințat autovehiculul, pentru a fi condus, pe drumurile publice, unei persoane ce nu posedă carnet de conducere și care, din neprincipere, a cauzat un accident mortal de circulație, constituie nu numai infracțiunea prevăzută în art. 36, alin.3 din Decretul nr.328/1966, ci și infracțiunea de ucidere din culpă, prevăzută în art. 178, alin. 2 C.pen.

Din punct de vedere obiectiv, la decesul victimei au contribuit faptele ambilor inculpați - adică atât conducerea autovehiculului fără pricperea necesară, cit și încredințarea acestuia persoanei care a cauzat în mod nemijlocit accidentul -, deoarece, în imprejurările date, culpa fiecărui n-ar fi fost suficientă, singură, pentru a produce rezultatul. Sub aspect subiectiv, conducătorul auto, încredințind autovehiculul, spre a-l conduce, unei persoane neexperimentate, fără permis de conducere, putea și trebuia să-și reprezinte toate consecințele posibile, inclusiv accidentarea mortală a unei persoane"²².

Reactii. Potrivit unui punct de vedere²³, soluția se consideră justă. Într-o altă optică²⁴, se afirmă existența independentă a infracțiunilor obstacol și a infracțiunilor subsecvente, fiind excludă posibilitatea reținerii legăturii de cauzalitate între fapta ce constituie elementul material al infracțiunii obstacol și urmarea imediată cerută pentru existența infracțiunii subsecvente.

Neexistând legătura de cauzalitate între fapta celor care săvîrșește infracțiunea obstacol și urmarea imediată a infracțiunii subsecvente săvîrșită de o altă persoană nu se poate pune nici problema coautoratului la infracțiunea din culpă.

Într-o situație asemănătoare, s-a exprimat²⁵ posibilitatea reținerii răspunderii penale a celui ce încredințea volanul unei persoane fără permis de conducere, care a comis un accident mortal, potrivit dispozițiilor cuprinse în art. 178, alin. 1 C.pen. combinat cu art. 31, alin. 2 C.pen. (participație impropriă - complicitate la uciderea din culpă; minorul nu răspunde penal), alături de alte infracțiuni prevăzute în D. 328/1966.

În mod voit, cazul prezentat anterior l-am menționat în final, considerindu-l ca rămas deschis unei palete largi de interpretări. Să pornim de la următoarea idee: încredințarea unui autovehicul spre conducere, pe drumurile publice unei persoane abilitate (posesoare de carnet) care produce un accident de circulație, nu constituie, prin ea însăși, o cauză aptă să determine, necesar, moartea unei persoane; dimpotrivă, încredințarea unui autovehicul spre conducere, pe drumurile publice, unei persoane neabilitate (neposesoare de carnet) care produce un accident mortal, poate dobîndi semnificativitate în acest sens, poate antrena o anumită răspundere.

Dacă ne-am situa pe această linie de gîndire, putem reține o atitudine culpabilă (o culpă distinctă însă de cea a autorului direct) de partea celui ce-i încredințea autovehiculul... Nu fără dificultate, însă, am putea reține un autorat pentru ucidere din culpă. Dacă afirmăm raportul cauzal dintre faptele celor doi inculpați, am prezuma (socotii aprioric) culpa primului, putînd admite și situația neproducerii accidentului, și atunci...?

Cum se și subliniază²⁶: "Prezumarea unei cauzalități cu valcare juridică în domeniul

* Poi și mentionate aproape toate infracțiunile prevăzute în D. 328/1966, în L. 5/1965 etc.

Instanța primară îl condamnă pe inculpatul DE pentru săvîrsirea infracțiunii de vătămare corporală din culpă (art. 184, alin.2, 4C.pen.) și infracțiunea de neglijență în serviciu, iar pe inculpatul CGh pentru săvîrsirea infracțiunii de ucidere din culpă (art. 178, alin. 2C.pen.).

Prin decizia dată în cauză, instanța supremă stabilește că: "Există raport de cauzalitate între fapta inculpatului de a fi produs un accident de circulație prin nerespectarea regulilor de circulație și moartea victimei, chiar dacă cu puțin timp înainte aceasta a fost victimă unui alt accident de circulație și se afla în drum spre spital, fiindcă prin accidentarea din nou a victimei, în cadrul *concurrentul de culpe*, a fost anihilată orice posibilitate de salvare a vieții acesteia"¹⁸.

Soluția promovată de instanța supremă este respinsă¹⁹ sau adoptată²⁰ în literatura de specialitate. La rîndul nostru apreciem soluția ca discutabilă.

Sub raport obiectiv, actele de culpă săvîrsite de cei doi participanți se înscriu în procesul cauzal ce a determinat moartea victimei: (cu ocazia primului accident, sansele de supraviețuire a victimei erau minime, constatîndu-se că șocul hemoragic suferit a condus la deces, el fiind consecința leziunilor care au rezultat din acest accident; cel de al doilea accident a anihilat însă posibilitatea oricarei intervenții chirurgicale, ce ipotetic ar fi putut salva viața victimei). Conduitele de culpă, în situația dată, nu descriu cooperarea cerută pe planul material, nerealizîndu-se prin acțiunile *coordonate* ale faptuitorilor, îndreptate spre o finalitate comună. Sunt acte de culpă distințe, personale (de autorat) care privite în succesiunea faptică sunt tinute doar de același rezultat mai grav, letal. Actele ce descriu antecedenta cauzală, în această situație, sunt acte similare, succesive. (Dacă privim spre coautoratul intentionat - omor - acesta rezidă numai cind acțiunea conjugată a unei persoane a dus la rezultatul mortal, în condițiile unor acțiuni similare și *concomitente*).

Chiar în acest caz, să considerăm actele de culpă cu valoare cauzală în producerea rezultatului, ca acte ce pot configura coautoratul. Punem un semn de întrebare pe criteriul subiectiv de evaluare în acest sens. Unde, la ce nivel (și dacă!) se manifestă coordonarea, corelarea pe plan subiectiv a acțiunilor întreprinse? Nu este oare o simplă identitate de pe poziția psihică, distinctă, adoptată de fiecare inculpat? Să nu se axeze soluția de coautorat pe acordarea unei priorități? Pe importanța atribuită activităților desfășurate (nedirijate), - părind a neglijă, în parte, amplitudinea elementului subiectiv, ca lîian? (Întrebarea poartă, de asemenea, la materia participației, și asupra unei alte chestiuni ce își găsește o rezolvare diferită în teoria și practica penală - delimitarea actelor de complicitate de cele de coautorat, sfera acestora din urmă fiind uneori extinsă pe unul din cele două criterii, de ordin obiectiv sau subiectiv; ne-am permis apropierea?)

2.3. Într-un ultim caz²¹, s-a reținut că inculpatul NM, tractorist rutierist și coinculpătul RJ membru al CAP, au transportat îngășamînte cu tractorul condus de primul. După ce amîndoi au consumat băuturi alcoolice, inculpatul NM a incredintat tractorul celuilalt inculpat care, fiind în stare de ebrietate și neposedînd carnet de conducere, a pierdut controlul volanului, a intrat cu tractorul într-un sănătă, aflat pe marginea drumului, unde a surprins un copil, pe care l-a strivit de un pom; la scurt timp după producerea accidentului, victimă PI a decedat.

Instanța primară îl condamnă pe inculpatul NM pentru săvîrsirea infracțiunii de incredintare a unui vehicul pentru a fi condus pe drumurile publice unei persoane fără

permis de conducere (art.37, alin.2 din D.328/1966), iar pe coincrepatul RI pentru săvîrșirea infracțiunii de ucidere din culpă (art.178, alin.2 C.pen.) și pentru săvîrșirea infracțiunii de conducere fără permis a unui autovehicul (art.37, alin.1 D. 328/1966).

Prin decizia pronunțată în cauză, instanța supremă stabilește că: "Fapta unui conducător auto de a fi încredințat autovehiculul, pentru a fi condus, pe drumurile publice, unei persoane ce nu posedă carnet de conducere și care, din neprincipere, a cauzat un accident mortal de circulație, constituie nu numai infracțiunea prevăzută în art. 36, alin.3 din Decretul nr.328/1966, ci și infracțiunea de ucidere din culpă, prevăzută în art. 178, alin. 2 C.pen.

Din punct de vedere obiectiv, la decesul victimei au contribuit faptele ambilor inculpați - adică atât conducerea autovehiculului fără priciperea necesară, cît și încredințarea acestuia persoanei care a cauzat în mod nemijlocit accidentul -, deoarece, în imprejurările date, culpa fiecărui n-ar fi fost suficientă, singură, pentru a produce rezultatul. Sub aspect subiectiv, conducătorul auto, încredințând autovehiculul, spre a-l conduce, unei persoane neexperimentate, fără permis de conducere, putea și trebuia să-și reprezinte toate consecințele posibile, inclusiv accidentarea mortală a unei persoane"²².

Reactii. Potrivit unui punct de vedere²³, soluția se consideră justă. Într-o altă optică²⁴, se afirmă existența independentă a infracțiunilor obstacol și a infracțiunilor subsecvente, fiind exclusă posibilitatea reținerii legăturii de cauzalitate între fapta ce constituie elementul material al infracțiunii obstacol și urmarea imediată cerută pentru existența infracțiunii subsecvente.

Neexistând legătura de cauzalitate între fapta celui care săvîrșește infracțiunea obstacol și urmarea imediată a infracțiunii subsecvente săvîrșită de o altă persoană nu se poate pune nici problema coautoratului la infracțiunea din culpă.

Într-o situație asemănătoare, s-a exprimat²⁵ posibilitatea reținerii răspunderii penale a celui ce încredințează volanul unei persoane fără permis de conducere, care a comis un accident mortal, potrivit dispozițiilor cuprinse în art. 178, alin. 1 C.pen. combinat cu art. 31, alin. 2 C.pen. (participație impropriă - complicitate la uciderea din culpă; minorul nu răspunde penal), alături de alte infracțiuni prevăzute în D. 328/1966.

În mod voit, cazul prezentat anterior l-am menționat în final, considerindu-l ca rămas deschis unei palete largi de interpretări. Să pornim de la următoarea idee: încredințarea unui autovehicul spre conducere, pe drumurile publice unei persoane abilitate (posesoare de carnet) care produce un accident de circulație, nu constituie, prin ea însăși, o cauză aptă să determine, necesar, moartea unei persoane; dimpotrivă, încredințarea unui autovehicul spre conducere, pe drumurile publice, unei persoane neabilitate (neposesoare de carnet) care produce un accident mortal, poate dobîndi semnificație în acest sens, poate antrena o anumită răspundere.

Dacă ne-am situa pe această linie de gîndire, putem reține o atitudine culpabilă (o culpă distinctă însă de cea a autorului direct) de partea celui ce-i încredințează autovehiculul... Nu fără dificultate, însă, am putea reține un autorat pentru ucidere din culpă. Dacă afirmăm raportul cauzal dintre faptele celor doi inculpați, am prezuma (socotii aprioric) culpa primului, putind admite și situația neproducerii accidentului, și atunci...?

Cum se și subliniază²⁶: "Prezumarea unei cauzalități cu valoare juridică în domeniul

* Pot fi menționate aproape toate infracțiunile prevăzute în D. 328/1966, în L. 5/1965 etc.

tăptelor ce cad sub incidenta legii penale ar avea semnificația obiectivizării răspunderii penale. Ideea imputării obiective este însă complet străină legiuitorului nostru".

III. *Concluzii.* O privire de ansamblu, relevă sfera de cuprindere a coautoratului din culpă, mult mai largă în practica instanțelor (îndeosebi a instanței supreme) decât în teorie. În această materie, sfera globală de cuprindere în teorie a coautoratului, se întregește prin reunirea punctelor de vedere exprimate de diferiți autori. Sub acest unghi, corelarea practică - teorie se realizează doar în anumite situații, cind "se vine, pertinent, în sprijinul practicii judiciare prin rezolvările preconizate"²⁷.

Cu susținerea inițiativei legislative de definire expresă a participației la săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, cît și a formelor de participație, în cazul coautoratului, propunem prevederea - într-un articol unic sau distinct - a coautoratului din culpă.

Admitem coautoratul din culpă cind cooperează direct, cel puțin două persoane la săvârșirea unui fapt material (activitate materială) și se produce un rezultat unic, caracterizant al unei fapte (penale) din culpă. Cooperarea se poate realiza prin acțiuni asemănătoare (similare) sau diferite, acțiuni ce pot fi, după caz: simultane și concordante (efectuate în aceleasi condiții de timp și loc); succesive și interdependente.

NOTE

1. A se vedea, V. Dongoroz, în *Explicații teoretice ale Codului penal român*. Parte generală, vol.I, Ed. Academiei, București, 1969, Cap. al III-lea, *Participația*, p. 194, 203, 215, 236; A. Dincu, *Drept penal*. Partea generală, vol. I, Ed. a II-a nerevizuită, București, 1977, p. 276; C-tin Bulai, *Drept penal român*. Parte generală, vol.I, Casa de editură și presă "Sansa" – SRL, București, 1992, p. 193-194; C-tin Mitrache, *Drept penal român*. Parte generală, Casa de editură și presă "Sansa" – SRL, București, 1994, p. 155; R. - M. Stănoiu, *Drept penal*. Partea generală, Ed. Hyperion XXI, București, 1992, p. 127; M. Zolyneak, "Aspecte ale coautoratului și complicații în literatura și practica judiciară penală", în Dreptul, Anul I, seria a III-a, nr. 1-2/1990, p. 61 și urmt.; idem, *Drept penal*, II, Ed. Fundației "Chemarea", Iași, 1992, p. 472-475; C. Filisianu, 'Coautoratul în cazul infracțiunilor din culpă", în *Studii și cercetări juridice*, Ed. Academiei, 1, anul 34, ian. – martie, 1989, p. 61-63; A. Dincu, I. Molcăt, "Din nou despre infracțiunile din culpă săvârsite în coautorat", în *Studii și cercetări juridice*, Ed. Academiei, 2, anul 34, aprilie-iunie, 1989, p. 145-147.

2. M. Zolyneak, *loc.cit.*, p. 65.

3. V. Dongoroz, *op.cit.*, vol. I, Cap. al III-lea, sect. a IV-a, p. 236.

4. V. Papadopol, în *Codul penal comentat și adnotat*. Partea generală, Ed. Științifică, București, 1972, p. 164.

5. M. Zolyneak, *loc.cit.*, p. 63-64.

6. V. Dongoroz, *op.cit.*, p. 236-237.

7. C-tin Bulai, *op.cit.*, p. 194.

8. *Ibidem*, p. 194.

9. C. Filisănu, *loc.cit.*, p. 61-63.
10. *Ibidem*, p. 63.
11. A. Dincu, I. Molcău, *loc.cit.*, p. 145-147. Autorii exprimă și un punct de vedere critic pe interpretarea oferită de C. Filisănu.
12. Vezi, Trib.jud. Alba, dec.pen.nr. 128/7 februarie 1972, în RRD nr.3/1975, p. 46 (și Judecătoria Alba-Iulia, sent.pen.nr. 3364 din 15 decembrie 1971). "În cazul în care uciderea din culpă a victimei de către ajutorul de șofer care conducea autovehiculul angajat în accident, este urmarea nerespectării – de către acesta – a normelor legale privind circulația pe drumurile publice, răspunde penal, în calitate de coautor pentru infracțiunea de ucidere din culpă și șoferul titular al autovehiculului aflat la bordul mașinii, deoarece potrivit prevederilor art.120, alin.1 din Regulamentul pentru aplicarea Decretului nr. 328/1966 șoferul titular are îndatorirea de a însobi și supraveghea permanent pe ajutorul de șofer". În același sens, vezi Trib.mun.București, sect. I penală, dec.pen.nr.660/1976, în *Repertoriu alfabetic de practică judiciară în materie penală pe anii 1976-1980*, p. 389: "Fapta unui elev de la școala de șoferi de a fi condus imprudent autovehiculul, în cadrul programului de școlarizare și de a fi accidentat astfel o persoană, cauzându-i moartea, constituie infracțiunea de ucidere din culpă în formă gravată prevăzută de art. 178, alin.2 C.pen. De asemenea, este lipsită de relevanță și prezență, alături de elev, a instructorului care, în cazul neîndeplinirii obligațiilor ce-i revin, va răspunde tot pentru infracțiunea prevăzută în art. 178, alin.2 C.pen."
- Se ridică totodată întrebarea – ce a primit răspunsuri diferite – dacă situația șoferului titular este aceeași sau distinctă de a șoferului instructor, sub aspectul răspunderii pe care aceștia și-o angajează pentru infracțiunile din culpă săvîrșite de către ajutorul de șofer sau elevul candidat al unei școli de conducere.
13. Vezi, A. Olteanu, Nota I (critică) la dec. 128/1972 a Trib.jud.Alba, în RRD 3/1975 p. 47-50; O. Reindl, Nota a II-a (explicativă) la aceeași decizie, p. 50-52.
14. M.N. Costin, *Răspunderea penală și civilă pentru încălcarea regulilor de circulație pe drumurile publice*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1978: "Credem că în toate cazurile-indiferent de natura infracțiunii de care se face culpabil ajutorul de șofer-fapta șoferului titular intrunește trăsăturile constitutive ale infracțiunii de neglijență în serviciu". (p.129).
15. Vezi, C. Filisănu, *loc.cit.*, p. 62, 63; S. Stănoiu, în *Practică judiciară penală*, vol. III, Ed. Academiei, București, 1992, p. 41 (Com. 11).
16. În acest sens, vezi A. Dincu, I. Molcău, *loc.cit.*, p. 147; M. Zolyneak, *loc.cit.*, p. 63-64.
17. A se vedea, C.-tin Bulai, C.-tin Mitrache, *Drept penal*. Parte generală. Culegere de probleme din practica judiciară, București, 1992, prob.2, p.28 – prezentând soluția Judecăt. Alba-Iulia, stp.pen. 275/1976.
18. TS, dec.sect.pen.nr. 1686/14 septembrie 1977, în CD, p. 217 și urmă. În același sens-concurs de culpe-a se vedea, Trib.jud.Arges, dec.pen.nr.2567/1972, în RRD nr. 7/1973, p.177: "Dacă la producerea accidentului de circulație care a ocasionat decesul victimei a concurat culpa ambilor conducători ai autovehiculelor angajate în accident, condamnarea acestora în baza dispozițiilor art. 178, alin.2 C.pen. este legală, ei fiind coautori ai infracțiunii de ucidere din culpă retinute în sarcina lor".
19. Chiar dacă soluția în spătă nu cuprinde expres termenul de "coautori", se

interpretează de unii autori (C. Filisănu, *loc.cit.*, p.62; S. Stănoiu, *op.cit.*, p.50) soluția instanței supreme în acest sens.

20. A se vedea, C-tin Bulai, C-tin Mitrache, *op.cit.*, p.250 (probl.2-rezolvare); A. Dincu, I. Moicuț, *loc.cit.*, p.147.

21. A se vedea, C-tin Bulai, C-tin Mitrache, *op.cit.*, probl. 4, p.29-prezentând soluția Judecății Slatina, stp.pen. 789/1980.

22. A se vedea, TS, dec.secți.pen.nr. 2628 din 19 noiembrie 1981, în CD, p. 261-262

23. A. Dincu, I. Moicuț, *loc.cit.*, p. 146.

24. Filisănu, *loc.cit.*, p. 63; S. Stănoiu, *op.cit.*, p. 48-50 (Com.9); C-tin Bulai, C-tin Mitrache, *op.cit.*, (probl. 4-rezolvare), p. 250.

25. A se vedea, Nota redactiei la decizia penală nr. 562 din 29 iulie 1991 a Trib.jud. Constanța, în Dreptul, Anal II, Seria a III-a, Nr.1/1992, p.114.

26. A se vedea, M.N. Costin, *op.cit.*, p. 127. Autorul aduce și acest argument în susținerea punctului său de vedere cu privire la un alt caz, pe care noi l-am prezentat (vezi pct. 2.1.).

27. M. Zolyneak, *loc.cit.*, p. 61.

SUR LA POSIBILITÉ DE L'EXISTENCE DE LA CO-ACTION DANS LE CAS DES INFRACTIONS INVOLUNTAIRES

- R é s u m é -

L'auteur confronte les solutions théoriques aux celles de la pratique judiciaire dans la matière (encore controversée) sur l'existence de la co-action (co-activité) dans le cas des infractions commises par faute d'imprudence ou de négligence.

En acceptant, en principe, la possibilité d'une co-action dans le cas des infractions involontaires, on manifeste des réserves à l'égard de certaines solutions adoptées par la jurisprudence, qui sont soumises à la critique théorique. En même temps, on soutient la nécessité d'une réglementation expresse en cette matière en vue de l'élimination de toute controverse.

**EVOLUȚIA PROTECȚIEI MINORITARILOR PÂNĂ LA CONSTITUIREA
SISTEMULUI SOCIETĂȚII NAȚIUNILOR**

DE
MARIUS BALAN

Protectia minoritatilor reprezinta aspectul cel mai controversat al problematicii drepturilor omului¹. În sistemul democrației parlamentare, grupurile și căror membrii diferă sub aspect confesional, etnic sau lingvistic de populația majoritară sunt deseori reduse la situația de obiect pasiv al "voinei generale", la constituirea căreia nu pot contribui în mod efectiv.

Ideea protecției internaționale a grupurilor minoritare s-a începutenit treptat. Primele acorduri cuprinzând dispozitii în favoarea unor comunități religioase sau etnice erau mai degrabă expresia unui compromis de circumstanță, menit găsirii unui modus vivendi într-o situație conflictuală concretă². Pe măsură ce, în Europa centrală și occidentală, se cristalizează un sistem de entități statale independente – săt fată de autoritatea spirituală a Papei, cît și fată de puterea temporală a Sfintului Imperiu Roman – situația comunităților minoritare în raport cu puterea de stat se va schimba. Aceste grupuri nu vor mai reprezenta, prin simpla lor existență, o virtuală negare a legitimității suzeranului, dar se vor găsi în conflict tot mai accentuat de interesele cu majoritatea din momentul în care centrul de greutate al deciziei politice se mută dinspre guvernanti spre guvernati.

Acordurile internaționale cuprinzând referiri la populații de religie, limbă sau etnie diferite față de majoritate nu erau, bineîntelese, destinate în mod direct protecției acestor grupuri. De cele mai multe ori este vorba de dispozitii cu rol mai degrabă secundar, inserate cu scopul de a face mai acceptabile modificările teritoriale sau de statut internațional survenite în urma unor conflicte armate. Alteori stipularea unor drepturi pentru locuitorii unui anumit stat sub garantia unui stat semnatari viza crearea unui pretext pentru o intervenție ulterioară din partea puterii garante.

Examinarea actelor internaționale (și nu numai³) este făcută în cele ce urmează, sub aspectul protecției grupurilor minoritare. Aceasta nu implică investirea retroactivă cu o semnificatie valabilă doar pentru secolul nostru (în sensul concepției drepturilor omului),

evidențierea elementelor ce au constituit premize ale protecției contemporane a minorităților.

Deși fenomenul coexistenței mai multor comunități etnice sau religioase în cadrul acelorași formațiuni statale a fost cunoscut în istorie din cele mai vechi timpuri (și constituia mai degrabă regula decât excepția), implicațiile pe planul politicii internaționale ale unei asemenea situații apar abia în secolul al XVI-lea odată cu Reforma. Confruntările singeroase provocate de această gravă criză spirituală și politică a Europei centrale și occidentale au dus la necesitatea protejării a numeroase grupuri de populație. În acest context, nu confesiunea diferită a majorității populației facea ca protecția să devină necesară, ci faptul că suzeranul apartinea unei confesiuni diferite. Populația protejată prin tratate putea fi chiar majoritară, cel puțin în provincia care constituia obiectul acordului dintre state. Ne referim, bineînteleas, la persecuțiile din partea autoritatii de stat, și nu la excesele, frecvente de altfel, datorate ostilității locuitorilor de confesiune diferită.

Premiza politică a problemei minorităților o constituie stabilirea unui regim democratic, în care, datorită identificării programatice a guvernantilor cu guvernații precum și a constituirii "voinei generale" prin votul majoritatii, grupurile caracterizate prin trăsături etnice, religioase sau lingvistice distincte sunt împinsă într-o poziție de perpetuă inferioritate politică. Dar chiar și în absenta premizei menționate, faptul că doctrina și practica internațională admiteau reglementarea prin tratate a modului în care suzeranul avea să-si exerce autoritatea față de anumite categorii de supuși va constitui un important precedent pentru solutionarea controverselor privitoare la regimul aplicabil minorităților în statele democratice de mai tîrziu.

Primele dispozitii referitoare la problema confesională apar într-o serie de acorduri din secolul al XVI-lea, cel de la Passau (1552) dintre principii catolici și cei protestanți din Sfîntul Imperiu Roman fiind cel mai semnificativ. Prevederile acordului de la Passau vor fi reluate în cuprinsul hotărîrii Dietei Imperiale, întrunite în 1555 la Augsburg, act pe care istoria îl consemnează drept "Pacea religioasă de la Augsburg". Prin actele menționate se recunoaște existența confesiunii evanghelice (denumită în textul hotărîrii Dietei "Confessio Augustana"), stipulîndu-se totodată renunțarea – de către autoritatîile imperiale și prințiere – la exercitarea prerogativelor statale în scopul convertirii celor ce aparțineau de această confesiune. Actele menționate nu vizau instituirea unui nou principiu în raporturile dintre confesiuni, ci doar păstrarea situației existente la momentul respectiv, avînd mai degrabă caracterul unui armistit, limitat de altfel la raporturile dintre catolici și evanghelici (protestanți)⁶. Aceste dispozitii au fost reluate și dezvoltate la încheierea Păcii de la Westfalia (tratatele încheiate la 24 octombrie 1648 la Münster și Osnabrück). Înăuntrul era în vigoare principiul "cuius regio eius religio", conform căruia suzeranii diverselor formațiuni statale (iar în cazul orașelor libere – patriciatul –) aveau prerogativa de a impune confesiunea proprie populației din teritoriul aflat sub autoritatea lor (ius reformati). În aceste condiții, apărea, firește, problema protejării comunităților care nu doreau să adopte (sau să păstreze) confesiunea suzeranului⁷.

Tratatele semnate la Münster și Osnabrück au rezolvat parțial această problemă prin faptul că au acordat supusilor de confesiune diferită dreptul practicării nestinherite a propriului cult religios, garantîndu-le totodată și exercitarea nestinherită a drepturilor

civile. Este însă de menționat că dispozițiile tratatelor amintite se limitau la confesiunile romano-catolică, evanghelică (protestantă) și reformată⁸, cu excluderea implicită a celorlalte.

Problema protejării unor anumite confesiuni religioase avea să se mai pună cu prilejul încheierii tratatelor ce consfîntau cesiuni teritoriale. În statele Europei centrale și occidentale (state catolice și protestante), apăreau frecvent cazuri în care locuitorii unor teritorii cedate ajungeau sub jurisdicția unui stat locuit de o populație de o altă confesiune sau cîrmuit de un principie de altă confesiune. Sunt de menționat în acest sens: tratatul de la Oliva (3 mai 1660), încheiat între Polonia și Suedia⁹, tratatul de la Nijmegen (1678), încheiat între Olanda și Franța¹⁰, tratatul de pace de la Ryswick (1697) și tratatul de pace de la Paris (1763), care a pus capăt războiului de șapte ani¹¹. Dispozitii similare conține și tratatul încheiat în anul 1773 la Varșovia, între Rusia, Prusia și Austria, tratat care a consfîntit prima împărțire a Poloniei¹².

Problema confesională va sta și în atenția Congresului de la Viena (1815). Astfel, provinciile care compun astăzi Regatul Belgiei; dependente pînă atunci, în baza principiului legitimității, de Austria și a căror populație era de confesiune catolică, urmău să fie incorporate Olandei. Conform articolului 2 al protocolului încheiat în acest sens la 24 iunie 1814, se garantează protectia egală a tuturor confesiunilor și admiterea în funcții publice a tuturor persoanelor indiferent de religie¹³.

Anumite particularități prezintă situația din sud-estul Europei, în contextul destrămării Imperiului Otoman și al intervenției statelor europene. Imperiul Otoman era constituit pe baza unei concepții politico-statale teocratice, în care normele juridice aveau caracterul unei legi revelate ("Sharia"). Unicul izvor de drept în ceea ce privea justitia și administrația era Coranul¹⁴. Statul otoman era practic lipsit de un aparat doctrinar și normativ vizînd integrarea supușilor nemusulmani. Aceștia erau dezarmați în fața justitiei și administrației otomane, bazate pe o concepție care nu ținea cont de existența în stat a unor indivizi de religie diferită. În această situație se poate înțelege aparitia instituției capitulatiilor. Suzeranii unor state creștine (Franța și Rusia) au luat sub protecția lor locuitorii creștini ai Imperiului, străini și supuși sultanului deopotrivă, obținind chiar – în cazul Franței – plasarea unora dintre acestia sub jurisdicție consulară. În epoca noastră asemenea soluții par aproape inaceptabile pentru un stat suveran. Atitudinea Turciei se poate explica prin două circumstanțe, și anume: inexistența unei concepții teritoriale asupra suveranității de stat (o asemenea concepție – modernă – era pe atunci cunoscută doar în statele creștine ale Europei, constituind chiar și pentru acestea o nouitate) și interesul relativ scăzut față de supușii nemusulmani, a căror subordonare față de o jurisdicție străină nu era de natură să lezeze dreptul musulman. Pentru acesta, soluționarea litigiilor unor persoane a căror existență, de altfel o ignoră, nu prezenta prea mare importanță.

În aceste condiții, intervenția statelor europene în chestiunile de ordin intern ce priveau populația creștină din Imperiul Otoman a devenit de domeniul practicii curente, încrețîtenindu-se pe măsură ce declinul politic și militar al Portii se accentua. Primul tratat internațional ce prezintă interes sub acest aspect este tratatul de pace încheiat la Karlowitz (26 ianuarie 1699) între Austria și Turcia. Tratatul confirmă anumite privilegii ale bisericii romano-catolice și consacra un drept de intervenție al împăratului Austriei în chestiuni ce priveau exercitarea acestui cult, drept confirmat ulterior prin tratatele de

evidențierea elementelor ce au constituit premize ale protecției contemporane a minorităților.

Deși fenomenul coexistenței mai multor comunități etnice sau religioase în cadrul acelorași formațiuni statale a fost cunoscut în istorie din cele mai vechi timpuri (și consuetau mai degrabă regula decât excepția), implicațiile pe planul politicii internaționale ale unei asemenea situații apar abia în secolul al XVI-lea odată cu Reforma. Confruntările singeroase provocate de această gravă criză spirituală și politică a Europei centrale și occidentale au dus la necesitatea protejării a numeroase grupuri de populație. În acest context, nu confesiunea diferită a majorității populației facea ca protecția să devină necesară, ci faptul că suzeranul apartinea unei confesiuni diferite. Populația protejată prin tratate putea fi chiar majoritară, cel puțin în provincia care constituia obiectul acordului dintre state. Ne referim, vineînteleș, la persecuțiile din partea autorității de stat, și nu la excesele, frecvente de altfel, datorate ostilității locuitorilor de confesiune diferită.

Premiza politică a problemei minorităților o constituie stabilirea unui regim democratic, în care, datorită identificării programatice a guvernantilor cu guvernații precum și a constituirii "voinei generale" prin votul majoritatii, grupurile caracterizate prin trăsături etnice, religioase sau lingvistice distincte sunt împinsă într-o poziție de perpetuă inferioritate politică. Dar chiar și în absența premizei menționate, faptul că doctrina și practica internațională admiteau reglementarea prin tratate a modului în care suzeranul avea să-și exerce autoritatea față de anumite categorii de supuși va constitui un important precedent pentru soluționarea controverselor privitoare la regimul aplicabil minorităților în statele democratice de mai tîrziu.

Prin cele dispozitii referitoare la problema confesională apar într-o serie de acorduri din secolul al XVI-lea, cel de la Passau (1552) dintre principii catolici și cei protestanți din Sfântul Imperiu Roman fiind cel mai semnificativ. Prevederile acordului de la Passau vor fi reluate în cuprinsul hotărîrii Dietei Imperiale, întrunite în 1555 la Augsburg, act pe care istoria îl consemnează drept "Pacea religioasă de la Augsburg". Prin actele menționate se recunoaște existența confesiunii evanghelice (denumită în textul hotărîrii Dietei "Confessio Augustana"), stipulindu-se totodată renunțarea – de către autoritățile imperiale și principale – la exercitarea prerogativelor statale în scopul convertirii celor ce aparțineau de această confesiune. Actele menționate nu vizau instituirea unui nou principiu în raporturile dintre confesiuni, ci doar păstrarea situației existente la momentul respectiv, având mai degrabă caracterul unui armistit, limitat de altfel la raporturile dintre catolici și evanghelici (protestanți)⁶. Aceste dispozitii au fost reluate și dezvoltate la încheierea Păcii de la Westfalia (tratatele încheiate la 24 octombrie 1648 la Münster și Osnabrück). Înăuntrul era în vigoare principiul "cuius regio eius religio", conform căruia suzeranii diverselor formațiuni statale (iar în cazul orașelor libere – patriciatul –) aveau prerogativa de a impune confesiunea proprie populației din teritoriul aflat sub autoritatea lor (ius reformati). În aceste condiții, apără, firește, problema protejării comunităților care nu doreau să adopte (sau să păstreze) confesiunea suzeranului⁷.

Tratatele semnate la Münster și Osnabrück au rezolvat parțial această problemă prin faptul că au acordat supusilor de confesiune diferită dreptul practicării nestincherite a propriului cult religios, garantindu-le totodată și exercitarea nestincherită a drepturilor

civile. Este însă de menționat că dispozițiile tratatelor amintite se limitau la confesiunile romano-catolică, evanghelică (protestantă) și reformată⁸, cu excluderea implicită a celorlalte.

Problema protejării unor anumite confesiuni religioase avea să se mai pună cu prilejul încheierii tratatelor ce consfințeau cesiuni teritoriale. În statele Europei centrale și occidentale (state catolice și protestante), apăreau frecvent cazuri în care locuitorii unor teritorii cedate ajungeau sub jurisdicția unui stat locuit de o populație de o altă confesiune sau cîrmuit de un principă de altă confesiune. Sunt de menționat în acest sens: tratatul de la Oliva (3 mai 1660), încheiat între Polonia și Suedia⁹, tratatul de la Nijmegen (1678), încheiat între Olanda și Franța¹⁰, tratatul de pace de la Ryswick (1697) și tratatul de pace de la Paris (1763), care a pus capăt războiului de sapte ani¹¹. Dispozitii similare conține și tratatul încheiat în anul 1773 la Varșovia, între Rusia, Prusia și Austria, tratat care a consfințit prima împărțire a Poloniei¹².

Problema confesională va sta și în atenția Congresului de la Viena (1815). Astfel, provinciile care compun astăzi Regatul Belgiei; dependente pînă atunci, în baza principiului legitimității, de Austria și a căror populație era de confesiune catolică, urmău să fie incorporate Olandei. Conform articolului 2 al protocolului încheiat în acest sens la 24 iunie 1814, se garantează protecția egală a tuturor confesiunilor și admiterea în funcții publice a tuturor persoanelor indiferent de religie¹³.

Anumite particularități prezintă situația din sud-estul Europei, în contextul destrămării Imperiului Otoman și al intervenției statelor europene. Imperiul Otoman era constituit pe baza unei concepții politico-statale teocraticice, în care normele juridice aveau caracterul unei legi revelate ("Sharia"). Unicul izvor de drept în ceea ce privea justiția și administrația era Coranul¹⁴. Statul otoman era practic lipsit de un aparat doctrinar și normativ vizînd integrarea supușilor nemusulmani. Aceștia erau dezarmati în fața justiției și administrației otomane, bazate pe o concepție care nu ținea cont de existența în stat a unor indivizi de religie diferită. În această situație se poate înțelege aparitia instituției capitulatiilor. Suzeranii unor state creștine (Franța și Rusia) au luat sub protecția lor locuitorii creștini ai Imperiului, străini și supuși sultanului deopotrivă, obținind chiar – în cazul Franței – plasarea unora dintre acestia sub jurisdicție consulară. În epoca noastră asemenea soluții par aproape inaceptabile pentru un stat suveran. Atitudinea Turciei se poate explica prin două circumstanțe, și anume: inexistența unei concepții teritoriale asupra suveranității de stat (o asemenea concepție – modernă – era pe atunci cunoscută doar în statele creștine ale Europei, constituind chiar și pentru acestea o nouitate) și interesul relativ scăzut față de supușii nemusulmani, a căror subordonare fată de o jurisdicție străină nu era de natură să lezeze dreptul musulman. Pentru acesta, soluționarea litigiilor unor persoane a căror existență, de altfel o ignoră, nu prezenta prea mare importanță.

În aceste condiții, intervenția statelor europene în chestiunile de ordin intern ce priveau populația creștină din Imperiul Otoman a devenit de domeniul practicii curente, încrețenindu-se pe măsură ce declinul politic și militar al Portii se accentua. Primul tratat internațional ce prezintă interes sub acest aspect este tratatul de pace încheiat la Karlowitz (26 ianuarie 1699) între Austria și Turcia. Tratatul confirmă anumite privilegii ale bisericii romano-catolice și consacra un drept de intervenție al împăratului Austriei în chestiuni ce priveau exercitarea acestui cult, drept confirmat ulterior prin tratatele de

pace de la Passarowitz (1718) și Belgrad (1739)¹⁵.

Drepturi asemănătoare au fost instituite în favoarea Rusiei prin tratatul de pace de la Kuciuk-Kainardji, încheiat la 10 iulie 1774¹⁶. Articolul 7 (alin. 2) din acest tratat prevedea ca Înalta Poartă să protejeze religia creștină și bisericile ţinând de aceasta. Rusia obținea dreptul de a interveni în sprijinul populațiilor creștine din Imperiul Otoman (art. 16, alin. 10)¹⁷.

Au urmat acțiuni similare ale celorlalte puteri europene. În protocolul nr.3, încheiat la Londra la 3 februarie 1830, se statua obligația Greciei (care își dobîndise independența în 1829, prin tratatul de la Adrianopol) de a accepta practicarea liberă și nestingherită a cultului romano-catolic. Actul mai cuprindea și dispozitii privind situația pe picior de egalitate a tuturor cetățenilor, indiferent de religie, în toate raporturile bisericești, civile sau politice¹⁸.

Situată juridică a Turciei avea să se schimbe întrucâtva în urma războiului Crimeei. Turcia – aflată de data aceasta în rîndurile puterilor învingătoare – reușește să obțină inserarea, în cuprinsul tratatului de pace de la Paris (1856), a unei clauze conform căreia, puterile europene renunță la orice drept de intervenție în chestiunile care priveau raporturile dintre sultan și supușii săi¹⁹. Totuși intervențiile statelor europene nu au început²⁰.

Congresul de la Berlin (13 iunie – 13 iulie 1878) a reprezentat un progres considerabil în domeniul, fiind considerat drept o "reală inaugurare a unui sistem de protecție a minorităților"²¹. Principiul protecției egale a tuturor confesiunilor religioase, proclamat în cadrul congresului, a fost incorporat în tratatul de pace încheiat la 13 iulie 1878, prin dispozitiile articolelor 5, 27, 35, 44 și 62. Astfel, în articolul 44 se prevedea că "în România deosebirea de credință sau de confesiune nu va putea fi opusă nimănui ca un motiv de excludere sau de incapacitate în ceea ce privește bucurarea de drepturi civile sau politice, admiterea în sarcini publice, funcții sau onoruri sau exercitarea diferitelor profesioni sau industrii, în orice localitate ar fi..."²². Acceptarea acestor prevederi constituia o condiție prealabilă a recunoașterii independenței (art. 43). Sanctiunea pentru nerespectarea obligațiilor referitoare la nediscriminare consta în nerecunoașterea (sau, eventual, retragerea recunoașterii) statelor nou apărute. Practic aceste dispozitii erau lipsite de eficiență, întrucât în doctrina de drept internațional de atunci – ca și în prezent – recunoașterea avea un caracter declarativ²³. Un alt aspect controversat ridicat de aplicarea tratatului îl constituia încrețirea ("împămintirea") evreilor în cazul României, ceea ce impunea revizuirea articolului 7 din Constituție. Aliniatul al doilea din acest articol prevedea că "numai străinii de rituri creștine pot obține împămintirea".

În România, nici chiar evreii stabiliți în țară de generații – și care reprezentau o mică parte din totalul populației evreiescă – nu dobândiseră cetățenia. Acum se cerea încrețirea în bloc a tuturor locuitorilor evrei. Procedura de revizuire a durat mai mult de un an și a susținut discuții aprinse în lumea politică românească²⁴. Articolul 7, în varianta revizuită, prevedea că "diferența de credință religioasă și confesiune nu constituie în România o piedică pentru dobândirea drepturilor civile și politice și pentru exercitarea acestora"²⁵. Aliniatul al treilea al articolului preciza că împămintirea urma să se facă în mod individual și în virtutea unei legi. Această prevedere practic lipsea de eficiență dispozitiile din aliniatul precedent și eluda prevederile tratatului.

Tratatele încheiate ulterior contin și dispozitii referitoare la protejarea persoanelor

de credință musulmană. Turcia obține, prin tratatul încheiat cu marile puteri la 24 mai 1881, instituirea unor garanții privind libertatea religioasă și menținerea jurisdicției proprii pentru populația musulmană din teritoriile cedate Greciei. Egalitatea în exercitarea drepturilor civile și religioase va fi recunoscută și în favoarea musulmanilor din Bulgaria, prin tratatul de la Constantinopol, încheiat la 29 septembrie 1913 (între Turcia și Bulgaria)²⁶.

În nici unul din tratatele mentionate nu a fost folosit termenul de "minoritate". În textul acestor tratate se facea referire la anumite religii, anumite confesiuni, la persoanele aparținând acestora sau la libertatea de cult. Termenul de "minoritate" apare pentru prima dată în cuprinsul unei note, trimisă la 31 ianuarie/13 februarie 1914 Greciei de către marile puteri. Nota privea Insulele Egee și cuprindea referiri la protecția "minorităților islamic" aflate pe aceste insule²⁷.

O reglementare cuprinzătoare a protecției unor minorități religioase o întâlnim în textul tratatului de pace, încheiat la București între Puterile Centrale și România, tratat care a rămas neratificat. Dispozițiile tratatului impuneau protecția legală și administrativă a cultelor romano-catolic, ortodox bulgar, protestant, islamic și mozaic în aceeași măsură cu protecția conferită cultului ortodox, în special în privința dreptului de a crea parohii și comunități de cult, precum și școli confesionale (art. XVII). În afară de aceasta, tratatul mai prevedea ca religia sau confesiunea să nu influențeze drepturile civile sau politice ale cetățenilor (art. XVIII)²⁸.

După cum am mai menționat, pînă în secolul nostru nu a existat termenul de "minoritate națională". Minoritățile naționale au fost, în majoritatea cazurilor, protejate implicit de dispozițiile tratatelor cuprinzînd stipulații în favoarea minorităților religioase²⁹.

O problemă a minorităților naționale – în sensul actual al cuvîntului – apare abia după Revoluția Franceză³⁰. Strîns legată de dezvoltarea conceptului de "națiune", ideea protecției minorităților a fost influențată de impunerea nouului principiu al "libertății cetățenilor" în locul mai vechii "libertăți a principilor"³¹, de afirmarea în teoria statului a principiilor democratice precum și de impunerea treptată a principiului naționalităților³².

Prima recunoaștere pe planul dreptului internațional a unei națiuni ca entitate distinctă în cadrul unei formațiuni statale străine o întîlnim la Conferința de pace de la Viena. Aliniatul al doilea al art. I din actul final adoptat de conferință la 9 iunie 1815 prevedea: "Les Polonais, sujets respectifs des hautes parties contractantes, obtiendront des institutions qui assureront la conservation de leur nationalité, d'après les formes d'existence politique que chacun des gouvernements, aux quelles ils appartiennent, jugera favorable de leur accorder"³³.

Pacea de la Adrianopol (2/14 septembrie 1829) consfințează autonomia principatelor Moldova și Tara Românească și acordă posibilitatea constituirii unei administrații moderne proprii. Aceste drepturi au fost confirmate și extinse prin tratatul de pace de la Paris (1856). Prin acest din urmă tratat se confirma și autonomia Serbiei, care fusese declarată autonomă pentru prima oară în cuprinsul tratatului de pace de la București (16/28 mai 1812), încheiat între Rusia și Turcia³⁴. Tratatul de pace de la Berlin (1878) prevedea, în articolul 13, autonomie administrativă pentru locuitorii Rumeției orientale, sub conducerea unui guvernator central de religie creștină³⁵.

Autonomia care a fost acordată prin tratatele menționate unor anumite teritorii,

aflate fie sub suzeranitate otomană, fie sub administrația directă a Turciei nu reprezenta însă recunoașterea unor drepturi collective în favoarea locuitorilor acestora. Inserarea în textul acordurilor internaționale a unor asemenea dispoziții însemna, fireste, luarea în considerație a factorului etnic, dar acesta constituia doar o soluție concretă pentru un anumit litigiu fără a implica instituirea unor drepturi direct legale de ideea de națune.

Tratatul de pace de la Berlin (1878) și dispozitii în care factorul etnic este menționat în mod explicit. Astfel articolul 4 (referitor la Bulgaria) al tratatului prevedea că "în districtele unde bulgarii locuiesc împreună cu turci, români, greci sau cu alte populații, drepturile și interesele acestor populații vor trebui luate în considerare în ceea ce privește alegerile și adoptarea legii organice"³³.

Tratatul de la Constantinopol, încheiat între Turcia și Bulgaria la 16/29 septembrie 1913, acorda, de asemenea, etnicilor turci din Bulgaria, precum și grecilor din Turcia, drepturi egale cu populația majoritară (art. 8 și 9)³⁴.

Criteriul lingvistic a fost menționat expres mult mai rar. Înțilnirea dispozitiei de acest fel în textul tratatului încheiat între Serbia și Turcia, la 1/14 martie 1914³⁵. Serbia se obliga să permită folosirea limbii turce în școlile mahomedane din teritoriile cedate de Turcia. Tratatul dintre Albania și Grecia (încheiat la 17 mai 1914) cuprindea dispozitii privind protejarea învățământului în limba greacă și folosirea acestei limbi în administrație și justiție de către persoanele aparținând minoritatii grecesti³⁶.

Dispozitiile din actele menționate vor dobândi o nouă semnificație la sfîrșitul primului război mondial. În condițiile afirmării puternice a principiului naționalităților și ale modificărilor de frontieră, se va face simțită necesitatea reglementării globale a situației minorităților apărute în noile state. Trecerea de la statutul de cetățeni ai unui stat multinational la cel de cetățeni diferenți prin limbă, religie sau etnie de majoritatea locuitorilor unui stat național a dus la invocarea dispozitiilor examineate mai sus drept precedent pentru justificarea încheierii unor tratate ale minorităților³⁷.

Odată cu instituirea unui sistem internațional de protecție a minorităților în dreptul pozitiv, a fost făcut pasul decisiv către legitimarea protecției universale a drepturilor omului.

NOTE

1. PATRICK THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 385; FELIX ERMACORA, *Menschenrechte in der sich wandelnden Welt*, Wien, Österreichische Akademie der Wissenschaften, 1974, I. Bd., p.2 și urm.

2. Vezi ERNST FORSTHOFF, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, Berlin, 1940, p. 30 și urm. cu referire la acordul de la Passau și la hotărîrea Dietei Imperiale, întrunită la Augsburg în 1555. Pentru această epocă (pînă la Pacea Westfalica) nu putem vorbi decît cu rezerve de un drept internațional în sensul modern al cuvintului, cel puțin pentru convențiile încheiate între formațiunile statale aflate sub suzeranitatea împăratului.

3. Într-o monarhie bazată pe dreptul divin, o comunitate de confesiune diferită ar putea nega, odată cu religia oficială, însuși temeiul juridic al puterii de stat.

4. Nu au caracter internațional capitulațiile care erau "acordate" de către suitan (desi în urma unor negocieri cu o putere străină). Acestea sunt, în principiu, acte interne și unilaterale. Pentru vestul Europei, actele încheiate între diferite formațiuni statale aflate sub suzeranitate imperială, nu pot fi considerate pe deplin drept acte internaționale.

5. E. FORSTHOFF, op.cit., p.30.

6. Ibid. p. 31.

7. ERNST FLACHBARTH, *System des internationalen Minderheitenschutzes. Positives materelles Minderheitenrecht*, Budapest, R. Gergely, 1937, p. 3 și urm.

8. Art. 5 al tratatului de la Osnabrück prevedea situaarea pe picior de egalitate a confesiunilor romano-catolică și protestantă, iar art. 7 al aceluiași tratat cuprindea dispoziții similare privind confesiunea reformată. V. HUGO WINTGENS, *Der völkerrechtliche Schutz nationaler, religiöser und sprachlicher Minderheiten*, Stuttgart, Emke, 1930, p. 66.

9. Suedia se obliga să respecte libertatea religioasă a locuitorilor din Livonia (provincie ce i-a fost cedată de Polonia). Vezi ARTHUR VON BALOCH, *Der internationale Schutz von Minderheiten*, München, Süd-Ost Verlag Adolf Dresler, 1928, p.8.

10. A. v. BALOGH, op.cit., p.9.

11. Se acorda libertate religioasă catolicilor din Canada (deci populației franceze), cedată de Franța Angliei. V. A.v. BALOGH, op.cit., p.9.

12. Se acorda libertate religioasă catolicilor polonezi din teritoriile obținute de Prusia și se garantau proprietățile acestora. V.E. FLACHBARTH, op.cit., p.9.

13. A. v. BALOGH. op.cit., p.9.

14. H. Wintgens, op.cit., p. 58 și Johannes LAMMEYER, *Das französische Protektorat über die Christen im Orient, historisch, politisch und rechtlich begründet*, Berna și Leipzig, Noske, 1919, p.15 și urm.

15. RENATE OXENKENCHT, *Der Schutz ethnischer, religiöser und sprachlicher Minderheiten im Artikel 27 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966*, Frankfurt am Main-Bern- New York-Paris, Peter Lang, 1988, p.11 și urm.

16. H. WINTGENS, op.cit., p. 58.

17. E. FLACHBARTH, op.cit., p.12.

18. Ibid. p. 12.

19. J. FOUQUES-DUPARC, *La protection des minorités de race, de langue et de religion*, Paris, Dalloz, 1922, p. 92.

20. De exemplu intervenția Franței în Liban. V. ANDRÉ MANDELSTAM, *La protection des minorités*, în Academie de Droit International de la HAYE, Recueil des Cours, 1923, vol. 1, p. 376.

21. N. VLADOIANU, *La protection des minorités en droit international*, Paris, Jouve, 1921, p.40, 91 și urm; GEORGE SOFRONIE, *Protectia minorităților de rasă, limbă și religie sub regimul Societății Națiunilor*, Oradea, ed. "Casa Națională a Județului Bihor", 1930, p. 37.

22. Monitorul Oficial nr. 151 din 11/23 iulie 1878. Dispoziții identice au fost statuite pentru Bulgaria (art. 5), pentru Muntenegru (art. 27), pentru Serbia (art. 35) și pentru Turcia (art. 62). Vezi și R. OXENKNECHT, op.cit., p. 14.

aflate fie sub suzeranitate otomană, fie sub administrația directă a Turciei nu reprezenta însă recunoașterea unor drepturi colective în favoarea locuitorilor acestora. Inserarea în textul acordurilor internaționale a unor asemenea dispoziții însemna, firește, luarea în considerație a factorului etnic, dar acesta constituia doar o soluție concretă pentru un anumit litigiu fără a implica instituirea unor drepturi direct legale de ideea de națiune.

Tratatul de pace de la Berlin (1878) și dispoziții în care factorul etnic este menționat în mod explicit. Astfel articolul 4 (referitor la Bulgaria) al tratatului prevedea că "în districtele unde bulgarii locuiesc împreună cu turci, români, greci sau cu alte populații, drepturile și interesele acestor populații vor trebui luate în considerare în ceea ce privește alegerile și adoptarea legii organice"³⁵.

Tratatul de la Constantinopol, încheiat între Turcia și Bulgaria la 16/29 septembrie 1913, acorda, de asemenea, etnicilor turci din Bulgaria, precum și grecilor din Turcia, drepturi egale cu populația majoritară (art. 8 și 9)³⁶.

Criteriul lingvistic a fost menționat expres mult mai rar. Înțălinim dispoziții de acest fel în textul tratatului încheiat între Serbia și Turcia, la 1/14 martie 1914³⁷. Serbia se obliga să permită folosirea limbii turce în școlile mahomedane din teritoriile cedate de Turcia. Tratatul dintre Albania și Grecia (încheiat la 17 mai 1914) cuprindea dispoziții privind protejarea învățământului în limba greacă și folosirea acestei limbi în administrație și justiție de către persoanele aparținând minoritatii grecesti³⁸.

Dispozițiile din actele menționate vor dobândi o nouă semnificație la sfîrșitul primului război mondial. În condițiile afirmării puternice a principiului nationalităților și ale modificărilor de frontieră, se va face simțită necesitatea reglementării globale a situației minoritatilor apărute în noile state. Trecerea de la statutul de cetățeni ai unui stat multinational la cel de cetățeni diferenți prin limbă, religie sau etnie de majoritatea locuitorilor unui stat național a dus la invocarea dispozițiilor examineate mai sus drept precedent pentru justificarea încheierii unor tratate ale minoritatilor³⁹.

Odată cu instituirea unui sistem internațional de protecție a minoritatilor în dreptul pozitiv, a fost făcut pasul decisiv către legitimarea protecției universale a drepturilor omului.

NOTE

1. PATRICK THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 385; FELIX ERMACORA, *Menschenrechte in der sich wandelnden Welt*, Wien, Österreichische Akademie der Wissenschaften, 1974, 1. Bd., p.2 și urm.

2. Vezi ERNST FORSTHOFF, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, Berlin, 1940, p. 30 și urm. cu referire la acordul de la Passau și la hotărîrea Dietei Imperiale, întrunită la Augsburg în 1555. Pentru această epocă (pînă la Pacea Westfalică) nu putem vorbi decît cu rezerve de un drept internațional în sensul modern al cuvintului, cel puțin pentru convențiile încheiate între formațiunile statale aflate sub suzeranitatea împăratului.

3. Într-o monarhie bazată pe dreptul divin, o comunitate de confesiune diferență ar putea nega, odată cu religia oficială, însuși temeiul juridic al puterii de stat.

4. Nu au caracter internațional capitulațiile care erau "acordate" de către suitan (desi în urma unor negocieri cu o putere străină). Acestea sunt, în principiu, acte interne și unilaterale. Pentru vestul Europei, actele încheiate între diferite formațiuni statale aflate sub suzeranitate imperială, nu pot fi considerate pe deplin drept acte internaționale.

5. E. FORSTHOFF, op.cit., p.30.

6. Ibid. p. 31.

7. ERNST FLACHBARTH, System des internationalen Minderheitenschutzes. Positives materielles Minderheitenrecht, Budapest, R. Gergely, 1937, p. 3 și urm.

8. Art. 5 al tratatului de la Osnabrück prevedea situația pe picior de egalitate a confesiunilor romano-catolică și protestantă, iar art. 7 al aceluiași tratat cuprindea dispoziții similare privind confesiunea reformată. V. HUGO WINTGENS, Der völkerrechtliche Schutz nationaler, religiöser und sprachlicher Minderheiten, Stuttgart, Emke, 1930, p. 66.

9. Suedia se obliga să respecte libertatea religioasă a locuitorilor din Livonia (provincie ce i-a fost cedată de Polonia). Vezi ARTHUR VON BALOCH, Der internationale Schutz von Minderheiten, München, Süd-Ost Verlag Adolf Dresler, 1928, p.8.

10. A. v. BALOGH, op.cit., p.9.

11. Se acorda libertate religioasă catolicilor din Canada (deci populației franceze), cedată de Franța Angliei. V. A.v. BALOGH, op.cit., p.9.

12. Se acorda libertate religioasă catolicilor polonezi din teritoriile obținute de Prusia și se garantau proprietățile acestora. V.E. FLACHBARTH, op.cit., p.9.

13. A. v. BALOGH. op.cit., p.9.

14. H. Wintgens, op.cit., p. 58 și Johannes LAMMEYER, Das französische Protektorat über die Christen im Orient, historisch, politisch und rechtlich begründet, Berna și Leipzig, Noske, 1919, p.15 și urm.

15. RENATE OXENKENCHT, Der Schutz ethnischer, religiöser und sprachlicher Minderheiten im Artikel 27 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, Frankfurt am Main-Bern- New York-Paris, Peter Lang, 1988, p.11 și urm.

16. H. WINTGENS, op.cit., p. 58.

17. E. FLACHBARTH, op.cit., p.12.

18. Ibid. p. 12.

19. J. FOUQUES-DUPARC, La protection des minorités de race, de langue et de religion, Paris, Dalloz, 1922, p. 92.

20. De exemplu intervenția Franței în Liban. V. ANDRÉ MANDELSTAM, La protection des minorités, în Academie de Droit International de la HAYE, Recueil des Cours, 1923, vol. 1, p. 376.

21. N. VLADOIANU, La protection des minorités en droit international, Paris, Jouve, 1921, p.40, 91 și urm; GEORGE SOFRONIE, Protectia minorităților de rasă, limbă și religie sub regimul Societății Națiunilor, Oradea, ed. "Casa Națională a Județului Bihor", 1930, p. 37.

22. Monitorul Oficial nr. 151 din 11/23 iulie 1878. Dispoziții identice au fost statuite pentru Bulgaria (art. 5), pentru Muntenegru (art. 27), pentru Serbia (art. 35) și pentru Turcia (art. 62). Vezi și R. OXENKNECHT, op.cit., p. 14.

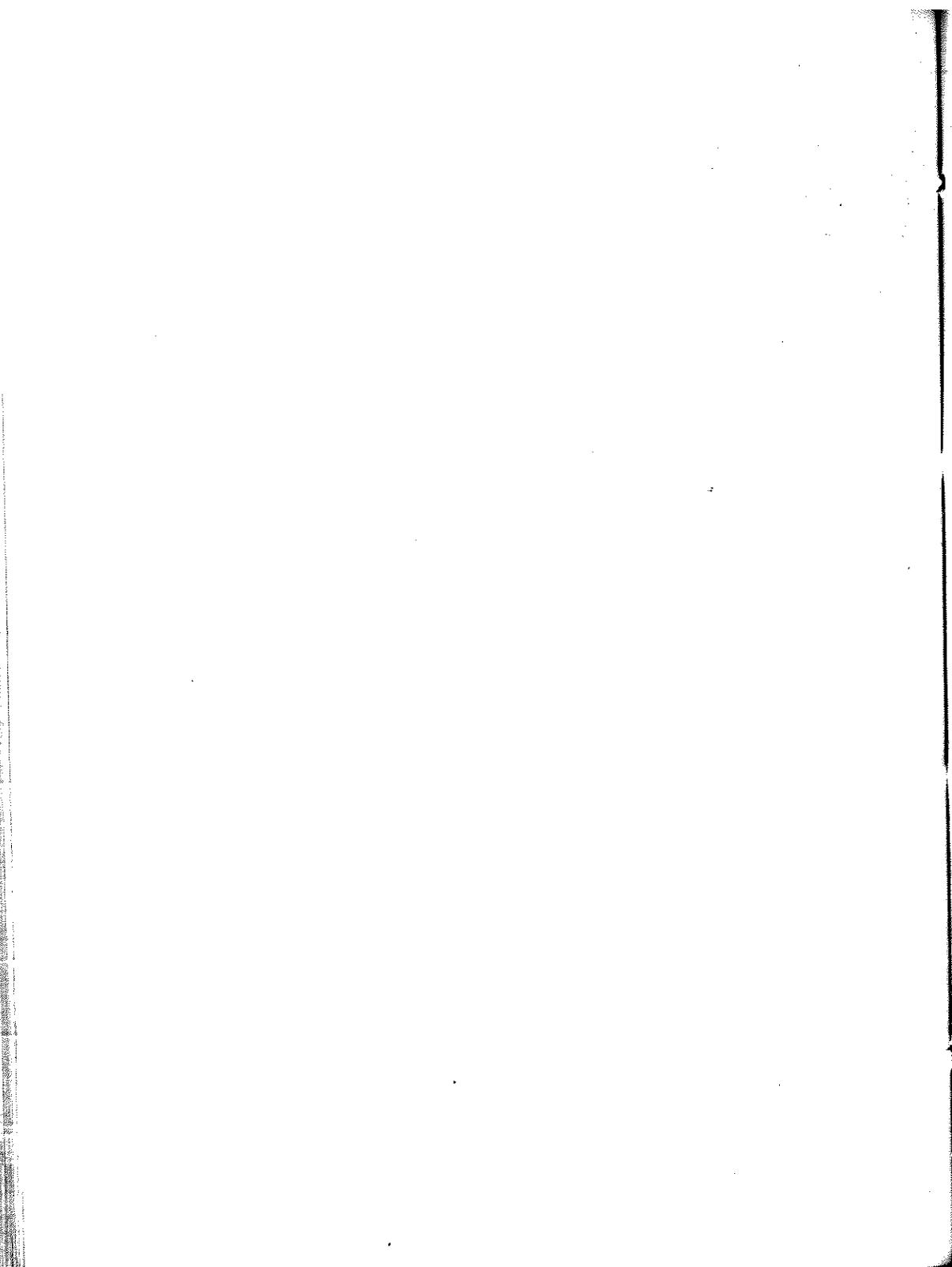
23. N. VLADOIANU, op.cit., p. 43.
24. ELIODOR FOCSĂNEANU, Istoria constituțională a României, 1859-1991, București, Humanitas, 1992, p. 34.
25. Monitorul Oficial nr. 232 din 13/25 octombrie 1879.
26. R. OXENKNECHT, op.cit. p. 15 și urm.
27. H. WINTGENS, op.cit., p. 81.
28. J. KREPPEL, Der Friede im Osten, Wien, 1918, citat de E. FLACHBARTH, op.cit., p.17.
29. R. OXENKNECHT, op.cit., p. 17.
30. Ibid., p. 17.
31. Ibid., p. 18.
32. GUY HÉRAUD, Minoritäten und ethnische Gruppen in der europäischen Geschichte bis 1939 – Selbstbestimmungsrecht der Völker und Schutz der Minoritäten, în "Volksgruppenrecht – ein Beitrag zur Friedenssicherung", editat de FRITZ WITTMAN și STEFAN BETHLEN, München și Viena, Günter Olzog, 1980, p. 20.
33. Ibid. p. 40.
34. Ibid. p. 40.
35. R. OXENKNECHT, op.cit., p. 18.
36. Ibid. p. 18.
37. Ibid. p. 21.
38. E. FLACHBARTH, op.cit., p. 28.
39. R. OXENKNECHT, op.cit., p. 25.
40. Vezi în acest sens nota diplomatică a lui Clémenceau către președintele polonez Paderewski (24 iunie 1919) în care se afirmă: "c'est une procédure depuis longtemps établie en Droit public européen que lorsqu'un État est créé, ou même lorsqu'un État déjà existant reçoit des accroissements territoriaux considérables, sa reconnaissance collective et formelle des grandes puissances doit être accompagnée de l'assurance que cet État s'engagera, sous forme d'une convention internationale, à observer certaines principes de gouvernement", Citat după HERBERT KRAUS, Das Recht der Minderheiten. Materialien zur Einführung in das Verständnis des modernen Minderheitenproblems, Berlin, Stilke, 1930, p. 43.

L'ÉVOLUTION DE LA PROTECTION DES MINORITÉS JUSQU'AU ÉTABLISSEMENT DU SYSTÈME DE LA SOCIÉTÉ DES NATIONS

- Résumé -

Le problème des minorités représent l'aspect le plus sensible de la protection des droits de l'homme. On peut dire que les droits de l'homme ont été créés pour protéger des minorités (éthniques, religieuses ou même politiques). Pour cette raison l'évolution du droit international positif à l'égard du régime juridique des personnes qui diffèrent du point de vue éthnique, religieux ou linguistique par rapport à la population majoritaire suscite assez d'intérêt.

En examinant les nombreux instruments internationaux qui englobent des dispositions en faveur des minorités dès 1648 (les traités de Münster et Osnabrück) et jusqu'à la première guerre mondiale on peut constater une évolution très intéressante, évolution qui fait l'objet de cet article. Initialement les traités protégeaient certaines confessions religieuses, certaines provinces historiques ou certaines groupes de population. Graduellement les dispositions deviennent de plus en plus générales, en ce qui concerne la prohibition de la discrimination religieuse et ethnique. A la veille de la première guerre mondiale les premières doctrinales d'une protection générale des minorités (et implicitement des droits de l'homme) sont déjà accomplies.



**CONVENTIA DE LA HAGA DIN OCTOMBRIE 1985 CU PRIVIRE
LA LEGEA APPLICABILĂ CONTRACTULUI DE VÎNZARE
INTERNATIONALĂ DE MÂRFURI**

DE

IOAN MACOVEI și GABRIELA LUPȘAN

I Generalități

Între 14 și 30 octombrie 1985, la Haga a avut loc, sub forma unei conferințe diplomatice, o sesiune extraordinară a Conferinței de drept internațional privat. Două trăsături caracterizează lucrările acestei reuniuni:

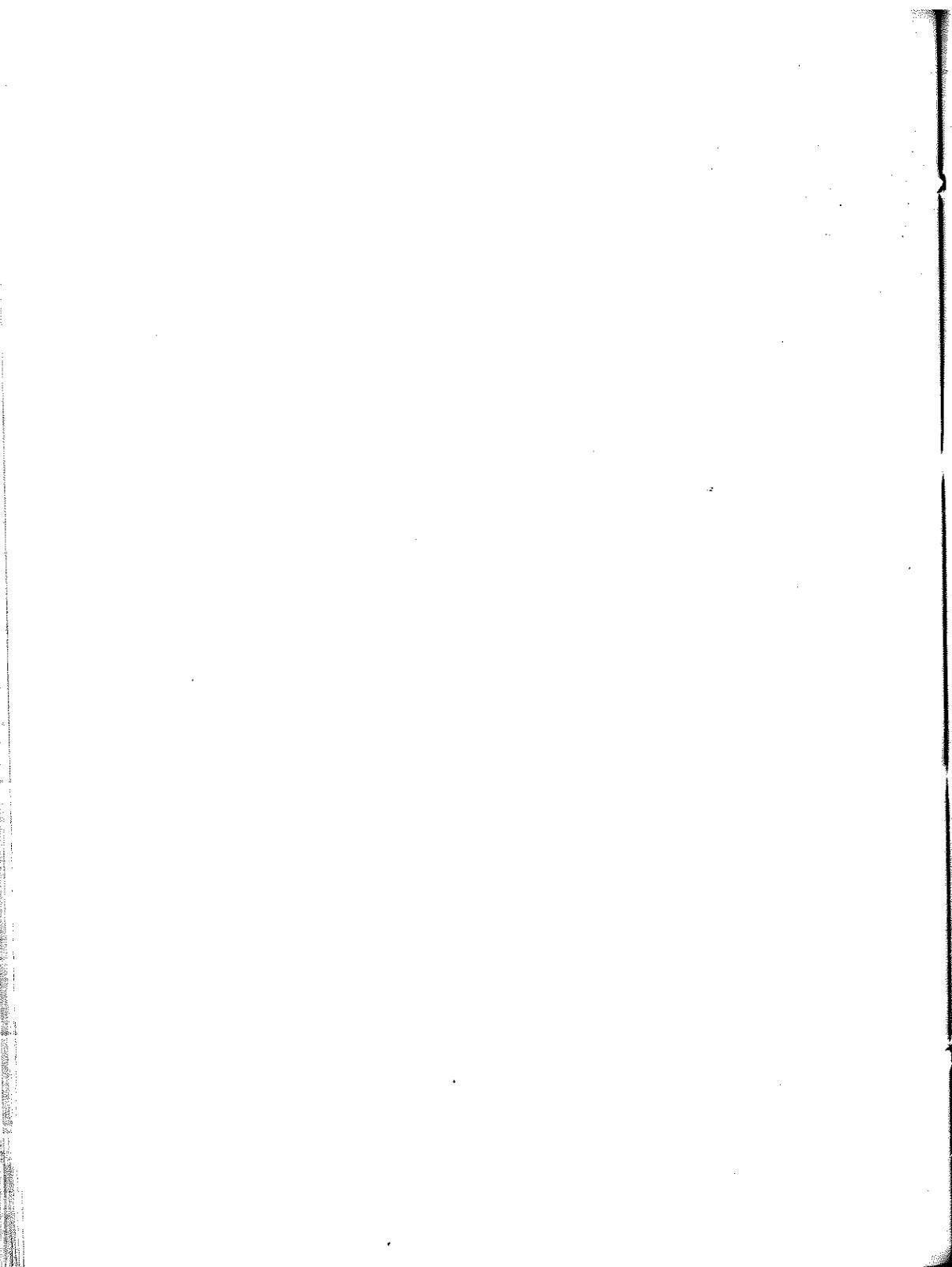
- ampioare, deoarece toate statele membre ale CNUDCI au fost invitate, actul final fiind semnat de reprezentanții a 53 de state;

- unicitatea obiectului, deoarece la ordinea de zi nu figura decât elaborarea unei singure Convenții - Convenția asupra legii aplicabile contractelor de vînzare internațională de mârfuri¹. Acest obiect a fost ales însă din 1980 pentru multe motive, dintre care amintim:

a) Importanța fundamentală a contractului de vînzare în comerțul internațional nu mai trebuie să fie demonstrată. Vînzarea este contractul cel mai folosit și constituie tehnica juridică de bază în schimburile internaționale.

b) Dreptul contractelor, în general, și cel al vînzării, în special, este domeniul în care unificarea pare mai usor de realizat, deoarece divergențele între sistemele juridice în această materie sunt mai puțin ascuțite decât cele din alte materii. Acest aspect este adevărat nu numai în planul regulilor materiale, dar și în cel al regulilor de conflict. Într-diferitele sisteme de drept internațional privat există o certă uniformitate legată de admiterea legii autonomiei, chiar dacă sub această uniformitate se ascund adesea diferențe care nu pot fi neglijate.

c) Există deja o Convenție asupra acestei probleme. Este vorba de Convenția din 15 iunie 1955 asupra legii aplicabile vînzării cu caracter internațional de obiecte mobile corporale, dar succesul acesteia nu a fost decât relativ, deoarece în 30 de ani convenția nu a fost ratificată decât de 8 state. În ultimii ani a apărut o tendință modernă care se manifestă, în cele mai multe state, în favoarea protecției consumatorilor, ceea ce a determinat considerarea ca desuetă a Convenției. Pe de altă parte, în aprilie 1980, a fost încheiată la Viena Convenția Națiunilor Unite cu privire la contractele de vînzare



**CONVENTIA DE LA HAGA DIN OCTOMBRIE 1985 CU PRIVIRE
LA LEGEA APPLICABILĂ CONTRACTULUI DE VÎNZARE
INTERNATIONALĂ DE MÂRFURI**

DE

IOAN MACOVEI și GABRIELA LUPȘAN

I. Generalități

Între 14 și 30 octombrie 1985, la Haga a avut loc, sub forma unei conferințe diplomatice, o sesiune extraordinară a Conferinței de drept internațional privat. Două trăsături caracterizează lucrările acestei reuniuni:

- ampoare, deoarece toate statele membre ale CNUDCI au fost invitate, actul final fiind semnat de reprezentanții a 53 de state;

- unicitatea obiectului, deoarece la ordinea de zi nu figura decât elaborarea unei singure Convenții - Convenția asupra legii aplicabile contractelor de vînzare internațională de mârfuri¹. Acest obiect a fost ales însă din 1980 pentru multe motive, dintre care amintim:

a) Importanța fundamentală a contractului de vînzare în comerțul internațional nu mai trebuie să fie demonstrată. Vînzarea este contractul cel mai folosit și constituie tehnica juridică de bază în schimburile internaționale.

b) Dreptul contractelor, în general, și cel al vînzării, în special, este domeniul în care unificarea pare mai usor de realizat, deoarece divergențele între sistemele juridice în această materie sunt mai puțin ascuțite decât cele din alte materii. Acest aspect este adevărat nu numai în planul regulilor materiale, dar și în cel al regulilor de conflict. Într-diferitele sisteme de drept internațional privat există o certă uniformitate legată de admiterea legii autonomiei, chiar dacă sub această uniformitate se ascund adesea diferențe care nu pot fi neglijate.

c) Există deja o Convenție asupra acestei probleme. Este vorba de Convenția din 15 iunie 1955 asupra legii aplicabile vînzării cu caracter internațional de obiecte mobile corporale, dar succesul acesteia nu a fost decât relativ, deoarece în 30 de ani convenția nu a fost ratificată decât de 8 state. În ultimii ani a apărut o tendință modernă care se manifestă, în cele mai multe state, în favoarea protecției consumatorilor, ceea ce a determinat considerarea ca desueta a Convenției. Pe de altă parte, în aprilie 1980, a fost încheiată la Viena Convenția Națiunilor Unite cu privire la contractele de vînzare

internăională de mărfuri care are ca obiect unificarea regulilor materiale². Așa fiind, a apărut ca necesară completarea acestei Convenții cu o altă care să cuprindă reguli de conflict în aceeași materie.

În legătură cu conținutul convenției se impune a remarcă trei aspecte³:

1. Art. I. limitează convenția la vînzarea internăională de mărfuri. Fără să ofere o definitie abstractă a vînzării internationale, negociatorii au preferat o apropiere mai concretă, precizind că textul convenției se aplică:

- în cazul în care părțile au sediul în state diferite;

- în toate celelalte cazuri în care situația a dat loc unui conflict între legile diferitelor

țări, ceea ce presupune definirea caracterului international al vînzării în funcție de

existența unui element de extranitățe, dar cu precizarea că el nu există în cazul în care conflictul de legi rezultă din singura alegere a legii aplicabile de către părți, asociată cu determinarea judecătorului sau arbitrului.

Acest cîmp de aplicare cu dublă extindere poate să se releve benefic în ceea ce privește ratificarea convenției de cîteva state care intelect să limiteze ipoteza prevăzută de art. 1, astfel că ele sunt autorizate de facultatea de a face rezerva prevăzută de art. 21 (1 a).

2. Un număr de probleme sunt în mod expres excluse în domeniul Convenției prin dispozițiile art. 5. Este vorba, mai ales, de capacitatea părților pentru care opozitia existentă între țările care o supun legii nationale și țările care îi aplică legea contractului face imposibilă orice regulă conventională comună.

De asemenea, sunt acceptate de la domeniul de aplicare al Convenției următoarele:

- transferul de proprietate și efectele cu privire la terți pentru care influența statului poate reține dificilă unificarea;

convențiile de arbitraj și alegerea forului, deoarece în aceste materii este aplicabilă autonomia clauzei compromisoriilor.

3. Ca și celelalte convenții de la Haga din 1964, Convenția din 1985 priveste legea uniformă de drept internațional privat. Cu alte cuvinte, statele semnătare vor aplica textul Convenției chiar în raporturile lor cu statele terțe. Această rezultă din art. 6, potrivit căruia "legea desemnată de Convenție se aplică chiar dacă este vorba de legea unui stat necontractant".

II. Determinarea legii aplicabile vînzării internaționale

Art. 7-11 ale Convenției constituie însăși esența acesteia, deoarece în baza lor sunt rezolvate problemele de conflict de legi ale vînzării internaționale de mărfuri cu privire la determinarea legii aplicabile. Art. 7 prevede determinarea legii aplicabile în baza vîntării părților (A), art. 8 determină legea vînzării în lipsa vîntării contractanților (B), iar art. 9-11 reglementează trei probleme particulare care privesc vînzarea la licitații și la burse, existența și validitatea consimțămîntului părților și, în fine, forma contractului de vînzare.

În continuare, ne vom opri numai la analizarea art. 7 și 8 ale Convenției care, instituind un sistem ce fixează reguli obiective de legătură a contractului cu o lege determinată, lasă loc autonomiei de vîntă.

A) Autonomia de voîntă

Gîndul că nu circumstanțele spațiale, ci voîntă părtilor trebuie să fie determinante pentru dreptul aplicabil nu se îmbină prea bine cu teoria clasica a dreptului conflictual bazată pe localizarea obiectivă a raporturilor juridice ai cărei adepti nu au găsit niciodată principiul autonomiei de voîntă întru totul acceptabil.

Totuși, principiul autonomiei de voîntă s-a impus împotriva tuturor adversarilor săi juridici. Chiar și argumentul că oricum părțile pot, după bunul lor plac, să opteze pentru dreptul aplicabil prin stabilirea locului încheierii sau executării este greu de combătut. În plus, există anumite argumente de ordin practic în sprijinul recunoașterii autonomiei părtilor: ca înălțări dificultățile ce tin de alte legături (de exemplu "lex loci contractus", "lex loci solutionis"), precum și posibilitatea scizionii contractului. Prin aceasta, se promovează siguranța juridică și se oferă, în locul unei vînicioase confruntări de opinii în domeniul dreptului conflictual, o soluție simplă și practică pentru o problemă funcțională. În plus, ea este în concordanță cu principiul material al libertății convențiilor.

Așa fiind, nu mai este o surpriză faptul că principiul autonomiei de voîntă a devenit de multă vreme comun tuturor sistemelor juridice. Totuși, el mai provoacă unele greutăți partizanilor teoriei clasice a dreptului conflictual. Făcînd abstractie de aceasta, în privința valabilității de principiu, opțiunea sărăilor asupra legii aplicabile întrunește unanimitate în dreptul internațional privat⁶.

Convenția din 1985 nu a putut astfel decât să imite precedentele și să consacre principiul competenței legii autonomiei. Deși există divergențe între diferitele sisteme de drept internațional privat în legătură cu modalitățile acestui principiu, Convenția are meritul de a nu se eschiva de la aceste probleme și de a le rezolva cu o mare claritate.

1. Prima problemă rezolvată de convenție este cea a semnificării competenței legii autonomiei.

Se stie că în epoca modernă metoda subiectivă clasica a pierdut teren în fața metodei obiective, chiar în cazul voîntei exprimate expres de către părți. Potrivit acestei concepții - al cărei apărător este H.Batiffol⁶, părțile nu aleg propriu-zis legea aplicabilă, ci ele nu fac altceva decât să localizeze contractul.

Negociatorii de la Haga nu par să accepte o asemenea concepție. Prima frază a art. 7 (1) este în această privință lipsită de orice ambiguitate, deoarece ea prevede: "La vente est règle par la loi choisie par les parties". Această consacratore a concepției subiective continuă și în următoarea frază a același aliniat în termeni: "L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble".

Se cunoaște faptul că în numeroasele contracte internaționale, părțile prevăd frecvent clauze în legătură cu competența jurisdicțională. Nu aceeași situație și în cazul determinării legii aplicabile propriului lor contract.

Așa fiind, dacă alegerea legii de către părți nu s-a prevăzut expres, art.7 (1) dă posibilitatea cercetării voîntei tacite, luind în calcul elementele care constituie indicii cei mai revelatori ai legăturii dorite de părțile în cauză, și anume: termenii contractului și comportamentul părtilor. În legătură cu acest ultim indiciu, textul nu oferă răspunsul la întrebarea dacă alegerea tacită se poate deduce din comportamentul părtilor după încheierea contractului. Putem totuși considera că răspunsul este afirmativ.

2. Dificultățile apar și în ceea ce privește exprimarea însăși a voinței părților. În cazul în care părțile nu au ales în mod expres legea care să fie aplicabilă contractului, cind se poate considera că voința lor este suficientă de certă pentru a fi reținută, producind astfel efecte juridice?

Un examen al dreptului convențional relevă asupra acestei chestiuni o absență a omogenității care este rezultatul existenței unei palete largi de formule ce traduc mai multă sau mai puțină severitate.

Astfel, art. 2 (2) din Convenția de la Haga din 15 iunie 1955 conține o formulă foarte restrictivă cu privire la condițiile ce reclamă desemnarea legii aplicabile: "Această determinare trebuie să facă obiectul unei clauze exprese sau să rezulte indubitatibil din dispozițiile contractului". Formula utilizată a fost critică, căci ea se situează pe o poziție periculoasă în raport cu practica comertului internațional.

O formulare putin mai largă o găsim în Convenția de la Haga din 14 martie 1978 cu privire la legea aplicabilă contractelor de intermediere și de reprezentare. În termenii art. 5 (2) "alegerea acestei legi trebuie să fie expresă sau să rezulte cu o certitudine rezonabilă din dispozițiile contractului și din circumstanțele cauzei".

În ceea ce privește Convenția de la Roma din 19 iunie 1980, cu privire la legea aplicabilă obligațiilor contractuale⁷, ea se situează la jumătatea drumului între cele două Convenții de la Haga mai sus amintite. Formula utilizată este mai suplă decât cea din Convenția din 1955, dar mai restrictivă decât cea din Convenția din 1978. Art. 3 (1) dispune că: "Alegerea trebuie să fie expresă sau să rezulte într-o manieră certă din dispozițiile contractului sau din circumstanțele cauzei".

Formularile diferite ale Convenției prezentate sint, pe de o parte, foarte asemănătoare, iar pe de altă parte, nuanțările pe care le exprimă pot să dea nastere la forme subtile. Formula trebuie să fie suficient de suplă și precisă a nu lăsa loc nici unui echivoc. Așa se explică faptul că negoziatorii au înălțurat expresiile "avec une certitude raisonnable" - care în franceză este destul de insolită - și "circonstances de la cause" - care este prea vagă.

Așa fiind, rezultatul la care au ajuns negoziatorii este mult mai satisfăcător. Examinarea dispozițiilor contractului și a comportamentului părților conduce în mod clar la o lege dată, ceea ce înseamnă că părțile au avut voință de a supune contractul acestei legi. Deci, se rămîne pe terenul subiectiv al voinței tacite. În cazul în care voința părților nu apare în mod clar, trebuie să ne situăm pe terenul localizării obiective a contractului prevăzut de art. 8.

3. O altă divergență ce separă diversele sisteme de drept internațional privat și care este mascată de uniformitatea regulii de conflict desemnind legea autonomiei este cea referitoare la "dezmembrarea" contractului de vinzare ("dépeçage" sau "morcelement").

Cîteva state, printre care și Franța, supun contractul unei legi unice, neexistind o pluralitate de competențe legislative.

Alte state, de exemplu Germania, supun contractul la legi diferite, cu alte cuvinte obligația vînzătorului de a livra marfa și obligația cumpărătorului de a plăti pretul pot fi guvernate de legi distincte. Această situație rezultă din împrejurarea că interesul mai mare este legat de determinarea legii obligațiilor contractuale, decât de legea contractului.

Dreptul convențional nu a fost favorabil acestei posibilități de "dezmembrare" a

contractului. Convențiile de la Haga au respins-o. Singură, Convenția de la Roma din 19 iunie 1980 a admis multiplicarea regimului juridic al contractului, fiind permisă supunerea unor clauze contractuale unui anumit sistem de drept străin, alte cauze fiind supuse unui alt sistem s.a.m.d. Deci, contractul poate fi "ocupat" în mai multe segmente, fiecare segment fiind guvernăt de o lege distinctă⁸ (art. 3 alin. I.).

Plecind de la realitatea că există contracte care în apărăntă sunt unice, dar care sunt alcătuite dintr-o multitudine de părți detasabile și independente unele de altele din punct de vedere juridic, negoziatorii au admis că aceste părți detasabile pot să fie supuse unor legi diferite. Astfel, art. 7(1) prevede: "Ce choix peut porter sur une partie seulement du contrat".

În literatura de specialitate⁹ s-a manifestat îndoiala asupra oportunității incitării părților de a-și subordona contractul unor sisteme de drept diferit. O astfel de sciziu a dreptului ar putea, în foarte putine cazuri, să conducă la soluții fericite.

4. Convenția a trebuit să decidă dacă legea contractului, odată fixată în momentul încheierii contractului, poate sau nu să fie modificată ulterior pe baza acordului de voință a părților. Cele două soluții posibile prezintă avantaje și dezavantaje.

Astfel, soluția menținerii legii contractului pe tot timpul existenței lui invocă în favoarea sa caracterul de previzibilitate a contractului. În domeniul conflictelor de legi în timp, trebuie aplicată legea originară. În plus, soluția oferă avantajul simplicității prin evitarea complicațiilor care ar apărea între două legi succesive. Această soluție a fost criticată prin faptul că ea determină o "pietrificare" a contractului. Dimpotrivă, posibilitatea de modificare a legii aplicabile, în cazul în care ea rezultă din acordul părților, permite o actualizare a contractului, respectând la maximum autonomia de voință.

Aceste ratiuni i-au determinat pe negoziatori să adopte cea de a două soluție în termenii următori:

"Que les parties aient ou non choisi une loi, elles peuvent convenir à tout moment de faire régir le contrat, en tout ou en partie, par une loi autre que celle qui le régissait au paravant. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable intervenue postérieurement à la conclusion du contrat ne porte pas atteinte à la validité en la forme du contrat, ni aux droits des tiers".

Din analiza acestui text rezultă următoarele trei observații:

- Posibilitatea de a modifica legea aplicabilă ulterior încheierii contractului de vinzare este recunoscută părților care ar fi avut această atitudine la data respectivă. Cu alte cuvinte, dacă părțile nu au determinat "ab initio" legea care să aplice contractului, legea aplicabilă se va găsi în funcție de elementele de localizare obiectivă din art. 8.

- Convenția precizează că modificarea legii aplicabile nu are incidentă asupra validității contractului în ceea ce privește forma acestuia. Această restricție corespunde regulii "locus regi actum".

- Deoarece relativitatea efectelor contractelor este prevăzută în cea mai mare parte a tărilor a căror lege poate să guverneze contractul, Convenția precizează că modificarea ulterioară a legii aplicabile contractului nu aduce atingerea drepturilor terților.

B. Legea aplicabilită contractului în lipsa voinței părților

În lipsa alegerii părților, care lege trebuie să fie aplicată contractului de vînzare comercială internațională de către judecător sau arbitru?

Demn de reținut este, în primul rînd, lipsa opțiunii juridice ca fenomen. Cu siguranță, există cazuri în care problema dreptului aplicabil rămîne în mod conștient deschisă, deoarece nici una dintre părți nu vrea să renunțe la aplicarea "dreptului ei", pe de o parte, iar pe de altă parte, nu se dorește esuaerea acordului din cauza acestei probleme de "prestigiu". Cel mai adesea însă lipsa opțiunii juridice este datorată simplei neglijențe a părților care nu sînt asistate de specialiști.

Așa fiind, în cazul în care - indiferent de motive - nu a avut loc optiunea asupra legii aplicabile, rămîne la latitudinea instanței sau a arbitrului să găsească o soluție. Aceasta a reprezentat una dintre problemele cele mai importante și delicate cu care negociațiorii de la Haga au fost confruntați. Răspunsul îl găsim în textul art. 8 din Convenție, unde s-a prevăzut un ansamblu de reguli complexe.

Un studiu de drept comparat și de drept conventional pune în evidență, cu o doză mai mare sau mai mică de obiectivism sau subiectivism, că localizarea unui contract se efectuează întotdeauna cercetind centrul lui de gravitate. Rezultatul acestei cercetări depinde în esență de împrejurarea de a că dacă prioritatea este acordată locului de încheiere sau locului de executare a contractului.

Tradițional, pentru vînzare, *lex loci contractus* este reținută de un număr însemnat de țări, fie ca unic factor de legătură în lipsa unei manifestări de voință a părților, fie ca un factor alternativ¹⁰.

Regula *lex loci executionis* s-a bucurat de mai puțin succes, fiind reținută de jurisprudenta germană, legislația elvețiană și a țărilor scandinave. În Franța, mai mult timp instanțele nu au luat în considerare locul de încheiere a contractului decât dacă el coincidea cu cel de executare¹¹.

În prezența acestor două soluții care prezintă în egală măsură inconveniente, care va fi remediul posibil¹²?

1. Legea statului vînzătorului

Anteriora Convenție de la Haga din 15 iunie 1955 era în totalitate axată pe referirea la locul de încheiere a contractului. În lipsa unei determinări de către părți a legii aplicabile, vînzarea este, în principiu, reglementată de legea țării unde vînzătorul are sediul în momentul în care el primește cererea. Cu toate acestea, va fi competență legea statului unde își are sediul cumpărătorul, dacă în respectivul stat cererea a fost primită de vînzător, fie personal, fie printr-un reprezentant (art.3).

Din analiza textului rezultă că supunerea contractului de vînzare uneia dintre legile amintite - legea statului unde-și are sediul cumpărătorul sau vînzătorul - depinde de locul unde vînzarea este considerată că a fost încheiată. În acest sens, H. Batiffol și P. Lagarde afirmau: "La Convention qui parit faire prévaloir la loi de la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique, a en réalité, conformément aux idées qui prévalaient encore lors de son élaboration, rattache la vente à la loi du lieu de conclusion qu'elle a cherché à préciser dans les situations les plus courantes"¹³.

Convenția de la Haga din octombrie 1985 se inspiră din anteriora convenție,

precum și din cea de la Roma din 19 iunie 1980¹⁴. Astfel, art. 8 (1) dispune că: "În măsura în care legea aplicabilă vînzării nu a fost aleasă de părți conform dispozițiilor art. 7, vînzarea este supusă legii statului în care vînzătorul își are sediul în momentul încheierii contractului".

O dispoziție foarte asemănătoare înfințim și în Legea nr. 105 din 1992 care în art. 88 prevede că: "În lipsa unei legi convenite de părți spre a se aplica vînzării imobiliare, aceasta este supusă legii statului în care vînzătorul are, la data încheierii contractului, după caz, domiciliul sau, în lipsă, reședința ori fondul de comerț sau sediul social".

Pornind de la Convenția de la Haga, următoarele aliniate ale art. 8 prevăd cîteva excepții care, fiind fondate tot pe locul încheierii contractului, stabilesc ca aplicabilă legea statului în care cumpărătorul are sediul.

2. Legea statului cumpărătorului

Art. 8 (2) prevede că vînzarea este reglementată de legea statului în care cumpărătorul își are sediul în momentul încheierii contractului în următoarele trei situații:

a) Este vorba, mai întîi, de situația în care "negocierile au fost realizate și contractul a fost încheiat de părțile prezente în țara în care cumpărătorul își are sediul". Cu alte cuvinte, vînzătorul s-a deplasat în țara cumpărătorului, au purtat negocieri care s-au finalizat cu încheierea contractului tot în aceeași țară¹⁵.

Ne amintim că un text asemănător¹⁶ consacra și Convenția de la Haga din 15 iunie 1955 cu privire la legea aplicabilă vînzării internaționale de obiecte mobile corporale. Dispoziția a fost criticată datorită rigidității sale. Cu alte cuvinte, pentru ca legea statului cumpărătorului să se aplice, ar fi trebuit ca cererea (oferta) să fie primită de vînzător sau de reprezentantul său numai pe teritoriul statului unde-și are cumpărătorul sediul, situație mai rar întîlnită în practică.

Din analiza textului noii convenții, rezultă că nici de data aceasta formularea adoptată nu este mai suplă. Subliniem, totuși, faptul că se va aplica legea cumpărătorului, chiar dacă o parte a negocierilor au fost purtate într-o altă țară, cu condiția ca părțile să fie prezente în momentul încheierii contractului în statul unde-și află sediul cumpărătorul.

b) Legea cumpărătorului este aplicabilă și în cazul în care contractul stipulează expres că obligația de livrare trebuie să se execute în statul în care cumpărătorul își are sediul în momentul încheierii contractului (art. 8-2b)¹⁷.

Se observă că s-a folosit ca element de legătură între contract și legea statului cumpărătorului local de livrare al mărfurilor. Așadar, știindu-se că acest loc poate fi aleatoriu, aspectul nu este semnificativ pentru echilibru contractului.

Pentru a se aplica legea cumpărătorului trebuie ca, mai întîi, părțile să prevadă expres în contract că livrarea se va executa în statul în care-și are sediul cumpărătorul. O asemenea clauză va fi inserată în contract numai după ce părțile au înțeles toate consecințele ce decurg din aplicarea legii cumpărătorului din punct de vedere al Convenției de la Bruxelles cu privire la competența judiciară.

Ori, dacă în deplină cunoștință de cauză, părțile au convenit o asemenea clauză, aceasta înseamnă că ele au înțeles să creeze o legătură între contractul lor și țara cumpărătorului. Această legătură justifică aplicarea legii statului cumpărătorului.

În concluzie, clauza ce are drept scop determinarea expresă a locului în care vinzătorul trebuie să execute obligația de livrare a mărfurilor va fi luată în considerare. Bineînteleș, nu va fi cazul, de exemplu, pentru clauzele de transport - ca "livrat FRANCO la..."¹⁸ - al căror obiect este de a determina condițiile de transport ai mărfurilor și de repartizare a riscurilor care sunt aferente.

c) A treia situație în care legea cumpărătorului este competență să se aplică vinzării este situația în care contractul s-a încheiat prin cerere de ofertă¹⁹. Dispoziția prevăzută de art. 8 (20) s-a bucurat de o largă audiență, deoarece modalitatea în care s-a perfectat contractul prezintă un element concret de legătură cu legea statului cumpărătorului. Fata de textul Convenției din 1955, articolul prezintă o inovație.

3. Clauza subterfugiu (clause echappatoire)

Art. 8 (3) conține o dispoziție care permite acordarea competenței în cîteva situații, unei alte legi decit cea desemnată de aliniatele precedente. Această dispoziție poartă denumire de clauză subterfugiu. Ea nu este o nouătate pe plan internațional, deoarece Convenția de la Roma din 19 iunie 1980 cu privire la legea aplicabilă obligațiilor contractuale a prevăzut o clauză de acest tip în baza căreia se declară competență, într-o manieră derogatorie, legea statului cu care contractul prezintă legăturile cele mai strinse²⁰.

În literatura de specialitate²¹ s-a afirmat că ideea prestației caracteristice suscitată o obiectie de domeniul politicii juridice. Astfel, considerentul că cel care este puternic pe plan economic este privilegiat nu numai printr-o autonomie de voință largă, nelimitată, dar și prin aplicarea dreptului său în cazul lipsei opțiunii juridice²², i-au determinat pe redactorii convenției să sublinieze principiul prestației caracteristice prin aceea că, în cele din urmă, conform art. 4(5), aceasta,uncori, tot va face loc principiului legăturii cele mai strinse. Această retragere a excepției - clauza subterfugiu - ar putea să pună în discuție lipsa de principalitate a convenției, aducindu-se deservicii siguranței juridice, cît și justiției.

Clauza subterfugiu prevăzută de Convenția de la Haga a dat naștere la controverse delicate ce au pus fată în fată sisteme juridice divergente. Astfel, pentru sistemele juridice de *common law*, singura lege realmente aplicabilă contractului este "proper law of the contract". În cazul unei alternative între legea vinzătorului și legea cumpărătorului, nu trebuie să se limiteze libertatea de apreciere a judecătorului. Pentru aceasta, menținerea clauzei subterfugiu devine indispensabilă pentru a permite aplicarea legii unui stat care, în baza legăturilor pe care le prezintă cu contractul, este mult mai aproape de realitate (de voință părților) decit cea care este determinată prin jocul art. 8(1) și 8(2).

În revanșă, pentru alte state, întreaga dispoziție tinde să introducă incertitudini în legătură cu legea care va reglementa contractul, lăsând judecătorului o putere inacceptabilă de apreciere.

În fine, cîteva state, printre care SUA, fără să se opună clauzei subterfugiu, cercetează dacă textul Convenției de la Viena se aplică în această situație.

Dacă mecanismul art. 8(1) și 8(2) desemnează legea vinzătorului, clauza subterfugiu va putea atrage aplicarea legii cumpărătorului, dacă vinzarea prezintă cele mai strinse legături cu țara cumpărătorului²³.

Aplicarea clauzei subterfugiu este limitată numai la următoarele ipoteze, tinind

CONVENTIA DE LA HAGA DIN OCTOMBRIE 1985 [...]

seama că art. 21 (1b) dă posibilitatea statelor să-și manifeste rezerva:²⁴

- dacă vînzătorul și cumpărătorul aparțin unor state care și-au manifestat rezerve în baza căreia ele nu vor aplica art. 8(3), judecătorul nu va putea aplica clauza subterfugiu, fiind ținut de regulile fixate de art. 8(1) și 8(2);
- dacă vînzătorul și cumpărătorul aparțin unor state care nu și-au manifestat rezerva, judecătorul va avea putere să aplice clauza subterfugiu, chiar dacă el însuși relevă că unul dintre state a făcut rezerva;
- dacă numai o parte a contractului aparține unui stat care și-a manifestat rezerva, judecătorul nu poate să aplice clauza subterfugiu chiar dacă el relevă că acel stat nu a făcut rezerva.

În ultimul paragraf al art. 8, Convenția contine o restricție suplimentară care oferă satisfacție statelor care se tem că prin jocul clauzei subterfugiu se restrâng aplicarea Convenției de la Viena:

"Paragraful 3 nu se aplică problemelor reglementate de Convenția Națiunilor Unite asupra contractelor de vînzare internațională de mărfuri (Viena, 11 aprilie 1980), dacă, în momentul încheierii contractului, vînzătorul și cumpărătorul au sediile lor în state diferite, care sunt - ambele - părți la această convenție".

Se poate imagina o situație conform căreia, prin incidentă art. 8(1) și 8(2) se determină drept competență legea unui stat semnatar al Convenției de la Viena - ceea ce conduce la aplicarea textelor Convenției²⁵ -, în timp ce judecătorul va fi constrins prin jocul clauzei subterfugiu să se aplice legea unui stat nesemnatar al Convenției de la Viena. Acest rezultat a apărut în mod special inopportun în cazul în care ambele părți ale contractului aparțin unor state ce au semnat Convenția de la Viena.

Pentru a evita rezultatul, clauza subterfugiu cedează materiile reglementate de Convenția de la Viena dacă, în momentul încheierii contractului, vînzătorul și cumpărătorul au sediile în state care sunt semnatare ale Convenției. Este adevărat că această restricție nu pare nefondată, timind seama de audienta de care se bucură Convenția de la Viena și de dorinta negoziatorilor de a coordona noua convenție de la Haga cu cea de la Viena.

III. Concluzii

Convenția de la Haga din octombrie 1985 are un dublu merit:

- pe plan teoretic, ea a adus o contribuție importantă la teoria autonomiei, sacrificind, pe de o parte, concepția subiectivă, iar pe de altă parte, pe cea obiectivă, în scopul salvării legii autonomiei;

- pe plan practic, ea constituie o perfectionare utilă a Convenției de la Haga din 15 iunie 1955 asupra legii aplicabile vînzării cu caracter internațional de obiecte mobile corporale, actualizând soluțiile anterioare.

În același timp, Convenția alternează afirmația des întâlnită conform căreia siguranța juridică și previzibilitatea ar fi *alfa* și *omega* dreptului internațional privat.

Noul text ia loc, alături de Convenția de la Viena din 11 aprilie 1980 și Convenția de la Roma din 19 iunie 1980 cu privire la legea aplicabilă obligațiilor contractuale. Autorii noii Convenții au fost atenți în redactarea ei, astfel încât practicienii să nu se găsească în fața a trei convenții care s-ar ignora reciproc, ci în fața unui veritabil triptic²⁶.

Rămîne de urmărit dacă practica va reuși să dovedească în ce măsură textul convenției este just conceput, ceea ce se va repercuția asupra unificării juridice în cadrul CEE.

NOTE

1. Textul Convenției a fost publicat în *Recueil Dalloz Sirey*, Paris , 1986, 20 ch, p. 158-160 și a intrat în vigoare la 1 aprilie 1991.
2. România a aderat la această Convenție prin Legea nr. 24/1991, publicată în M.O. nr. 54/19 martie 1991, iar Franța prin Decretul nr. 87-1034/22 decembrie 1987, D. 1988, L.30. Asupra Convenției intrată în vigoare la 1 ianuarie 1988, a se vedea M.J.Bonnel, în *Droit et pratique du commerce international* , 1981, p. 7; Ph. Kahn, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises* , RIDC nr. 4/1981, p. 951; C.Witz *L'exclusion de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties* , în *Recueil Dalloz Sirey*, 1990, 17 ch, p. 107-112; M. Jakotă, *la réglementation internationale de la vente commerciale* , în «Analele Univ. "Al.I.Cuza" Iași», 1980, p. 51-55.
3. A se vedea Y.Loussouarn, *La Convention de la Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* . Rev. crit. DIP, 1986, p. 271; P. Lagarde, *La nouvelle Convention de la Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* , Journées de la Soc. de Leg. Comp., 1985, vol. 7, p. 327; D. Cohen și B.Ughetto, *La nouvelle Convention de la Haye relative à la loi...* , în *Recueil Dalloz*, 1986, Chronique 26 , p. 149-160.
4. A se vedea Tudor R.Popescu - *Drept international privat*, Ed. Sansa, Bucuresti, 1993, p. 193 și urm.; Ion P. Filipescu, *Drept international privat*, vol.1, Ed. Proarcadia, Bucuresti, 1993, p. 88; Bernard Audit, *Droit international privé*, LGDJ, Paris, 1991, p. 137; J.M.Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Ed. Economica, Paris, 1983, p. 84.
5. F.K. Juenger, *Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht*, în «Rabelsza», vol. 46, 1982, p. 56-83.
6. În "Les conflits de lois en matière de contrats", Paris, 1938, p. 46; localizarea contractului depinde într-o măsură de voința partilor. deoarece ea indică diferite elemente de fapt care vor determina judecătorul să aplice o anumită lege: locul încheierii, locul executării. A se vedea Rabel, *The Conflict of Laws*, vol. 2, tom.II, 1960, p. 268.
7. Textul acestei convenții a fost publicată în J.O.C.E. nr. 266 din 9 octombrie 1980, Rev. crit. DIP, 1980, p. 875. Clunet, 1981, p. 218. În ziua adoptării, convenția a fost semnată de Belgia, Germania, Franța, Irlanda, Italia, Luxemburg, Olanda, pentru ca apoi toate statele membre ale CEE să adere la ea.
8. O dispoziție asemănătoare există și în legea noastră de drept international privat, care în art. 75 prevede: "părțile pot alege legea aplicabilă totalității sau numai unei anumite părți a contractului".
9. Vezi Giuliano și Lagarde, *Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*, Abl. nr. C 282, p. 17.
10. Spania, Portugalia, URSS, Regula *lex loci contractus* a fost supusă criticii. Pe de o parte, locul încheierii contractului este de cele mai multe ori fortuit și accidental, el neexprimând o legătură semnificativă cu interesele părților. Pe de altă parte, singura

referire, fără nici o altă precizare la locul încheierii contractului, lăsă neatinsă problema localizării contractului încheiat între absenți sau prin corespondență. Unde se situează atunci locul încheierii? În locul în care acceptantul a emis scrisoarea de acceptare? În țara în care ofertantul a primit scrisoarea de acceptare? Soluția variază de la o țară la alta. În Franța, jurisprudenta a ezitat deseori între teoria emisiunii și cea a receptiunii. De ezitări se leagă nu numai momentul încheierii contractului ci, mai ales, locul de încheiere.

11. Vînzarea, la orice contract sinalagmatic, presupune obligații reciproce a căror executare nu este întotdeauna localizată în aceeași țară. Rezultă, aşadar, că prin referirea la locul de executare se riscă aplicarea de legi diferite la obligațiile fiecărei părți.

12. Până la adoptarea Legii nr. 105 din 1992, organul de jurisdicție a folosit pentru a identifica *lex contractus*, în absenta unei determinări exprese sau implicate de către părți, în principal, *lex loci contractus*, iar în subsidiar, *lex loci executionis*. În prezent, factorul de localizare principal rămîne domiciliul sau sediul social debitorului prestației caracteristice (art. 77 alin. 1). Prestația caracteristică fiind cea pentru care este datorată plată, se dă satisfacție vînzătorului. Dacă vînzătorul livrează marfa în țara în care cumpărătorul are fondul de comerț sau sediul social, se aplică legea acelei țări (art. 89 lit. b).

13. A se vedea *Droit international privé*, II, 7 ed. Paris, 1981, p. 312.

14. Art. 4(2): "... contractul prezintă cele mai strînse legături cu țara în care partea care trebuie să furnizeze prestația caracteristică are, în momentul încheierii contractului, reședința sau, dacă este vorba de o societate, asociație, altă persoană juridică, administrația sa centrală...". Prin introducerea noțiunii de "prestare caracteristică", se pășește pe un teren nou, căci ea nu se regăsește în dreptul internațional privat al țărilor membre ale CE, dind expresie însă unei tendințe tot mai puternice din doctrina și practica judiciară. Noțiunea are rolul unei prezumții care ar concretiza o altă noțiune mai largă, cea a "legăturii celei mai strînse". Pentru dezvoltări, a se vedea F.K.Juenger, *op.cit.*, p. 68 și urm.

15. "Des négociations ont été menées et le contrat a été conclu par les parties présentes dans cet Etat".

16. Art. 3. alin. 2: "În toate cazurile, vînzarea este reglementată de legea internă a statului unde cumpărătorul își are sediul sau în care el a transmis cererea (oferta), dacă în acel stat cererea (oferta) a fost acceptată, fie de vînzător, fie de reprezentantul său - agent sau comis-voiajor".

17. "... le contrat prévoit expressément que le vendeur doit exécuter son obligation de livraison des marchandises dans cet Etat...". Această excepție a constituit una dintre chestiunile care au determinat cele mai aprinse discuții. Fiind propusă de o țară în curs de dezvoltare - Algeria - s-a dorit ca vînzarea să fie supusă legii țării din această categorie care de cele mai multe ori ocupă în contract poziție cumpărătorului.

18. Vezi Incoterms 1980, Camera Internațională de Comerț din Paris, *Reguli internationale pentru interpretarea termenilor comerciali CCI*, n. 350, Paris, 1980.

19. "... la vente a été conclue aux conditions fixées principalement par l'acheteur et en réponse à une invitation qu'il a adressé à plusieurs personnes mises en concurrence (appel d'offres)".

20. Art. 4(5) prevede: "... prezumțiile din paragrafele anterioare sunt îndepărtate

dacă din ansamblul circumstanțelor rezultă că cele mai strinse legături ale contractului sunt cu o altă țară". Art. 6(2b) prevede că, în ciuda dispozițiilor art. 4 și în lipsa alegerii exercitătate conform art. 3, contractul de muncă este guvernat de lege statului unde se găsește instituția care a angajat muncitorul, dacă acesta nu realizează munca în mod obisnuit în acea țară. Dacă din ansamblul circumstanțelor rezultă că există o altă țară cu caracterul prezintă legături mai strinse, se va aplica legea aceluia stat.

21. A se vedea F.K. Juenger, *op.cit.*, p. 71.

22. Într-un mod mai lipsit de menajamente, s-ar putea spune: "dacă partea cea mai puternică a neglijat să-și impună dreptul său asupra părții mai slabe, atunci o va face instantă".

23. Art. 8(3) prevede: "Cu titlu exceptional, dacă, în baza ansamblului de circumstanțe cum ar fi, de exemplu, relațiile de afaceri între părți, vînzarea prezintă legături manifeste mai strinse cu altă lege decât cea care ar fi aplicabilă contractului în temeiul paragrafelor 1 sau 2, vînzarea este guvernată de această altă lege".

24. "Fiecare stat, în momentul semnării, ratificării, acceptării, aprobării sau aderării va putea face rezerva că nu va aplica paragraful 3 al art. 8, în afară de cazul cind nici una din părțile din contract nu-și are sediul într-un stat care și-a manifestat rezerva prevăzută în prezentul aliniat".

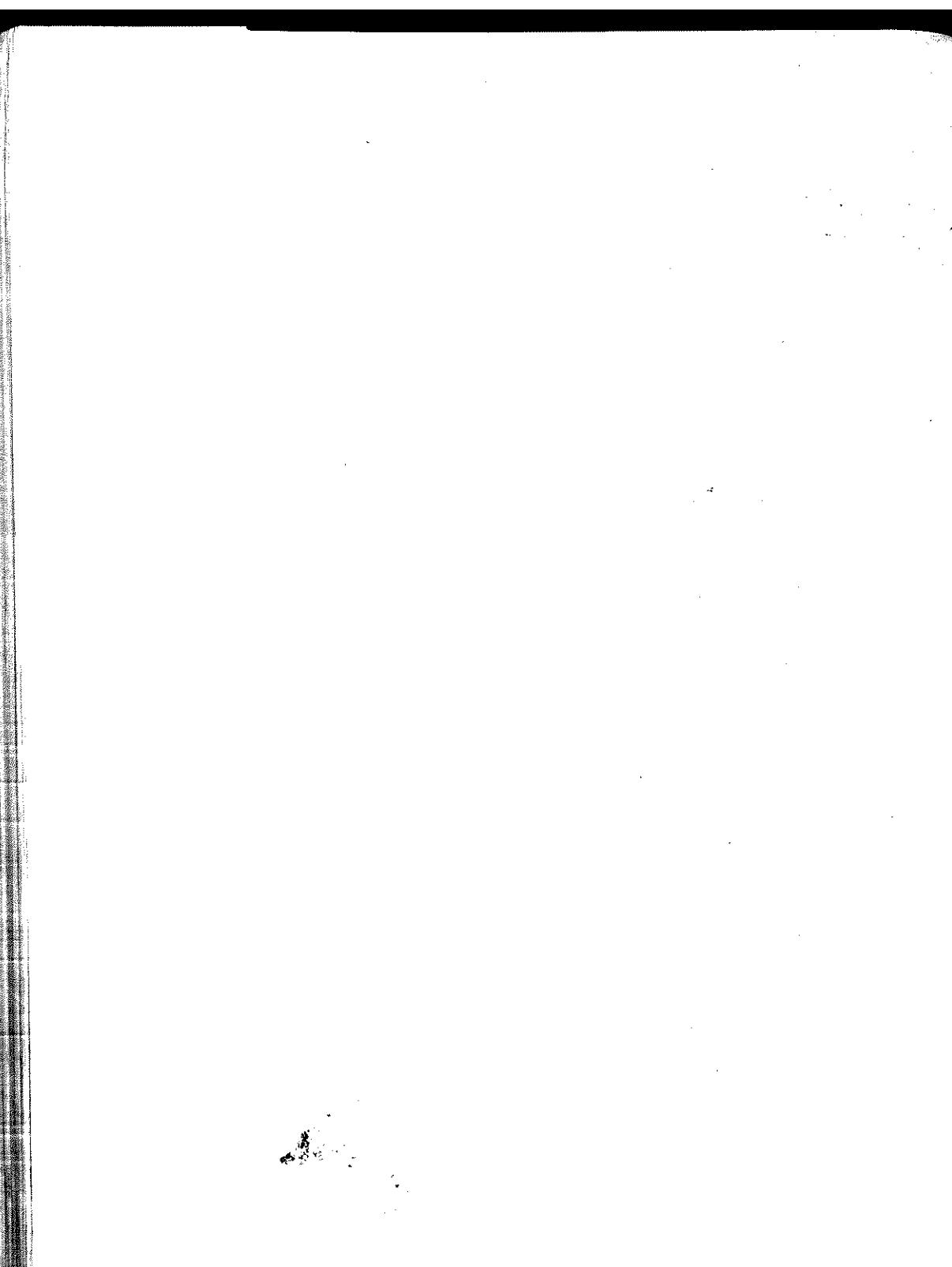
25. Art. 1-b din Convenția de la Viena prevede că textul convenției se aplică în cazul în care regulile de drept internațional privat conduc la aplicarea legii unui stat contractant.

26. M.Yves Lequette, *L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux*, în *Journée René Savatier*, Poitiers, 1985, tom XV, PUF, Paris, 1986, p. 185 și urm.

**LA CONVENTION DE HAGUE, OCTOBRE 1985, SUR LES
LOIS S'APPLIQUANT AUX CONTRATS DE VENTEX
INTERNATIONALE DES MARCHANDISES**

- Résumé -

Adoptée en Octobre 1985, la Convention de Hague eut un apport significatif en ce qui concerne la consolidation/ le renforcement de la théorie de l'autonomie de la volonté. Par la mise au jour effectuée sur les solutions antérieures, cette Convention constitue un utile parachèvement des dispositions intéressant aux ventes internationales de marchandises. Ensemble avec la Convention de Vienne de 11 Avril 1980 et la Convention de Rome de 19 Juin 1980, la Convention de Hague garantit/ gouverne sur l'unification des normes du droit conflictuel en matière des contrats de vente internationale, permettant le déroulement normal des relations du commerce.



ACTE NORMATIVE NOI

REGLEMENTAREA RAPORTURILOR DE DREPT
INTERNAȚIONAL PRIVAT ÎN ROMÂNIA

DE

IOAN MACOVEI și CARMEN TAMARA UNGUREANU

Legiferarea de ansamblu a normelor care soluționează conflictele de legi și conflictele de jurisdicție este dată de Legea nr. 105 din 22 septembrie 1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat. Legea este formată din patru părți, care se referă la următoarele: prima parte cuprinde dispoziții generale (art. 1-10); partea a doua include principalele norme conflictuale, care indică autorităților competente din țara noastră ce lege se aplică unui raport cu element de extranititate (art. 11-147); partea a treia conține norme de procedură în materie care determină competența jurisdicțională și efectele hotărârilor străine (art. 148-181); ultima parte înglobează dispoziții finale (art. 182-183).

Cu toate că au o strânsă legătură cu domeniul dreptului internațional privat, în lege nu există prevederi în legătură cu cetățenia română, condiția juridică a străinilor, cooperarea judiciară internațională, imunitatea de jurisdicție și de executare. Sfera de reglementare este configurată numai de materiile care țin de natura dreptului internațional privat. Sistemul de soluții preconizat a preluat orientările tradiționale din dreptul nostru, ținând seama de tendințele moderne admise pe plan internațional¹.

Până la adoptarea Legii nr. 105 din 1992, în legislația noastră existau un număr restrins de norme conflictuale. Ele erau cuprinse în Codul civil (art. 2, art. 885, art. 1773 și art. 1789), Codul de procedură civilă, Codul de procedură penală, Codul aerian și alte acte normative aplicabile, în diferite domenii.

După apariția Legii de drept internațional privat, unele norme conflictuale au fost menținute iar altele abrogate.

Dintre normele de drept internațional privat care au fost menținute fac parte și art. 1773 și 1789 din Codul civil. Aceste articole impun forma autentică astăzi cu privire la ipotecile consimțite în străinătate grevind imobile situate în România, cît și cu privire la consumămintul dat pentru stergerea sau reducțunea unei astfel de ipotecă. Legea nr. 105 din 1992 prevede prin art. 49 că regula lex rei sitae se aplică și garanțiilor reale. Prin urmare, condițiile de fond sunt determinate de legea română, ca lege a locului unde se află situate. Conform art. 71, alin. 1 al Legii nr. 105 din 1992, condițiile de formă sunt stabilite de legea care guvernează fondul, adică forma ipotecii este supusă tot legii române.

Chiar dacă actul se întocmește în străinătate aplicarea, în subsidiar, a dispozițiilor alin. 2 al art. 71 nu este posibilă. În cazul în care legea aplicabilă condițiilor de fond ale actului juridic impune, sub sanctiunea nulității, o anumită formă solemnă, nici o altă lege indicată în art. 71, nu poate să înlăture cerința menționată (art. 72).

În acest fel, Legea nr. 105 din 1992 păstrează soluția tradițională în dreptul internațional privat cu privire la forma solemnă a ipotecii.

Alte norme conflictuale, deși abrogate expres, au fost reformulate și se regăsesc în cuprinsul Legii nr. 105 din 1992. În această categorie, se includ art. 2 din Codul civil și art. 375 din Codul de procedură civilă.

Art. 2 din Codul civil conține trei norme conflictuale de bază. Aliniatul sale se refereau la bunuri, persoane și forma actelor.

Primul aliniat prevedea că numai imobilele aflate în cuprinsul teritoriului României sunt supuse legilor române, chiar cînd ele se posedă de străini, consacrand regula lex rei sitae. Regula abrogată este reluată în art. 49 al Legii nr. 105 din 1992. Mai mult, dispozițiile art. 49 fac aplicarea regulii și asupra bunurilor mobile, precum și a drepturilor reale asupra bunurilor.

Al doilea aliniat stabilea că legile relative la starea și capacitatea persoanelor urmăresc pe români, chiar cînd ei își au reședință în străinătate. Aplicarea legii naționale în materie statutului personal este admisă, într-o formulare mai largă, în art. 11 din Legea nr. 105 din 1992. Norma conflictuală anterioară, cu caracter unitar, este înlocuită cu una bilaterală, care, în plus, se referă și la relațiile de familie.

Al treilea aliniat preciza că forma exterioră a actelor e supusă legilor țării unde se face actul, consfințind regula locus regit actum. În redactarea Legii nr. 105 din 1992, regula locus regit actum dobindește doar un caracter subsidiar. Potrivit art. 71, forma exterioră a unui act juridic este supusă legii, care îi cîrmuiște fondul. Actul se consideră totuși valabil din punct de vedere al formei, dacă îndeplinește condițiile prevăzute de una dintre legile următoare: legea locului unde a fost întocmit; legea națională sau legea domiciliului persoanei care l-a consimțit; legea aplicabilă potrivit dreptului internațional privat al autorității care examinează validitatea actului juridic.

Art. 375 din Codul de procedură civilă determină condițiile în care hotărîrile judecătoresc străine pot fi executate, în țara noastră. Dispozițiile referitoare la exequatur au fost reluate, în oarecare măsură, de Legea nr. 105 din 1992. Dar actuala reglementare face distincție între procedura recunoașterii hotărîrilor străine și incuviințarea executării lor. Condițiile pentru recunoașterea și executarea hotărîrilor judecătoresc străine sunt cele prevăzute pe plan internațional².

Legea nr. 105 din 1992 a abrogat orice alte dispoziții contrare. Asemenea dispoziții există în art. 885 din Codul civil³, art. 10 din Codul aerian și art. 3 din Decretul nr. 278 din 1960 cu privire la actele de stare civilă.

Art. 885 din Codul civil dispune că românul ce s-ar afla în țară străină va putea face testamentul său, sau în forma olografiă, sau în forma autentică întrebuițată în locul unde se face testamentul. Dimpotrivă, art. 68, alin. 3 al Legii nr. 105 din 1992 prevede că întocmirea, modificarea sau revocarea testamentului sunt socotite valabile dacă actul respectă condițiile de formă aplicabile fie la data cînd a fost întocmit, modificat sau revocat, fie la data decesului testatorului, conform oricareia dintre legile următoare: a) legea națională a testatorului; b) legea domiciliului acestuia; c) legea locului unde actul a

fost întocmit, modificat sau revocat; d) legea situației imobilului ce formează obiectul testamentului; e) legea instanței sau organului care îndeplinește procedura de transmitere a bunurilor moștenite. Testatorul are deci o posibilitate de opțiune între legile menționate, în ceea ce privește încheierea, modificarea sau revocarea testamentului, care este valabil sub aspectul formei, oricare ar fi legea aleasă. Mai mult, testamentul va fi valabil dacă respectă condițiile de formă din momentul constituirii, modificării sau revocării actului sau din momentul decesului testatorului.

Din analiza celor două texte, rezultă că art. 885 din Codul civil a fost abrogat implicit. Se pune însă problema încheierii unui testament în străinătate de către un cetățean român, conform legii întocmirii acestuia, care îi permite să încheie testamentul în formă verbală. Un asemenea testament va fi valabil în țara noastră ori se va opune ordinea publică în dreptul internațional privat român? Se pare că dispozițiile alin. 3 al art. 68 au lăsat cîmp liber aplicării ordinii publice în dreptul internațional privat.

Art. 10, alin. 1 din Codul aerian prevede că dispozițiile legilor române se aplică și aeronavelor civile neînmatriculate în România, precum și echipajelor și călătorilor aflați la bordul lor în tot timpul când aceste aeronave zboără în spațiul aerian al României, cu derogările stabilite prin acordurile și convențiile aeriene internaționale încheiate de România. Dar art. 139 din Legea nr. 105 din 1992 consacră o altă normă conflictuală, precizind că legea pavilionului navei sau legea statului de înmatriculare a aeronavei se aplică faptelor și actelor juridice intervenite la bord, dacă, în conformitate cu natura lor, acestea sint supuse legii locului unde au survenit. În porturi și aeroporturi se aplică legea locală. Prin urmare, alin. 1 al art. 10 este abrogat indirect.

În aceeași situație se găsește și alin. 3 al art. 10 care supune legii statului pe teritoriul căruia s-au produs, daunele cauzate pe sol de aeronavele civile române sau de la bordul aeronavelor civile române într-un zbor internațional dincolo de granițele României, cu excepția cazurilor prevăzute în acorduri și convenții internaționale încheiate de țara noastră. Art. 144 al Legii nr. 105/1992 stabilește că numai daunele cauzate pe sol de aeronavă sint supuse legii statului pe al căruia teritoriu s-au produs. În consecință, daunele produse la bordul aeronavei vor fi supuse legii statului de înmatriculare a aeronavei.

Art. 3, alin. 3 al Decretului nr. 278 din 1960 dispune că actele de stare civilă ale cetățenilor români întocmite de autorități străine și neînregistrate în registrele de stare civilă din România, nu au putere doveditoare în țară. Pe de altă parte, art. 161, alin. 4 din Legea nr. 105/1992 prevede că dovada stării civile și puterea doveditoare a actelor de stare civilă sint reglementate de legea locului unde s-a întocmit înscrisul invocat. Aceste articole, pun în discuție problema probei actelor de stare civilă. Din moment ce proba actelor de stare civilă este reglementată de legea locului unde s-a întocmit înscrisul invocat, obligativitatea înregistrării în țară a actelor de stare civilă încheiate în străinătate de un cetățean român nu-și mai găsește rațiunea. Astfel, dacă un cetățean român încheie o căsătorie într-o țară străină, în fața autorităților locale, proba căsătoriei se va face în țara noastră, conform legii locului unde se celebrează. Prin urmare, cetățeanul român trebuie să cunoască legea statului străin, deoarece proba cade în sarcina celui care invocă actul. În plus, și autoritatea în fața căreia se va invoca actul căsătoriei trebuie să cunoască legea străină ori să depună toate diligențele pentru a-i afla conținutul.

În contextul dat, dacă înregistrarea în țară a actelor de stare civilă încheiate în străinătate de un cetățean român este cerută doar pentru a face proba acestora, art. 3, alin.

3 al Decretului nr. 278 din 1960 poate fi considerat ca abrogat. Dar art. 1 al Decretului nr. 278 din 1960 care prevede că înregistrarea actelor și faptele de stare civilă se face în interesul statului și al apărării drepturilor personale ale cetățenilor, permite sustinerea unei idei diferite. În măsura în care proba actelor de stare civilă este supusă locului de încheiere, cetățeanul este lipsit de protecția statului român. Mai mult, cetățeanul român ar avea posibilitatea de a ocoli dispozițiile imperitative din legea proprie. Este greu însă de admis, că prin eventuala abrogare a alin. 3 al art. 3, legiuitorul a urmărit un asemenea scop.

Tot în Legea nr. 105/1992 există unele neconcordante între texte, precum și instituții juridice necunoscute legislației noastre actuale.

O primă neconcordanță există între art. 47, 36, 37 și 38. Astfel, art. 47 stipulează că reprezentarea legală a persoanei fizice lipsite de capacitate de exercițiu și a persoanei juridice în cazurile în care se află în incetare de plăti, precum și asistarea persoanei fizice cu capacitate de exercițiu restrinsă săn supuse legii care se aplică raportului juridic, din care se naște puterea de reprezentare sau de asistare. Atribuția de reprezentare sau de asistare ce revine părintilor este cîrmtuită de legea prevăzută de art. 20, adică legea care reglementează relațiile personale și patrimoniale dintre soți. Ocrotirea minorului din afara căsătoriei este prevăzută de legea națională a copilului de la data nașterii (art. 28, lit. c). Aceeași lege se va aplica și atribuției de reprezentare și de asistare. Ocrotirea minorului prin tutelă sau ocrotirea interzisilor judecătoresc este supusă legii naționale, a persoanei ocrotite (art. 37). Atribuției de reprezentare și asistare; se aplică aceeași lege.

Art. 38 prevede însă că măsurile ce se iau de către părinți sau tutore cu privire la minor sau la o altă persoană lipsită de capacitate sau cu capacitate restrinsă ori cu privire la bunurile ce le aparțin, săn supuse legii statului ale căruia autoritate îndrumăza și supraveghează exercitarea ocrotirii de către cei în drept. În cadrul acestor măsuri, ocrotirea celor lipsiti de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrinsă presupune o latură personală și una patrimonială⁴. Ocrotitorii legali iau măsuri cu privire la creșterea, educarea și învățătura ocrotitului, precum și referitor la administrarea bunurilor sale. De asemenea, ocrotitorii legali îl reprezintă sau îl asistă, după caz, în actele de stare civilă, sub îndrumarea și controlul autorității tutelare.

Dacă art. 38 se referă la măsurile luate de ocrotitorii legali în exercitarea atribuțiilor ce le revin, textelegii nr. 105/1992 se contrazic. Este posibil ca ele să conducă la aplicarea aceleiasi legi, dar săn cazuri cind soluția diferă. Dacă legiuitorul a avut în vedere alte măsuri, ele nu rezultă din economia textelor.

În plus, art. 164 stabilește că atunci cind reprezentarea ori asistarea străinului lipsit de capacitate sau cu capacitate de exercițiu restrinsă nu a fost asigurată potrivit legii sale naționale, iar din această cauză judecarea procesului întinzie, instanța îi va putea numi în mod provizoriu un curător special. Dar analiza art. 47 relevă că legea națională nu se aplică întotdeauna.

O altă neconcordanță apare între art. 78, lit. c și art. 93, alin. 1. În conformitate cu art. 77, dacă părțile nu au desemnat legea aplicabilă, contractul va fi supus legii statului cu care prezintă legăturile cele mai strinse. Se consideră că există atari legături cu legea statului în care debitorul prestației caracteristice are, la data încheierii contractului, după caz, domiciliul sau, în lipsă, reședința, ori fondul de comerț sau sediul statutar. Prin prestație caracteristică, potrivit art. 78, lit. c, se înțelege prestația îndeplinită de

mandatar, depozitar, antreprenor și, în general, de partea care, în contractele de servicii, le aduce la îndeplinire. Art. 93, alin. 1 precizează, însă, că în raporturile dintre reprezentant și mandatar sau comisionar se aplică, dacă nu s-a convenit altfel, legea statului în care intermediarul exercită împuternicirea.

Unele norme conflictuale din Legea nr. 105/1992 se referă la instituții juridice nerecunoscute în sistemul nostru de drept.

O primă instituție juridică inexistentă în legislația în vigoare este convenția matrimonială. În art. 21, legiuitorul stabilește regimul și efectele convenției matrimoniale. Conform dispozițiilor Codului familiei, soții sunt supuși regimului comunității de bunuri. Acest regim matrimonial este legal, unic și obligatoriu (art. 30-37). Soții nu pot deci încheia o convenție matrimonială înainte sau în timpul căsătoriei. Ca atare, normele conflictuale privitoare la convenția matrimonială urmează a se aplica de instanțele române numai cetățenilor străini.

O altă instituție juridică necunoscută legislației actuale este separația de corp. Prin art. 23 se dispune că în cazul în care soții sunt în drept să ceară separația de corp, condițiile acesteia sunt supuse legii naționale comune sau legii domiciliului lor comun. Desigur că legiuitorul a avut în vedere cetățenii din alte state. Se poate însă admite ideea, că în perspectivă, s-a preconizat o posibilă rezolvare pentru cuplurile cărora religia le interzice divorțul³.

De o problemă nereglementată pînă în prezent se ocupă și art. 29. Astfel, dreptul mamei de a cere tatălui copilului din afara căsătoriei să răspundă pentru cheltuielile din timpul sarcinii și pentru cele prilejuite de nașterea copilului este supus legii naționale a mamei. Acest text reprezintă o normă conflictuală care poate trimite la legea română sau la legea străină. Dacă trimiterea va fi la legea română, rămîne de văzut ce poziție vor adopta instanțele române, întrucît în dreptul nostru nu există o asemenea reglementare.

Legea română de drept internațional privat cuprinde reglementări care constituie o deschidere a legislației noastre spre cooperarea internațională, o raliere la legislațiile moderne ale statelor europene. Cu toate că reprezintă un adevărat cod al dreptului internațional privat român, reglementarea raporturilor cu element de extrancitate ridică numeroase probleme și întrebări, care ar justifica adoptarea unei legi interpretative.

NOTE

1. A se vedea și Ion Băcanu, Octavian Căpătină, Savelly Zillerstein, Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat, în "Dreptul", 1992, nr. 12, p. 31 și urm.; Octavian Căpătină, Noul drept internațional privat român, în "Revista de drept comercial", 1993, nr. 5, p. 5 și urm.

2. A se vedea art. 167, 168, 169, 173, 174, 179 ale Legii nr. 105/1992.

3. Pentru o părere diferită, a se vedea Ion Băcanu, Octavian Căpătină, Savelly Zillerstein, *op. cit.*, p. 35.

4. A se vedea art. 101 și 105 din Codul familiei.

5. A se vedea și Ion Filipescu, Legea aplicabilă căsătoriei și divorțului potrivit dreptului internațional privat român, în Dreptul, 1994, nr. 10-11, p. 46 și 49.

LA RÉGLEMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EN ROUMANIE

- Résumé -

La réglementation du droit international privé en Roumanie est réalisée par la loi 105/1992. La loi est formée de quatre parties, qui concernent les suivants aspects: la première partie comprend les dispositions générales (articles 1-10); la deuxième partie englobe les principales règles conflictuelles, qui indiquent aux autorités compétentes de notre pays, la loi applicable aux raports avec un élément étranger (articles 11-147); la troisième partie contient les règles de procédure en matière, qui déterminent la compétence juridictionnelle et les effets des arrêts, étrangers (articles 148-181), la dernière partie comporte les dispositions finales (articles 182-183).

Jusqu'à l'acceptation de la loi 105-1992, dans notre législation existait un nombre limité des règles conflictuelles. Elles étaient comprises dans le Code Civil (article 2, 885, 1773 et 1789), le Code de procédure civile, le Code de procédure pénale, le Code aérien et dans des actes normatifs applicables dans d'autres domaines.

Après l'apparition de cette loi, certaines règles conflictuelles ont été maintenues (articles 1773 et 1789 Code Civil, qui imposent la forme authentique de l'hypothèque) d'autres règles, bien qu'elles soient abrogées expressément, elles sont reformulées dans le contenu de la loi (c'est la situation de l'article 2 du Code civil, qui réglementait le régime juridique des immeubles situés en Roumanie, l'état et la capacité civiles des citoyens roumains et la forme des actes juridiques; c'est l'article qui se retrouve dans l'article 49, 11 et respectivement 71 dans la loi 105; la même situation pour l'article 375 Code de procédure civile).

La loi 105 a abrogé toutes les dispositions contraires, c'est à dire, l'article 885 du Code civil, relatif à la forme du testament, l'article 10 du Code aérien et l'article 3 du Décret 278-1950 concernant à la force probatoire des actes d'état civile conclues à l'étranger par les roumains et invoqués en Roumanie (en ce qui concerne le dernier article, la situation n'est pas tout à fait claire).

Même si elle représente un véritable code de droit international privé roumain, la loi 105 pose de nombreux problèmes, aussi, qui concernent, en particulier, abrogations, concordances entre ses textes et l'introduction d'institutions inconnues dans la législation roumaine actuelle. Cependant, elle reste une épreuve réussie de rattachement aux législations modernes européennes, une ouverture à la coopération internationale..

RECENZII

SERGIU SELIAN, *Istoria unui genocid ignorat*, București, Editura Silex, 1994, 128 p.

Istoria unui genocid ignorat este o carte de multă vreme așteptată în România. Autorul, redactor șef al ziarului "Nor Ghiang", cercetător al diferitelor etape din istoria armenilor, și-a închinat cartea "armenocidului" din 1915-1917. Cu bună intenție, autorul evită denumirea de *holocaust*, care, în antichitate, presupunea un sacrificiu religios realizat de sacerdoti prin arderea victimei. Or, subliniază autorul, "nici în 1915 și nici în 1943 nu au existat sacerdotii pe care îi presupune holocaustul, ci slujitorii ordinii totalitare din statele respective".

Autorul utilizează termenul de genocid, termen a cărui paternitate aparține, din 1913, judecătorului Raphael Lemkin și care a fost utilizat pentru prima dată în rechizitoriu împotriva crimelor de război ale naziștilor în procesul de la Nürnberg, din octombrie 1945.

Rezoluția 96 (I) din 11 decembrie 1946 a Adunării Generale O.N.U. condamnă genocidul încă de la prima sesiune: "Genocidul este o crimă de drept internațional, contrar spiritului și scopurilor O.N.U. și condamnată de lumea civilizată". Genocidul intră în categoria crimelor împotriva umanității. În *Convenția pentru prevenirea și reprimarea crimei de genocid* adoptată de Adunarea Generală a O.N.U. la 9 decembrie 1948, genocidul este considerat o crimă de drept internațional comisă fie în timp de pace, fie în timp de război, prin acte comise cu intenția de a distruge parțial sau în totalitate un grup național, etnic, rasial sau religios, cu precizarea că sună pedepsite și tentativa, și complicitatea, și incitarea, și acordul asupra genocidului, iar persoanele care au comis genocidul - sau unul din actele enunțate mai sus - vor fi pedepsite, fie ele guvernanți, funcționari sau participanți. În fine, rezoluția nr. 2391 din 20 noiembrie 1968 a Adunării Generale a O.N.U. stipulează faptul că această crimă de genocid este *imprescriptibilă independent de data la care a fost comisă...* Între semnatarii acestui act se află și Turcia.

*

Pentru cititorii, mai mult sau mai puțin avizați, autorul intervine - în cadrul Argumentului inițial - cu două răspunsuri la întrebările pe care aceștia, eventual, și le-ar pune. De ce această carte și de ce un genocid ignorat? Răspunsul firesc: pentru că în România se știe prea puțin sau nimic, despre genocidul din 1915, comis de Guvernul Junilor Turci asupra populației armene din Imperiul Otoman și pentru că, astăzi, în România se manifestă curiozitatea și interesul de a cunoaște cauzele care l-au determinat

și modul în care s-a produs, implicațiile, etc., dat fiind pomenirea lui continuă de către supraviețuitori și urmașii acestora. Si totuși, de ce ignorat? Din cauza interesului geopolitic al unor state sau a dezinteresului altor state față de soarta unui popor fără de țară. De aici, faptul că decenii la rînd s-a tăcut asupra acestui prim genocid al secolului nostru în ciuda strădaniilor de tot felul, după cum afirmă autorul, ale armenilor și ale prietenilor lor de a face cunoscută și chiar recunoscută crima care a împuținat unul din cele mai vechi și mai civilizate neamuri ale omenirii, nimicit în propriul său teritoriu istoric al căminului său național.

*

Pentru înțelegerea subiectului propus examinării, autorul pornește de la *repere istorice* (Platoul Armean, Imperiul Otoman, Chestiunea Armeană), continuind cu *Premisele funeste* (Masacrele hamidiene și măcelul din Adana), pentru relevarea - într-un capitol zguduitor - a ceea ce a reprezentat numita "soluție radicală" (genocidul premeditat; primele operații; revolta din Van; 24 aprilie - semnul verde; deportări și exproprieri; cronica deportărilor; tabere de concentrare; lupte de autoapărare, statistici generale, genocidul alb, cauzele genocidului). În capitolul *Criminali și justiția* sunt prezentate vinovățiile, procesul unioniștilor și acțiunile răzbunătorilor, respectiv "Operația Nemesis". *Proba documentelor* (memorii, declarații, mărturii, surse britanice, americane, germane, turcești, etc.) și capitolul *Armenii și dreptul internațional*, reprezintă corolarul documentar, continuat cu o sinteză rezumativă, hărți și surse bibliografice.

*

În primele pagini ale lucrării sunt relevante realități indubitate: armenii reprezentau una din națiunile cele mai vechi stabilite în Asia apuseană; regatul armean a fost primul stat creștin, iar Biserica Armeană a contribuit la apărarea tradițiilor naționale; vreme de două milenii, poporul armean a cunoscut perioade de independentă și de vasalitate; fiind prima națiune oficial creștină din lume (301) și având din anul 405 un alfabet propriu; acestea i-au conferit, odată cu scrierea și cultura specifică, o identitate etnică...

Lipsiți, vreme de peste o jumătate de mileniu, de stabilitate și supraviețuirend ca o oază de creștinism în mijlocul populațiilor islamică, într-o poziție geopolitică vulnerabilă, armenii au reușit, totuși, pînă la primul război mondial, să-și creeze și să-și păstreze pe teritoriul lor istoric - numit chiar de turci Ermenistan - limba, cultura, religia, respectiv, identitatea națională.

În Imperiul Otoman, unde au convietuit în condiții pasnice cu celelalte etnii, pînă la sfîrșitul veacului al XIX-lea, armenii ocupau poziții importante în societate. Ei detineau 60 % din import, 40% din export, 80% din comerțul interior, mare parte din meserii și din profesiile libere; din cei 242.000 de elevi ai școlilor guvernamentale, 120.000 erau armeni. Or, genocidul din 1915, care a nimicit această populație, a însemnat sfîrșitul nu numai al armenilor, dar și al prosperității restului populației.

În sinteza rezumativă, autorul prezintă *Ratiunile genocidului*, care au fost, în principal, astă social-psihologice cît și politico-naționale. Si anume: după credința otomană, lumea era divizată în credincioși (musulmani) și necredincioși (ghiaurii), mai exact în stăpini și slujitori. Or, armenii, posesorii unei vechi civilizații (3000 de ani) și a unui înalt nivel de educație, cultură și știință, nu puteau fi totuși superiori poporului ales de Allah, care, în consecință, trebuia să declare războiul sfînt (ghiad) împotriva ghiaurilor

armeni. Pe de altă parte, corupția internă și pierderile teritoriale măcinau imperiul pe care marile puteri doreau să-l dividă. Or, partea răsăriteană a Turciei, constituită pe teritoriile armeniști, cu populația, tradițiile, religia, etc. reprezenta - în ipoteza dobândirii independenței sale - pericolul iminent, de cea mai mare gravitate...

În consecință, guvernul "Junilor Turci" a încercat o soluție salvatoare, reinstaurînd naționalismul turc, al căruia plan privind genocidul armean s-a realizat în etape, prin:

- eliminarea membrilor minorității armene capabili a lua inițiative de autoapărare, respectiv a intelectualilor, a conducătorilor politici și a bărbatilor mobilizați în armata otomană;

- distrugerea minorității armene prin deportarea masivă a populației creștine în tabere de concentrare și exterminarea pe loc a supraviețuitorilor din convoaiele de deportați;

- confiscarea bunurilor celor "dispăruti" și distribuirea lor populației otomane.

*

Trăsătura specifică armenocidului este aceea de a fi rămas nesanctionat. Repararea acestei injustiții este imperativă chiar și după scurgerea deceniilor. Uitarea nu poate fi un leac și nici iertarea o soluție. Adevărată soluție, susține autorul, o poate da numai o sentință ratională și umană. Dat fiind distrugerea moștenirii istorice și culturale armene - care este o componentă a civilizației mondiale - perimarea problemei nu poate fi o motivație a abandonării ei.

Cea dintâi consecință a recunoașterii genocidului, induce obligația ca autorii să fie sancționati. Cum toti responsabilii massacrelor de atunci sunt morți, nu mai există interesul concret de a ridica problema sanctiunii juridice. Faptul că reprimarea penală nu se mai poate exercita, nu scutește Turcia de a fi, în principiu, civilmente responsabilă. Indiferent de numărul - controversat - al victimelor (1.600.000 - 2.000.000, numai în 1915-1917), proporția acestora mărturiseste caracterul de crimă colectivă. Asasini au fost funcționari de stat, jandarmi, militari, bande neregulate, triburi de kurzi și chiar simpli cetăteni. Printre funcționari, zelul a fost diferit, de aceea unii armeni au supraviețuit, o parte fiind salvati chiar de familiile musulmane. Vina genocidului nu poate fi extinsă asupra populației civile pentru a diminua responsabilitatea guvernărilor, întrucât participarea populației nu reduce răspunderea conducerilor, căror le era lesne să o manipuleze.

Nu se pune nici problema prescrierii responsabilității. Responsabilitatea civilă antrenează asumarea obligației de a repara prejudiciul cauzat prin violarea drepturilor omului (atât prejudiciul material cât și cel moral).

Dacă timpul a făcut uitate pierderile materiale, în schimb, acest lucru a dus la resuscitarea prejudiciului moral care nu a atenuat cătuși de puțin poziția Turciei de negare a genocidului, și, în consecință, nici măcar un regret pentru executarea lui.

Totuși, în instanțele internaționale, abia după 1984, armenocidul din 1915 a avut trei recunoașteri oficiale. - 1984 (Tribunalul permanent al popoarelor); 1985 (Subcomisia drepturilor omului a O.N.U.), 1987 (Parlamentul European). Tardive și insuficiente!

Genocid, holocaust - sint termeni pe care îi remarcăm astăzi mai frecvent pomeniti decât în trecut. Folosirea lor poate deranja sau banaliza conținutul complex de dureros ai semnificației intime. Autorul, bazat pe surse documentare de necontestat, a abordat cu multă îndrăzneală și vigoare problema genocidului. A fost să fie ca aceasta "abordare" să

cunoască lumina tiparului și în România. Prin aceasta, departe de autor gindul de a impovăra pe unii cu suferințele altora. Dacă a încercat să urmeze povata de a nu adăuga zilei de azi poverile zilei de mîine, a adus totuși, zilei de azi, suferințele zilei de ieri:
Pentru a nu uită! Si, pentru ca generațiile viitoare să aibă parte de mai mult senin!

Maria-Dvoracek

CHEORGHE NISTOREANU, VASILE DOBRINOIU, IOAN MOLNAR, ILIE PASCU, ALEXANDRU BOROI, VALERICA LAZĂR - *Drept penal-partea specială*, Editura Continenț XXI București, 1995, 694 p.

Lucrarea prezentată a fost elaborată de către un prestigios colectiv de cadre didactice de la Facultatea de Drept - Academia de politie "Alexandru Ioan Cuza" București.

La elaborarea lucrării au fost avute în vedere literatura de specialitate, practica judiciară în materie precum și propunerile cuprinse în Proiectul de lege pentru modificarea și completarea Codului penal și a Codului de procedură penală, proiect adoptat de către Senatul României la data de 3 februarie 1994.

Intr-un titlu preliminar, sunt făcute considerații generale, introductive în materia dreptului penal-partea specială. Sunt prezentate aspectele esențiale ale activității privind incadrarea juridică a faptelor săvîrșite în formă tipică sau atipică.

În titlul al II-lea, sunt amplu analizate elementele infracțiunilor contra sigurantei statului (art. 155 - 173 Cp). Cunoașterea și respectarea întocmai a normelor de incriminare este cu atât mai necesară în prezent cu cât o "Casă comună a Europei, stabilitatea internațională vor putea fi realizate doar în măsura în care vor fi respectate dezideratele tuturor statelor, indiferent de puterea lor politică, economică sau militară".

În continuare sunt examinate infracțiunile săvîrșite contra persoanei (art. 174-207 Cp). Infracțiunile contra vieții, integrității corporale, sănătății, libertății, onoarei sau demnității persoanei sunt frecvent întîlnite în practica judiciară, aducînd atingere celor mai importante atribuții ale ființei umane. Si aceste infracțiuni au fost supuse unei analize complete prin valorificarea datelor oferite de literatura și practica în materie.

În titlul al III-lea, sunt analizate infracțiunile îndreptate împotriva patrimoniului (art. 208-222 Cp). Examinarea este făcută în acord cu prevederile art. 135 alin. 2 și 3 din Constituția României.

În titlul al IV-lea, sunt analizate infracțiunile săvîrșite contra autorității (art. 236-244 Cp), iar în titlul al V-lea sunt analizate infracțiunile care aduc atingere unor activități de interes public sau altor activități reglementate de lege (art. 246-281 Cp).

Infracțiunile de fals (art. 282-294 Cp), sunt examinate în titlul al VI-lea, iar

infracțiunile la regimul stabilit pentru anumite activități economice (art. 295-302^c Cp) sunt analizate în titlul al VIII-lea. Specula, înselăciunea la măsurătoare, înselăciunea cu privire la calitatea mărfurilor, punerea în circulație a produselor contrafăcute sunt fapte de pericol social care au proliferat în noile condiții.

Infracțiunile care aduc atingere unor relații privind convietuirea socială (art. 303 - 330 Cp) sunt examineate în cuprinsul titlului al VIII-lea. În titlul al IX-lea sunt analizate infracțiunile contra capacitatii de apărare a României (art. 331-355 Cp), iar în titlul ultim, al X-lea, sunt examineate infracțiunile contra păcii și omenirii (art. 356-361 Cp).

Manualul este scris cu multă acuratețe și rigoare științifică. Consistența și conferă și metoda de analiză a fiecărui text de incriminare. Astfel, în cazul fiecărei infracțiuni, autorii au realizat o scurtă incursiune privind istoricul incriminării faptei în legislația noastră penală însotită de unele elemente de drept comparat.

Tudorel Toader

**GEORG DAHM, JOST DELBRUECK ȘI RUEDIGER WOLFRUM,
VOELKERRECHT, BAND I/1 (*DIE GRUNDLAGEN. DIE
VOELKERRECHTSSUBJEKTE*), BERLIN, NEW YORK; WALTER
DE GRUYTER, 1989, XLII, 571 p.**

Prima ediție, în trei volume, a lucrării a fost elaborată de profesorul Georg Dahm de la Universitatea "Christian-Albrecht" din Kiel (Germania), fiind publicată între anii 1958 și 1961.

După moartea profesorului, survenită în anul 1961, reeditarea și actualizarea tratatului a constituit una din preocupările prestigiosului "Institut fuer Internationales Recht" al Universității din Kiel, cel mai vechi cu acest profil din Germania. Profesorii Jost Delbrueck (specialist în drept internațional public, teoria generală a statului și în drept constitutional) și Ruediger Wolfrum (drept public și drept internațional public), directori la institutul amintit, au finalizat în 1989 reeditarea primului volum, celelalte două urmând să apară în viitor. Deși autorii au căutat să păstreze spiritul și concepția ediției anterioare, volumul de față ar trebui examinat ca o carte distincță, atât datorită evoluției dreptului internațional în decurs de trei decenii, cît și ca urmare a dezbatерii problemelor abordate și sub aspectul dreptului public (intern) sau al teoriei dreptului.

Volumul este structurat în două părți: prima este consacrată fundamentelor dreptului giștilor și cuprinde două capitoile tratând dreptul internațional public ca ordine juridică a sistemului internațional și raportul dintre dreptul internațional și dreptul interne iar cea de a doua parte tratează subiectele de drept internațional. În acest prim volum sunt

analizate doar statele (aspectele generale, succesiunea statelor, organele acestora și teritoriului), celelalte subiecte ale dreptului internațional urmând să fie examinate în volumul următor. Redactarea primei părți (mai puțin o subsecțiune referitoare la aplicarea dreptului internațional) precum și a începutului părții a doua revine profesorului Jost Delbrueck, restul volumului fiind realizat de profesorul Ruediger Wolfrum.

Lucrarea se remarcă prin prezentarea sistematică a materiei, reușind totodată să alterneze în mod armonios pasajele caracterizate printr-o formulare succintă cu cele în care chestiunile dificile sau controversate sunt expuse pe larg. Bibliografia exhaustivă, indicată la începutul fiecărui capitol, permite accesul facil la surse, aprofundarea tematicii expuse precum și o vizionare de ansamblu asupra stadiului cercetării științifice în problemele supuse discutiei. Ar fi fost însă de dorit ca lucrările citate în bibliografie să fi fost aranjate în ordine alfabetică și nu cronologică, ceea ce ar fi facilitat confruntarea acestora cu trimiterile sumare făcute în cadrul notelor de subsol. Trecând peste acest marunt inconvenient de ordin redațional, nu putem să nu rămânem impresionați de cantitatea de material cazuistic și doctrinar oferit de autori. Ca exemplu menționăm capitolul consacrat raportului dintre dreptul intern și cel internațional (p. 98-124), în care se face o prezentare comparativă a diferitelor puncte de vedere, cu luarea în considerare a doctrinei și a practicii judiciare din Germania, SUA, Marea Britanie, Franța, fost URSS precum și a altor state.

Formația profesională a autorilor (care după cum am precizat mai sus sunt specialisti recunoscuți și în dreptul public intern, iar în cazul lui J. Delbrueck și în teoria statului) se face simțită în tratarea exactă și cu o anumită eleganță a aspectelor interne, constitutionale ale problemelor de drept discutate precum și în expunerea implicațiilor teoretice ale acestor probleme. Ei se mențin în general pe linia pozitivismului juridic, fără a nega posibilele influențe ale scolii dreptului natural (vezi p.59), fătă de care însă se mențin în rezervă.

Argumentele și contraargumentele sunt prezentate în mod obiectiv și cu o evidență preocupare pentru echilibru. Spiritul lucrării este mai apropiat gîndirii anglo-saxone, profund marcate de scepticism și pragmatism, evitind teoretizările temerare atât de frecvente în spațiul cultural german. În literatura juridică germană mai veche se conturaseră două concepții divergente: prima, cu tendință de a depăși limitele disciplinei, orientîndu-se către o sinteză istorico-sociologică cu implicații metafizice, iar a doua împunîndu-și în mod sistematic ignorarea aspectelor nejuridice, ceea ce a dus la construirea unui sistem teoretic abstract și autosuficient care întoarce spatele realității.

Prima orientare menționată este ilustrată de renumitul constitutionalist și internaționalist Carl Schmitt (1888-1986), care concepea dreptul gîndilor ca fiind expresia unei ordini statale continentale, eminentamente terestre, rezultatul evoluției lui "ius publicum europeum" din epoca medievală, aflat în confruntare cu "International Law", dreptul de sorginte anglo-saxonă, specific civilizațiilor maritime¹.

A două tendință, ilustrată de Hans Kelsen², își găsește expresia în celebra sa teorie a dreptului, conceput ca un ansamblu ierarhizat de norme juridice, avîndu-și sorgintea într-o "normă fundamentală" (Grundnorm). Ea este de asemenea respinsă de autorii tratatului, ca de altfel de majoritatea internaționaliștilor. Ei folosesc însă elemente din gîndirea kelseniană în contracararea unor opinii ale lui Carl Schmitt.

Astfel, Schmitt, și nu numai el, negă importanța principiului "pacta sunt servanda",

pe care-l consideră "o fictivă dublare normativă, falsă din punct de vedere logic și practic lipsită de valoare"³. Pentru autori, necesitatea logică a unei asemenea norme (și aici apare deosebirea față de Kelsen, pentru care continutul normei este indiferent) decurge din cerința unei reguli obligatorii care să lege consensul părților contractante de consecință juridică a îndatoririi de a indeplini obligațiile asumate, și această consecință este inclusă – afirmă autorii – în principiul "pacta sunt servanda", normă fundamentală (Grundnorm) a rățiunii practice.

Preocuparea autorilor de a da o expresie teoretică elaborată conceptiilor sau soluțiilor pe care le avansează se îmbină fericit cu grija de a clădi argumentele pe terenul faptelor. Ei au preferat să nu trateze anumite aspecte (de exemplu interacțiunea dintre dreptul internațional și dreptul comunitar european în cazuistica oferită de Curtea de Justiție Europeană), atunci cînd datele existente nu permitteau o concluzie definitivă.

Volumul realizat de profesorii J. Delbrueck și R. Wolfrum se ridică în mod cert la nivelul ediției realizate de G. Dahr. El reprezintă, alături de lucrarea profesorilor Alfred Verdross și Bruno Simma⁴, opera de referință a literaturii de drept internațional public în spațiul lingvistic german.

Marius Balan

NOTE

1. A se vedea în acest sens lucrarea sa "Das Nomos der Erde im Voelkerrecht des Ius Publicum Europaeum", Koeln, 1950, precum și "Die Aufloesung der europaeischen Ordnung im «International Law», (1890 - 1939)" în "Deutsche Rechtswissenschaft", Vol. 5, fascicula 4, octombrie 1940.

2. A se vedea mai ales "Das Problem der Souveranitaet und die Theorie des Voelkerrechts", Tuebingen, 1920.

3. V. "Verfassungslehre", Berlin, 1928, p. 363.

4. "Universelles Voelkerrecht", Berlin: Duncker & Humblot, 1984.

PATRICK THORNBERRY: *INTERNATIONAL LAW AND THE RIGHTS OF MINORITIES*, OXFORD, CLARENDON PRESS, 1991, XXIII, 443 p.

Carta reprezintă o variantă revăzută a tezei de doctorat sustinute de autor la Universitatea din Keele (Marea Britanie) sub îndrumarea profesorului Michael Akhurst. Aspectele noi ale problemei minorităților apărute după data susținerii tezei au fost tratate succint. Acest fapt se poate observa cu ușurință comparind modul minutios în care autorul a examinat principalele instrumente ce au jalonat evoluția protecției minorităților

de pînă la 1989, cu schitarea sumară a evoluției recente în domeniu.

Lucrarea cuprinde sase părți principale (conceptul și istoricul protecției minorităților; dreptul la existență; identitate și nediscriminare; dreptul la identitate; dreptul de a nu fi discriminat și drepturile popoarelor indigene), a săptea parte fiind rezervată concluziilor și recomandărilor.

Thornberry se arată preocupat de problema definirii conceptului de minoritate, fiind însă consient de dificultatea unui asemenea demers. Una din cauze este împrejurarea că examinarea diferențelor grupuri de populație sub aspect etnic, religios, lingvistic, politic sau comportamental nu are alt rezultat decît descoperirea (sau "crearea") unor noi minorități și respectiv a unor noi criterii de circumscriere a grupurilor minoritare, fără a se înregistra însă vreun progres în direcția formulării unei definiții clare și general valabile. O altă dificultate, ce vizează nu numai stabilirea limitelor problemei, ci insusi fondul acesteia, este reprezentată de atitudinea unor state (în special de pe continentele american și african) care neagă faptul că pe teritoriul lor s-ar afla minorități, în sensul că grupurile etnice sau lingvistice distincte din componenta populației ar fi o parte constitutivă a națiunii și nu o minoritate (v. p. 154 și urm.).

Autorul împarte drepturile ce revin minorităților în trei categorii; diviziune ce și-a pus amprenta și pe structura cărții. Aceste categorii le corespund trei drepturi principale (dreptul la existență, dreptul la identitate și dreptul de a nu fi discriminat), ultimele două admitînd subdiviziuni.

În partea consacrată dreptului la existență autorul examinează Convenția privitoare la genocid, singurul instrument internațional care garantează în mod explicit acest drept. Thornberry deplinește insuficiența și limitele reglementărilor din acest domeniu, unul din inconveniente fiind garantarea mai puțin decât sumară a drepturilor culturale, de grup, ale comunităților minoritare împotriva "genocidului cultural" (p. 59-86 și 392).

Privitor la categoria a două (dreptul la identitate), Thornberry subliniază că nu ne aflăm în prezență unor drepturi colective, deși identitatea grupurilor și-ar găsi mai lesne expresia în acestea. Dreptul la identitate presupune, în viziunea autorului, o conciliere a drepturilor individuale cu cele colective. Autorul discută în acest context articolul 27 din Pactul internațional privind drepturile civile și politice, discuție căreia îi alocă o parte considerabilă din lucrare (p. 141-241). Literatura de drept internațional, după cum precizează autorul, ca și atitudinea statelor, sunt mai degrabă ostile interpretării dispozitiilor articolului în sensul admiterii unor drepturi colective.

Dreptul la nediscriminare este tratat în contextul dispozitiilor adoptate în cadrul ONU și al UNESCO (p. 257-319).

Thornberry consideră că situația minorităților formate din populațiile autohtone aflate încă pe o treaptă inferioară de dezvoltare, populații întîlnite îndepărtate în statele din afara Europei, impune o tratare distinctă. Aceste minorități se află într-o situație dezavantajoasă sub două aspecte: astăzi ca urmare a poziției de inferioritate numerică în stat, cît și ca urmare a situației economice și cultural-sociale inferioare, care îi menține la periferia societății, periclitîndu-le totodată și specificul etno-cultural și tradițiile. În acest sens, autorul subliniază necesitatea unei distincții transante între apartheid și pluralism (cultural, etnic, lingvistic), scopul acestuia din urmă fiind de a permite grupurilor

indigene să-si mențină caracteristicile socio-culturale de grup. (p. 392). Thornberry precizează însă că respectul "culturii" unor grupuri tribale nu trebuie în nici un caz împins atât de departe încât să implice admiterea ori tolerarea unor practici inumane sau degradante (cum ar fi ostracismul sau circumcizia femeilor) pe motiv că acestea ar constitui tradiții ale grupurilor respective. Autorul admite existența unor drepturi colective pentru asemenea populații, însă respinge neglijarea pe această bază a drepturilor individuale ca urmare a "disprețuirii opțiunilor individuale prin revendicări ale grupului" sau prin "determinism de grup" (p. 394).

Sub aspectul raportului dintre stat și minoritate, în lucrare se afiră necesitatea unui echilibru între drepturile minorităților, pe de o parte, și independența politică și integritatea teritorială a statului, pe de altă parte. În acest context autorul accentuează importanța unui sistem internațional de protecție a minorităților, alternativele (de loc dezirabile) la acest sistem, constituindu-le intervențiile statelor a căror populație este legată prin afinități de ordin etnic, religios sau lingvistic față de minoritatea pretins oprimată sau tentativele de secesiune teritorială. Ambele alternative reprezintă în mod evident cazuri de natură de pericolă gravă care și cooperarea internațională.

Obiectivele ce se pot aduce acestei lucrări sunt relativ putine. Cea mai importantă ar fi aceea că autorul examinează amănuntit Convenția nr. 107 a Organizației Internaționale a Muncii privind protecția și integrarea populațiilor indigene tribale și semi-tribale din statele independente (adoptată în 1957), discuție care și-a pierdut obiectul prin adoptarea în 1989 (și intrarea în vigoare în 1991) a Convenției OIM privind populațiile indigene și tribale din statele independente. Thornberry include proiectul acestei convenții în apendicele lucrării, fără însă a-l discuta în cuprinsul lucrării. Autorul și-a limitat cercetarea în mod aproape exclusiv la literatura publicată în limba engleză, literatură, ce-i drept, extrem de vastă, neglijind, cu mici exceptii (cîteva lucrări de referință din epoca interbelică) lucrările publicate în franceză sau germană.

În ciuda acestor mici obiectii, impresia dominantă pe care o produce volumul este aceea de precizie, soliditate și echilibru. Lucrarea lui Patrick Thornberry nu poate fi ignorată de nici un cercetător preocupat de problema drepturilor minorităților.

Marius Balan

**Redactor:
MIHAELA POPOVICI**

**Culegere și tehnoredactare:
DIANA HUȚANU**

**Tiparul executat la Centrul de multiplicare
al Editurii Universității «AI. I. Cuza»**

Format: 70x100/16

Coli tipo: 9,25

Apărut: 1996

Comanda: 142

