



J. 7707

**ANALELE ȘTIINȚIFICE
ALE
UNIVERSITĂȚII „AL. I. CUZA”
DIN IASI
(SERIE NOUĂ)**

**ȘTIINȚE
JURIDICE**



4010587
Periodice

TOMUL XLIII, XLIV, XLV

1997, 1998, 1999



Editura Universității „Al. I. Cuza” din Iași

ACU - 7707
24 IV 2000

Comitetul de redacție:

Prof. dr. Mihail Jakotă, Prof. dr. Ioan Macovei, Prof. dr. Grigore Gr. Theodoru,
Conf. dr. Tudorel Toader, Lector dr. Carmen Tamara Ungureanu

Prof. dr. Ioan Macovei – Redactor responsabil

Lector dr. Carmen Tamara Ungureanu – Secretar de redacție

CUPRINS

STUDII ȘI ARTICOLE

MIHAIL JAKOTĂ, IOAN MACOVEI – Reflecții asupra reglementării internaționale a investițiilor	5
IOAN MACOVEI, MARINA POPA – Efectele convenției de arbitraj	17
GRIGORE GR. THEODORU – Unele considerații asupra rolului activ al instanțelor de judecată	27
TUDOREL TOADER – Intervenția părții vătămate în cursul punerii în executare și a executării hotărârii penale definitive	41
MARIA-IOANA MICHINICI – Despre regula <i>Non bis idem</i> cu referire la identitatea de persoană	49
DUMITRU MACOVEI – Procedura succesoră notarială	53
GHEORGHE DURAC – Procesul civil ca formă de valorificare a drepturilor civile încălcate sau nerecunoscute	65
CARMEN-TAMARA UNGUREANU – Accesul consumatorului la justiție	77
MARIA GAIȚĂ – Aspecte teoretice și practice privind îmbogățirea fără justa cauză	83
DAN CONSTANTIN TUDURACHE – Discuție asupra ordinii de preferință a privilegiilor	89
SEPTIMIU VASILE PANAINTE – Aspecte privind raporturile de familie în Islam	93

RECENZII

Augustin UNGUREANU, Aurel CIOPRAGA, <i>Dispoziții penale din legi speciale române</i> (Grigore Gr. Theodoru, Tudorel Toader)	105
Ștefan RĂUSCHI, Tamara UNGUREANU, <i>Drept civil. Partea generală. Persoana fizică. Persoana juridică</i> (Gheorghe Durac)	106
Mircea DUȚU, <i>Dreptul mediului</i> (Gheorghe Durac)	108
Rainer HOFMANN, <i>Minderheitenschutz in Europa: völker- und staatsrechtliche Lage im Überblick</i> (Marius Bălan)	109
Michael FREEDEN, <i>Drepturile</i> (Dionisie Afloroaică)	111

STUDII ȘI ARTICOLE

REFLECȚII ASUPRA REGLEMENTĂRII INTERNAȚIONALE A INVESTIȚIILOR

DE

MIHAIL JAKOTĂ, IOAN MACOVEI

După anii 1990, literatura noastră juridică s-a ocupat în mod deosebit de regimul de cooperare economică cu partenerii străini¹. Datorită noului context politic, problemele au fost abordate din alt punct de vedere. Cu alte cuvinte, este o problemă discutată de mai multe decenii și încă de mare actualitate pentru toate țările lumii, fie că sunt exportatoare de capital, fie că primesc investiții.

Cooperarea cu partenerii străini reprezintă unul din domeniile cele mai interesante ale comerțului și privește, în egală măsură, politica economică, dreptul internațional, dreptul comerțului internațional, dreptul internațional privat. Înainte de a fi o chestiune juridică, ea rămâne o problemă politică. De acest lucru a trebuit să ne convingem după mai mulți ani de căutări inutile și de eforturi costisitoare. Desfășurarea și intensificarea cooperării constituie unul din domeniile cele mai sensibile și mai delicate ale relațiilor economice internaționale.

După cel de al doilea război mondial, o literatură bogată a dezbătut sub toate aspectele problematica juridică ridicată de acest fenomen². Interesul general pentru pro-

¹ În această materie, a se vedea Fl. Bonciu, „Atragerea și monitorizarea investițiilor străine”, București, 1997; Octavian Căpățână, „Noul regim al investițiilor străine în România”, în „Revista de drept comercial”, nr. 2, 1991; D. Ciobanu, „Legislația actuală a investițiilor”, București, 1993; S. Florea, I. M. Dumitriu, „Eficiența economică a investițiilor și a capitalului fix”, București, 1993; C. L. Popescu, „Dispoziții neconstituționale în Ordonanța de Urgență nr. 92/1997 privind stimularea investițiilor directe”, în „Revista de drept comercial”, nr. 5, 1998; Gh. Beleiu, „Cu privire la capacitatea juridică a investitorilor străini în România”, în „Revista de drept comercial”, nr. 2, 1992; Dragoș Sitaru, „Considerații privind politica României în domeniul investițiilor străine”, în „Revista de drept comercial”, nr. 5, 1993.

² Ani de-a rândul, studiul investițiilor străine în țările în curs de dezvoltare a făcut obiectul preocupărilor „Asociației de drept internațional” („International Law Association”). În 1970, a avut loc Conferința de la Haga (p. 442-446); apoi, raportul lui Ph. Kahn, cu o introducere de B. Goldman (467-555) și o anexă cuprinzând comentariile participanților. La a 55-a Conferință a Asociației de drept internațional, ținută la New York, în 1972, s-a prezentat raportul lui Ph. Kahn, propuneri pentru un contract-tip de investiții în industria textilă și un contract tip în traducerea engleză a lui A. Fatouros, p. 685-728. În 1973, International Law Association se ocupă de „Starea actuală a investițiilor străine în țările în curs de dezvoltare”, iar raportul este ținut de Ph. Kahn (p. 261-283).

blemele cooperării economice se oglindește în numărul impozant de convenții bilaterale și multilaterale care s-au încheiat în acest domeniu în ultimele decenii, iar, pentru România, mai ales în ultimul deceniu³. Aceste convenții sunt opera organizațiilor internaționale și la ele au aderat atât țări din grupul celor care trebuiau să primească investiții, cât și cele din grupul țărilor donatoare. Desigur, nu trecem cu vederea că unele state primesc și în același timp oferă investiții.

Interesul pentru cooperarea economică internațională și îndeosebi pentru investiții, atât din partea țărilor lipsite de mijloace financiare, cât și din partea celor care doreau să fructifice capitalul de care dispuneau, a urmat imediat ultimului război mondial. După o perioadă rapidă de ascensiune, a urmat imediat o criză în relațiile dintre deținătorii de capital și potențial economic și primitorii de credite. Grave probleme, ridicate nu numai din motive pur economice, s-au ivit între parteneri⁴.

Pozițiile antagoniste se găsesc sintetizate în câteva acte internaționale, care, la vremea lor, au prezentat o mare importanță. Problema a rămas acum de domeniul istoriei relațiilor politice și economice internaționale în deceniile trecute.

³ După 1990, România a încheiat acorduri privind investițiile cu SUA, Canada, Uniunea Economică Belgo-Luxemburgheză, Australia, Finlanda, Italia, Israel, Turcia, Republica Arabă Egipt, Uruguay, Malaezia, Cuba, Kazahstan, Cipru, Republica Elenă, Uzbekistan, Qatar, Republica Ecuador, Georgia, India, Republica Indonezia. Documentele internaționale sunt admisibile, dar fluxul investitorilor se lasă așteptat, semn că, printre argumentele luate în considerare, investitorii sunt conduși și de factori imponderabili care sunt de natură emoțională.

⁴ Încă înainte de ultimul război sunt admisibile, dar fluxul investitorilor se lasă așteptat, semn că, printre considerentele luate în considerare, îi mondial, societatea Arabian-American Oil Company a început să caute petrol în Arabia Saudită. Primele zăcăminte exploatabile comercial au fost descoperite abia spre sfârșitul războiului. După încheierea ostilităților, în noile condiții economice, interesul pentru petrol a crescut enorm. Societatea încheiasă un contract în care se oglindea dreptul și situația anterioară războiului, Arabia Saudită nu avea pe atunci o legislație petrolieră. Mai târziu, compania de transport Onassis a încheiat cu Guvernul Arabiei Saudite un contract care îi asigura monopolul transportului petrolului în străinătate. Aceasta înseamnă că desfășurarea afacerilor companiei Aramco depindea de societatea Onassis, Aramco, socotind că interesele ei sunt lezate de monopolul acordat transportului Onassis, a inițiat, conform contractului, un arbitraj tinzând să constate că acordul încheiat cu Onassis este pentru ea un *res inter alios acta* și ca atare nu-i poate fi opozabil (H. Batiffol, „La sentence Aramco et le droit international privé”, în: „Choix d'articles rassemblés par ses amis”, Paris, 1976, p. 281-293). În anii care au urmat celui de-al doilea război mondial toate statele care posedau zăcăminte de petrol, Irak, Iran, Emiratele din Golful Persic, părțile din America Latină, au contestat concesiile consumite anterior și contractele încheiate, negând în diferite nuanțe drepturile câștigate de marile companii petroliere. Mișcarea a fost urmată de țările posesoare de zăcăminte miniere sau de alte produse de bază. Pentru o circulație largă a bazei ideologice a negării drepturilor câștigate în domeniul concesiunilor de exploatare a zăcămintelor petroliere, Mustafa El-Sayed „L'organisation des pays exportateurs de pétrole. Étude d'une organisation internationale pour la défense des intérêts privés des États”, Geneva, 1967. Lucrarea este axată pe combaterea drepturilor câștigate în materie de concesiuni petroliere consumite de diferite state către societățile petroliere. Drepturile câștigate sunt combătute, dar „selectiv”, nu ca principiu general. Drepturile câștigate, ca principiu general, sunt necesare tuturor persoanelor care activează în comerțul internațional (ele sunt necesare și în dreptul intern). Drepturile câștigate ale țărilor posesoare de bogății miniere și petroliere se bazează pe contracte sau pe alte acte juridice, denumite de El-Sayed acorduri petroliere. Aparțin acordurile petroliere dreptului internațional public, dreptului intern (sunt contracte de drept administrativ, de drept privat sau acorduri „sui-generis”, în parte publice, în parte private)? Se bazează acordurile în cauză pe principiile generale ale dreptului (principiile generale ale dreptului sunt izvoare ale dreptului internațional public, după art. 38 al Statutului Curții Internaționale de Justiție)? Principiile generale ale dreptului sunt definite de Georges Ripert în cursul său ținut la Haga: „Les règles de droit applicables aux rapports internationaux (Contribution à l'étude des principes généraux de droit visés aux statuts de la Cour Permanente de Justice Internationale, 1993-II, p. 569-663)”. După Ripert, un mare principiu al dreptului civil este cel al respectului drepturilor câștigate (p. 634). Pe planul relațiilor cu un element străin, dacă drepturile câștigate ar putea fi în general sau întotdeauna contestate, nici o acțiune de cooperare internațională nu ar mai fi posibilă. Agenții economici internaționali nu se pot lipsi de stabilitate și siguranță în raporturile lor. Din cauza aceasta, drepturile câștigate nu au fost niciodată contestate în general, ci numai „selectiv”, de la caz la caz, și cu diverse explicații.

Poziția țărilor în curs de dezvoltare și-a găsit expresia teoretică în „Declarația relativă la instaurarea unei noi ordini economice internaționale”, adoptată la 1 mai 1974 de Adunarea Generală a Națiunilor Unite. Declarația a fost completată și dezvoltată de un nou document al Adunării Generale, intitulat: „Charta drepturilor și îndatoririlor economice ale statelor”, din 12 decembrie 1974.

În esență, promotorii celor două documente urmăreau ca ele să devină un instrument eficace în vederea instituirii unui nou sistem internațional de relații economice, bazat pe echitate, egalitate suverană și pe interdependența intereselor țărilor dezvoltate și a țărilor în curs de dezvoltare. Printre altele, Charta sublinia suveranitatea completă și permanentă a țărilor în curs de dezvoltare asupra tuturor bogățiilor naturale și a activităților economice. Important era punctul care afirma fără înconjur că fiecare stat are dreptul de a naționaliza, de a expropria sau de a transfera proprietatea bunurilor aparținând străinilor. Se puneă desigur problema despăgubirilor. Acestea ar fi trebuit să fie acordate, conform Chartei (art. 2-„2c”), după legile și reglementările statului pe teritoriul căruia se găseau bunurile naționalizate. În caz de litigii privind indemnizațiile pentru naționalizare, ar fi urmat să se aplice legislația internă a statului care a luat măsurile de naționalizare de către tribunalele acelui stat, afară dacă statele interesate nu ar fi convenit să caute alte mijloace de înțelegere pe baza egalității suverane a statelor și conform principiului liberei alegeri a mijloacelor⁵.

Fiecare stat ar fi avut dreptul de a reglementa investițiile străine, în limitele jurisdicției sale și de a exercita asupra lor autoritatea sa, în conformitate cu legile și reglementările în vigoare, ținând seama de prioritățile și obiectivele naționale. Nici un stat nu va fi constrâns să acorde un tratament privilegiat investițiilor străine.

⁵ Problema legii aplicabile unui contract încheiat între un stat și un particular din alt stat s-a pus de mai multe ori după ultimul război mondial. Problemele au fost de competența arbitrilor și numai puține sentințe au fost publicate, așa încât să poată servi pentru discuții și pentru a trage unele concluzii de lege. Printre ele, sentința dată în arbitrajul Aramco. Arbitrul a fost pus în fața unor probleme de drept care, la acea epocă, nu fuseseră încă discutate și tranșate, nici în literatură și nici în practică. Ce lege se aplică în speță? Legea statului parte la litigiu, dreptul internațional ori dreptul internațional privat și legea pe care el au determinat-o? La drept vorbind, raționamentele pe care le face arbitrul sunt destul de sinuoase și ele au fost criticate, cel puțin în parte (H. Batiffol, „Sentința Aramco și dreptul internațional privat”, în „Revue critique de droit international privé”, 1964, p. 647 și urm.). Sentința în cazul Aramco a fost publicată în „Revue critique de droit international privé”, 1963, p. 272. De la început, arbitrul declară că el va căuta legea contractului, pentru că „este sigur că un contract oarecare nu poate exista *in vacuo*, dar trebuie să se bazeze pe un drept, nu este o operațiune complet abandonată voinței părților, ea este în mod necesar fondată pe un drept pozitiv dând efecte juridice manifestărilor reciproce și concordante de voință a co-contractanților”. „Fără un drept care să prezideze la creșterea sa, convenția nu este măcar de conceput. Voința nu poate să dea naștere la raporturi convenționale decât dacă dreptul de care ea ține îi dă în prealabil puterea” („Revue cr. dr. int. priv.”, 1963, p. 312). Ideea este susținută și de Batiffol, în „Choix d'articles rassemblés par ses amis”, Paris, 1976, p. 286). „Orice contract ia naștere într-un mediu determinat și judecătorul căruia îi este supus nu poate să facă abstracție de regulile în vigoare în acel mediu, chiar dacă ar fi pentru a respecta drepturile terților și interesele generale din orice societate, ca și necesitatea de a evita exploatarea celui slab de cel mai puternic”, sprijindu-se și pe Fr. Geny, „Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif”, t. II, nr. 172, p. 157), cum face de altfel și autorul sentinței arbitrale, care însă continuă: „corectat de principiile dreptului internațional, de uzajele din industria petrolului și datele științei juridice pure”. Ce lege cărmuiește un astfel de contract? Arbitrul răspunde că diferendul trebuie supus dreptului statului parte la proces cu nuanța importantă că acest drept poate fi interpretat și corectat de principiile dreptului internațional și de uzajele din industria petrolului. În consecință, arbitrul a decis că particularul care avea exploatarea zăcămintelor de petrol avea și libertatea de a transporta în străinătate produsele.

„Declarația” și „Charta” constituiau numai punctul culminant al unui proces care începuse după ultimul război mondial. Din deceniul anterior încă fluxul de capital dinspre țările primitive scăzuse mult ca urmare a tensiunii care se stabilise între aceste două grupuri de state.

Dar care era valoarea juridică a „Declarației Adunării Generale a Organizației Națiunilor Unite”?

S-a propus Adunării Generale a Națiunilor Unite să adopte textul „Chartei” ca o primă măsură de codificare și dezvoltare progresivă a dreptului internațional. A fost invocat art. 13, par. 1, din „Charta Națiunilor Unite”. Acest text face trimitere și la cap. IX și X al „Chartei”. La această propunere mai multe state s-au opus și textul a fost retras. În consecință, „Charta drepturilor și îndatoririlor economice ale statelor” nu reprezintă o primă măsură în vederea codificării dreptului internațional, ceea ce înseamnă că nu este un instrument care formulează în scris reguli ale dreptului cutumiar.

Există diferențe între „Declarația” din 1 mai 1974 și „Charta drepturilor” din 12 decembrie 1974. În „Charta drepturilor” nu se mai vorbește de rolul dreptului internațional în toate problemele legate de exercițiul suveranității permanente asupra resurselor naturale și nici despre rolul dreptului internațional în aprecierea despăgubirilor cuvenite investitorului internațional, dar afirmă legitimitatea naționalizării sau expropriării. Charta drepturilor și îndatoririlor nu a fost votată de toate statele. Au votat pentru ea 118 state, au votat împotriva 6, iar 10 state s-au abținut. Paragraful 2(c), care limitează indemnizația la aprecierea părții (statul) interesate și nu amintește despre rolul dreptului internațional în materie de despăgubire, a fost votat numai de 104 țări, 16 au fost împotriva și 6 s-au abținut. Toate țările cu economie dezvoltată au fost împotriva ori s-au abținut.

Conform art. 10 din Charta ONU, „Adunarea Generală poate discuta orice chestiuni sau cauze care intră în cadrul prezentei «Charte» sau se referă la puterile și funcțiile vreunui din organele prevăzute în prezenta «Chartă» și, sub rezerva dispozițiilor art. 12, poate face recomandări membrilor Națiunilor Unite, Consiliului de Securitate sau atât membrilor Națiunilor Unite, cât și Consiliului de Securitate asupra chestiunilor sau cauzelor de acest fel”. Așadar Adunarea Generală poate discuta și face recomandări. În principiu, în stadiul actual al textelor și al practicii, „declarațiile” Adunării Generale nu au putere obligatorie. Arbitrul R. J. Dupuy, în sentința sa în procesul dintre Texaco/Calasiatic și statul libian, apreciază nuanțat valoarea juridică a rezoluțiilor Adunării Generale a Națiunilor Unite, în funcție de textele puse în discuție și care au o valoare inegală. S-a cerut un vot separat nominal pentru textul care preciza (art. 2,

⁶ J. Fl. Lalive, „Un grand arbitrage pétrolier”, în „Journal du droit international”, p. 342-345; R. J. Dupuy, în sentința arbitrală în fond în procesul dintre Libia și Texaco-Calasiatic, publicată în „Journal du droit international”, 1977, p. 374-379.

Adunarea Generală inițiază studii și face recomandări în scopul de a promova cooperarea internațională și de a încuraja dezvoltarea progresivă a dreptului internațional și codificarea lui. Adunarea Generală poate recomanda măsuri pentru aplanarea pașnică a oricărei situații, dar sub rezerva art. 12.

punctul c) că „Fiecare stat are dreptul de a naționaliza, expropria sau de a transfera proprietatea bunurilor străine, în care caz ar trebui să verse o despăgubire adecvată, ținând seama de legi și reglementări și de toate circumstanțele pe care el le judecă pertinent”. În toate cazurile în care chestiunea despăgubirilor dă loc la un diferend, acesta va fi soluționat conform legislației interne a statului care ia măsurile de naționalizare și de către tribunalele acelui stat, afară dacă statele interesate nu convin liber de a căuta alte mijloace pașnice...”. Acest paragraf a fost adoptat cu numai 86 de voturi, contra 11 și cu 28 de abțineri. În acest paragraf nu se mai vorbește despre luarea în considerare a dreptului internațional. Fixarea sumei și a condițiilor în care se face lichidarea întreprinderii străine investitoare este lăsată la aprecierea statului primitor. După „Charta drepturilor”, contractul dintre investitor și statul beneficiar poate fi desfăcut la simpla manifestare de voință a statului primitor, dispar forța obligatorie a contractului și drepturile câștigate. Apreciind valoarea juridică, „Charta drepturilor” nu constată un drept cutumiar existent, ci formulează principii de lege ferenda, care, pentru alții, sunt principii contra legem, contra dreptului internațional și a principiilor generale de drept. Atunci când o rezoluție a Adunării Generale proclamă norme recunoscute de comunitate, nu creează o cutumă⁸, ci o confirmă, formulându-se, precizându-se câmpul ei de aplicare. Rezoluțiile nu sunt creatoare de drept internațional, ci au un caracter declarativ: ele constituie propuneri ori constată un drept internațional existent.

Tendențele care și-au găsit în „Declarație” și în „Chartă” expresia cea mai virulentă au fost infirmate de viața socială și de evoluția în plan internațional a evenimentelor și au fost ulterior abandonate.

În această perioadă, constatând situația creată și tensiunile dintre țările primitoare și cele donatoare de fonduri, Banca Internațională pentru Reconstrucție și Dezvoltare a inițiat, redactat și propus spre aderare o convenție menită să permită depășirea dificultăților. Astfel, „Convenția privind litigiile dintre un stat și persoane aparținând altui stat” a fost încheiată la Washington, în 18 martie 1965 și ratificată de România prin Decretul nr. 62 din 30 mai 1975. Convenția a ținut seama de faptul că ajutorul public pentru dezvoltare (furnizat de Fondul Monetar Internațional, de Banca Mondială, de Banca pentru Reconstrucție și alte instituții) nu acoperă cu totul nevoile de lichidități și, pentru aceasta, trebuie create condițiile pentru un flux puternic, constant, de mijloace financiare înspre țările primitoare din partea particularilor.

Convenția creează un mecanism de conciliere și unul de rezolvare a litigiilor izvorând din acordurile privind investițiile încheiate între statele primitoare și persoanele din alte state care furnizează mijloace financiare. Ulterior, alte acorduri au fost încheiate, precum Convenția de la Seul privind crearea „Agenției Multilaterale de Garantare a Investițiilor”, din 1985 (ratificată de România prin Legea nr. 43 din 28 aprilie 1992) și Convenția de la Moscova din 1997 pentru protecția drepturilor investitorilor.

⁸ Artoine Kassis, „Le nouveau droit européen des contrats internationaux”, Paris, 1993, p. 542-548.

Litigiile la care se referă Convenția de la Washington sunt de două feluri: litigii între statele contractante cu privire la interpretarea Convenției și care nu pot fi rezolvate prin bună înțelegere. Aceste litigii sunt aduse în fața Curții Internaționale de Justiție de la Haga (art. 64). Statele între care se ivesc divergențele pot găsi de comun acord și alte modalități de lămurire a neînțelegerilor.

A doua categorie de litigii izvorăsc din neînțelegerile dintre statul primitor și particularul investitor⁹. Pentru aceste litigii s-a instituit o procedură de conciliere (cap. III art. 28-35) și una de arbitraj (cap. IV, 36-55)¹⁰.

⁹ Nici unul dintre statele parte la convenție nu poate acorda protecție diplomatică privind un diferend pe care una din persoanele care investesc și statul parte la relațiile economice în cauză au consimțit să-l supună sau l-au supus arbitrajului, așa cum a fost prevăzut de Convenție. De asemenea, nici un stat parte nu poate formula o altă revendicare internațională în acest sens (art. 27 din Convenția de la Washington, punctul 1). Statul poate să intervină doar în cazul în care „celălalt stat contractant nu se conformează sentinței pronunțate cu ocazia diferendului”. De altfel, nici nu este nevoie. Tratatul pe care le încheie SUA, sunt atât de dezvoltate și explicite, încât ele acoperă toate eventualitățile. Hotărârile Curții Internaționale de Justiție urmează același drum (tentativa de a dezvolta peste necesar considerentele este exemplificată de Philippe Franceseckis în „Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux. L'arrêt Barcelona de la Cour Internationale de Justice”, în: „Rev. cr. dr. int. priv.” 1970, p. 630). Societatea română în care investitorii străini dețin – potrivit legii – o poziție de control este considerată ca având naționalitatea investitorului străin (art. 11, lit. b din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 92 din 1997 privind stimularea investițiilor directe). Suntem în fața unei ficțiuni a legii. Scopul este de a permite ca investitorii într-o societate, constituită după legea română și având sediul în România, să fie considerată societate străină și să beneficieze de dispozițiile art. 11 din Ordonanță. Textul prevede căile de recurs ale societății române, conform legii, dar considerată străină. Societatea română considerată străină va beneficia, conform art. 11, de recurs în fața instanței de contencios administrativ și se vor aplica dispozițiile și procedura prevăzută de legea contenciosului administrativ nr. 29/1990 sau de judecata conform regulilor de drept internațional privat (L. nr. 105/1992). Partea străină, în baza tratatului cu SUA, are posibilitatea să nu se adreseze autorităților române, ci să opteze pentru reglementarea conform Convenției de la Washington din 1965 sau pentru un arbitraj instituit conform Regulamentului de arbitraj UNCITRAL/CNUDCI. Secretarul general al Centrului Internațional pentru Reglementarea Diferendelor relative la Investiții are sarcina de a desemna pe arbitru în condițiile art. 6 sau 7 din Regulament. Conform art. 40 din lege (nr. 105/1992), o societate are naționalitatea statului pe al cărui teritoriu și-a stabilit, conform actului constitutiv, sediul social. Dacă societatea are sedii în mai multe state, noi luăm în considerare sediul real; acesta este, după calificarea legii noastre, locul unde se află centrul principal de conducere și de gestiune. În vederea stimulării raporturilor de colaborare, legea noastră menționează (în art. 40) că nu se ia în considerare împrejurarea că hotărârile societății sunt date după directive transmise de acționari sau de asociați din alte state. Este vorba despre un investitor care lucrează sub formă de societate română, având sediul real în România și constituit conform legii române. Statutul juridic al filialei este dat de legea statului pe teritoriul căruia își exercită activitatea (art. 41 din lege). Totuși, Tratatul cu S.Ū.A. se referă și la controlul persoanei juridice (art. 1, punctul 2). Statul contractant își rezervă dreptul să nu acorde avantajele decurgând din convenție unei societăți controlată de cetățenii unei țări terțe părți cu care nu are și nu vrea să întrețină relații.

¹⁰ Art. 25 al Convenției de la Washington conține un text care poate părea ciudat la prima vedere. Punctul 2 arată ce se înțelege prin „persoană a unui alt stat contractant”: este orice persoană fizică care posedă naționalitatea unui stat contractant altul decât statul parte la diferend, la data când părțile au consimțit să supună diferendul concilierii sau arbitrajului, precum și la data la care cererea a fost înregistrată conform art. 28, alin. 3 sau art. 36 alin. 3, dar nu și persoana care la una din aceste date posedă deopotrivă și naționalitatea statului parte la diferend. La punctul „b” din art. 25 se adaugă: sunt de asemenea socotite persoane juridice străine persoanele care au naționalitatea statului contractant parte la diferend (de exemplu, este o societate constituită conform legii române și cu sediul statutar real în România), dar este controlată de interese străine. Așadar, străinul investitor posedă o situație de control în societatea română; atunci societatea română va fi considerată în diferend, în arbitrajul care ar

„Centrul” este competent să judece procesele dintre un stat contractant și/sau o anumită colectivitate publică sau un organism dependent de acesta și persoana din alt stat contractant, care sunt în legătură directă cu o investiție. Părțile trebuie să supună diferendul în scris competenței „Centrului” (art. 23).

Cum judecă tribunalul arbitral? Textul art. 42 din Convenție nu este complet. Trebuie număidecât să menționăm că relațiilor cu investitorii străini li se aplică regulile de aplicare necesară („*lois de police*”) și regulile materiale special redactate pentru relațiile

urma ca societate străină și va beneficia de umbrela pe care Convenția o deschide deasupra societății. Dispoziția privește orice investiții care aparțin unui stat care a ratificat Convenția. O societate română va participa la arbitrajul internațional ca societate străină pentru că este controlată de capital străin. Criteriul controlului revine în forță în dreptul internațional privat, deoarece, cum se poate bănuși, se va aplica în toate cazurile în care capitalul străin controlează o întreprindere română. O dispoziție asemănătoare a fost introdusă în Tratatul cu SUA privind încurajarea și protejarea reciprocă a investițiilor. Art. VI, punctul 2, din Tratatul cu SUA, cuprinde un text care nu este identic: „În sensul arbitrajului ținut în conformitate cu par. 2 al acestui articol, orice societate constituită legal în baza legilor și reglementărilor aplicabile unei părți sau ale unei subdiviziuni politice ale acesteia, dar care, imediat înainte de apariția evenimentului sau evenimentelor care au generat diferendul, era o investiție a naționalilor sau societăților celeilalte părți, va fi tratată drept național sau societate a acestei alte părți, în concordanță cu art. 25 (2) al Convenției ICSID”. Textul a fost preluat de Ordonanța de Urgență nr. 92/1997, în art. 11 (b): o societate română în care investitorul străin deține – potrivit legii române – o poziție de control, va fi considerată conform art. 25, alin. „2”, lit. „b” din Convenția de la Washington, ca fiind o societate având naționalitatea investitorului străin. O astfel de poziție cere câteva explicații. Iată un procedeu ingenios care permite unei societăți române să se prezinte în anumite procese ca societate străină, continuând, în același timp, să beneficieze de avantajele calității de societate autohtonă. Care este originea acestei ficțiuni juridice? Punctul de plecare, dacă nu ne înșelăm, sau, cel puțin, un caz la care ne gândim, este procesul Barcelona Traction judecat de Curtea Internațională de Justiție în 5 februarie 1970 (Philippe Francescakis, „*Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux. L'arrêt Barcelona de la Cour Internationale de Justice*”, „*Rev. crit. de dr. international privé*”, 1970, p. 609-664). S-a pus problema dacă un stat, în speță Belgia, poate să exercite protecția diplomatică a acționarilor belgieni într-o societate care avea naționalitatea (apartenența) canadiană. Societatea Barcelona Traction, Light and Power Company a fost fondată în Canada după dreptul canadian. Și-a fixat la Toronto sediul social real. Societatea era de tip holding; posedea acțiuni la 13 alte societăți, asupra cărora exercita direcțiunea și avea controlul. Trei din aceste societăți își aveau sediul în Spania încă înainte de războiul civil. În 1948, un tribunal spaniol a declarat în stare de faliment societatea Barcelona din Spania. Au urmat o serie de demersuri diplomatice care nu au ajuns la nici un rezultat. Curtea Internațională de Justiție a fost sesizată în 1958 și, mai apoi, acțiunea a fost retrasă și din nou introdusă în 1962. În hotărârea sa, Curtea a reținut că Belgia a formulat o cerere pentru acționarii belgieni persoane fizice ai unei societăți canadiene pentru a obține repararea prejudiciilor suferite de acționari prin activități pretins contrare dreptului internațional din partea unor organe ale statului spaniol față de Barcelona Traction și alte societăți din același grup. Problema pe care și-a pus-o Curtea a fost dacă Belgia poate să exercite protecția diplomatică a acționarilor belgieni ai unei societăți canadiene. Hotărârea constată că cererea a fost făcută de Belgia pentru persoane de naționalitate belgiană, acționari la societatea Barcelona. Obiectul cererii era de a obține o reparație pentru pagubele suferite de acționarii belgieni din cauza comportamentului contrar dreptului internațional al organelor statului spaniol față de Barcelona Traction și alte societăți din același grup. Problema pe care Curtea a reținut-o că trebuie să o rezolve a fost dacă ea poate să exercite protecția diplomatică a acționarilor belgieni ai unei persoane juridice constituite în Canada, în situația în care măsurile atacate au fost luate, nu față de acționarii belgieni, ci față de societatea însăși. În această situație, regula de drept internațional autoriza numai statul național al societății să formuleze o reclamație. În consecință, Curtea respinge acțiunea statului belgian. În perioada în care s-a desfășurat procesul în fața Curții (1958-1962-1970), s-a elaborat și Convenția de la Washington din 18 martie 1965. Învălmășitul care decurge de aici este că statul național al investitorilor care au investiții directe constând în aport financiar, aport în natură sau în participare la creșterea activelor unei întreprinderi și investiții de portofoliu (dobândirea de valori mobiliare pe piețele de capital organizate), nu are acces la protecția diplomatică: nu există încă o regulă de drept internațional general (civiltar), spune Curtea, care să autorizeze asemenea intervenție. Din cauza aceasta, s-a introdus textul din art. 25, al. (2) b al Convenției de la Washington și textele în celelalte acte normative. Curtea dăduse încă din 24 iulie 1964 o hotărâre parțială asupra unor excepții preliminare. Specialiștii puteau de pe atunci să aibe îndoieli cu privire la posibilitatea protecției diplomatice, nu a unei societăți, ci a acționarilor ei care aveau o altă naționalitate decât societatea. De altfel, Curtea a dat hotărârea cu un singur vot împotriva, cel al părții belgiene.

cu un element străin (reguli materiale de drept internațional privat din statul primitor). Aplicarea lor¹¹ este prevăzută de art. 42 din Convenție și este luată expres în considerare de Tratatul cu SUA privind încurajarea și protejarea reciprocă a investițiilor din 1992. Art. IV, paragraful 3, art. IX, X, XI din Tratat se referă explicit la regulile interne de aplicare necesară și la regulile materiale de drept internațional privat. La fel procedează și alte convenții internaționale bilaterale, pentru că este imposibil să se facă abstracție de asemenea reglementări interne care favorizează investițiile și permit desfășurarea lor pe teritoriul statului în mod organizat și în interesul investitorului.

Conform art. 42, tribunalul arbitral aplică regulile desemnate de părți. Textul se referă la autonomia de voință. Dacă părțile nu au ajuns la un acord în această privință, continuă textul, se aplică dreptul statului contractant parte la înțelegere. Cuvintele acestea nu se referă la ceea ce am arătat mai sus: normele de aplicare necesară și cele materiale de drept internațional. Este o concesiune făcută cererilor formulate de statele primitoare care pretindeau ca dreptul statului-gazdă să fie luat în considerare. Astfel, statul-gazdă poate expropria un bun, dar în anumite condiții. Evenimentele sunt luate în considerare și de tratatul cu SUA, dar trebuie să intervină în anumite condiții pentru a nu leza pe investitor, să fie într-un scop public, într-o manieră nediscriminatorie asupra plății unei compensații prompte, adecvate și efective și în concordanță cu procedura legală și cu principiile generale de tratament prevăzute în art. II (2) din Tratat). Dacă părțile nu au ajuns la un acord privind dreptul aplicabil, se aplică dreptul statului contractant și se includ și regulile de drept internațional privat ale statului parte. Se adaugă: „precum și principiile dreptului internațional din domeniul respectiv”. Care sunt principiile dreptului internațional în domeniul investițiilor?

Problema este rezolvată atunci când statul de unde provine investitorul și statul primitor sunt părți la convențiile internaționale menționate, precum și altele având legătură cu procesul investițional, ori când investitorii provin dintr-un stat care a încheiat în acest domeniu un acord bilateral care completează prevederile Convenției. În ceea ce

¹¹ Relațiile cu investitorii străini sunt supuse următoarelor categorii de reguli. Ordinea în care le enumerăm nu înseamnă o ierarhizare a lor. Reguli Convenției de la Washington din 18 martie 1965, la măsura în care și statul din care provine investitorul este parte la ea; regulile dintr-un acord sau o convenție bilaterală încheiată cu statul din care provine investitorul; de regulile române de aplicare necesară (denumite în literatura franceză reguli de aplicare imediată sau „lois de police” și în literatura germană: „Zwingende Normen” și „compulsory Rules” în literatura engleză); reguli materiale române special redactate pentru cazurile cu un element străin (sau norme materiale de drept internațional privat). Printre ele amintim toată legislația română privind investițiile, în măsura în care reglementarea internațională acceptată de România nu specifică altfel. Activitatea investitorului străin pe teritoriul român este supusă în foarte mare măsură reglementării noastre; este o realitate de netăgăduit. Chiar convențiile bilaterale în materie de investiții fac trimiteri, în multe rânduri, la dreptul român. Astfel, Tratatul cu SUA amintește de prevederile române privind intrarea și sejurul naționaliilor celeilalte părți pe teritoriul nostru, deci condiția juridică a străinilor (art. II, punctul 3 și 4); art. VI (2) prevede că tratatul nu va deroga de la legile și reglementările administrative sau de la deciziile administrative sau judecătorești române; se vor lua în considerare măsurile întreprinse de statul nostru pentru menținerea ordinii publice, pentru menținerea sau reinstaurarea păcii; statul primitor România poate să stabilească formalități speciale în legătură cu efectuarea de investiții (art. X, punctul 3 și în Anexă, punctul 3 și 4). Reglementarea noastră privind investițiile este extrem de favorabilă. Ceea ce neliniștește pe investitori este mobilitatea legislației.

ne privește, în felul acesta procedează Tratatul cu SUA privind încurajarea și protejarea reciprocă a investițiilor, ratificat prin Legea nr. 110/1992¹². Tratatul conferă un cadru juridic în care se desfășoară activitățile economice ale apartenenților și permite să se dea un răspuns clar întrebării care este dreptul internațional care ar putea fi luat în considerare în caz de diferend. Tratatul conține definiții ale termenilor folosiți în cuprinsul său: investiție, societate, național al uneia dintre părți, venit, activități asociate, teritoriu (art. I, 1, a-e).

Art. II și III cuprind reguli de drept material aplicabile relațiilor cu un element străin (reguli materiale de drept conflictual conținute într-un document internațional). Art. II se referă la tratamentul nediscriminatoriu (art. II, punctul 1), la tratamentul just și echitabil aplicat investițiilor (art. II, punctul 2): sunt interzise măsurile arbitrare sau discriminatorii prin care se împiedică conducerea, funcționarea sau extinderea investițiilor. Incidentele de acest fel sunt considerate discriminatorii, chiar dacă partea lezată a avut ocazia să exercite și a obținut revizuirea măsurilor la o instanță administrativă a părții beneficiare. În fine, fiecare parte își va respecta obligațiile asumate cu privire la investiții (art. II, punctul 2, litera 2, litera „c”).

Investițiile nu vor fi expropriate, naționalizate, direct sau indirect, prin mijloace echivalente cu exproprierea sau naționalizarea (art. III, punctul 1).

Transferurile peste graniță ale sumelor legate de investiții trebuie să se facă liber și fără întârziere.

Tratatul pe care-l examinăm cuprinde dispoziții privind două categorii de diferențe: cele între două state semnatare ale documentului și cele între statul primitor al investiției și particularii investitori (art. IV și VII).

Neînțelegerile între investitorii străini și statul beneficiar sau o anumită colectivitate publică sau un organism dependent de statul primitor al investiției, în tradiția și conform cu pretențiile ridicate de țările în curs de dezvoltare și oarecum pentru respectul cuvenit autorității statului primitor, vor fi supuse, în caz că nu pot fi reglementate

¹² Tratatul încheiat cu SUA, ca și celelalte acorduri bilaterale pe care le avem în vedere, constituie numai cadrul general al cooperării. Problemele juridice ale fiecărei acțiuni concrete nu sunt și nici nu ar putea fi cuprinse în înțelegerile internaționale. Unde găsim atunci regimul lor juridic? În parte, în dreptul intern al fiecărei țări pe teritoriul căreia se desfășoară activitatea de cooperare precum și în prevederile contractelor încheiate. Pentru eventualele litigii, tratatul cu SUA prevede în art. VI autoritățile sau arbitrajele competente. Sunt regulile cuprinse în art. VI absolut obligatorii? Înclinăm să credem că Art. VI indică, în cascadă, o serie de posibilități de a reglementa sau rezolva incidentele apărute în cursul derulării operațiunii, cum ar fi: (a) să se adreseze autorităților (judecătoria sau tribunalele administrative) locale; (b) să folosească orice alte proceduri pe care părțile, în prealabil, le-au convenit; (c) să se adreseze oricărei instituții de arbitraj pe care părțile au desemnat-o de comun acord fie în momentul încheierii contractului, fie după ce incidentul dintre ele s-a produs. Litigiul ar putea deci să se judece în modul prevăzut de contract. Tratatul este sever, pentru că urmărește să protejeze sub toate aspectele naționalii care investesc în România. Dar lasă anumite posibilități de opțiune. Litigii nu au apărut și, în general, nu vor apărea deoarece Convenția de la Washington, cât și tratatul constituie un „garde-fous” pentru beneficiarii care nu ar respecta prevederile amănunțite și severe ale acestor acte internaționale, la care se vor adăuga desigur dispozițiile din contractele încheiate pentru fiecare obiectiv de investiție. Dispozițiile severe ale acestor acte internaționale se explică prin importanța investițiilor.

prin negocieri directe și amiabile cu particularul investitor, instanțelor administrative ale statului primitor de investiție sau în conformitate cu orice proceduri de soluționare care au fost convenite în prealabil. Investitorul însă nu este ținut de aceste dispoziții. Se dorește să ajungă mai repede la o soluție. Textul menționează: „poate”. Investitorul poate opta în scris să supună neînțelegerea Centrului Internațional pentru Reglementarea Diferendelor relative la Investiții înființat prin Convenția de la Washington. Se pune condiția ca statul primitor al investiției să fie parte la această Convenție. Unele țări nu sunt parte la Convenție. Chiar dacă ar fi. Preambulul Convenției declară că nici un stat contractant, prin simplul fapt al ratificării, acceptării sau aprobării ei nu este considerat, fără consimțământul său, că-și va fi asumat vreo obligație de a recurge la conciliație sau arbitraj, în vreun caz particular.

Tot investitorul poate opta și pentru arbitrajul Centrului Suplimentar de pe lângă Centru, dacă Centru nu este disponibil. În fine, se poate prefera un arbitraj conform cu Regulile de arbitraj ale Comisiei Națiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internațional (UNCITRAL) sau un arbitraj al oricărei instituții de arbitraj pe care părțile implicite o aleg de comun acord. După ce părțile au ales instituția la care să se adreseze, fiecare dintre părți poate să facă pasul necesar pentru a începe procedura. Textul prevede că asentimentul astfel dat echivalează cu acordul scris al părților la diferend, în sensul cap. II al Convenției de la Washington și în sensul regulilor Oficiului Suplimentar și de asemenea în sensul de acord scris, așa cum cere art. II al Convenției N. U. pentru recunoașterea și executarea sentințelor străine, încheiată la New York la 10 iunie 1958.

Am putea menționa și o a treia categorie de litigii: cele dintre investitor și oricare alți particulari, fie din statul primitor, fie din străinătate. Investitorul se poate prezenta sub mai multe forme: o persoană juridică sau fizică străină care participă direct (investiție directă, în sensul art. 2 din Ordonanța de Urgență nr. 92/1997); o persoană străină care participă la constituirea sau la extinderea unei întreprinderi în formele prevăzute de legea noastră sau care dobândește acțiuni sau părți sociale într-o întreprindere comercială ori la înființarea sau extinderea în România a unei sucursale. Investitorul este definit de art. 2, litera c, ca fiind o persoană fizică sau juridică care rezidă sau nu rezidă în România, cu domiciliul sau cu sediul permanent în România și care investește în România. Atunci când investitorul străin dobândește într-o societate română o poziție de control (noțiunea va fi calificată după legea română), aceasta va fi considerată ca având naționalitatea străină. Credem însă că în cazurile la care ne referim, adică în procesele dintre societatea în care a investit străinul și o persoană juridică sau fizică, fie română sau străină, societatea română, ce are sediul statutar real și a fost constituită după legile române, va avea apartenența română cu toate consecințele care decurg în materie de drept internațional privat sau în altă privință. Dispoziția la care ne-am referit (art. 11, litera „b” din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 92/1997) privește un caz de excepție. Litigiile acestei societăți (pseudostrăină) se pot judeca în România sau în străi-

nătate, după acordul părților (competența instanțelor judecătorești este facultativă). Se pot judeca în România invocând regulile pertinente indicate de capitolul XII, secțiunea I (Competența judecătorească) din Legea de drept internațional privat.

Quelques réflexions sur la réglementation internationale des investissements

– Résumé –

Peu après la deuxième guerre mondiale, un conflit a opposé quelques Etats en développement à certaines grosses sociétés étrangères. Ces Etats, dès avant la guerre ou pendant la guerre avaient consenti la concession de l'exploitation de leurs ressources naturelles, particulièrement pétrolières, à des sociétés étrangères. Les pays détenteurs de ces richesses ont demandé la révision des contrats ou des concessions consenties avant la guerre et ont contesté les droits acquis par ces sociétés. Ce fut le point de départ d'une longue et éclatante série d'arbitrages dont l'intérêt économique était énorme. Les arbitres se sont d'abord demandé quels étaient la nature de ces contrats ou accords? Etaient-ils des contrats privés? Des concessions de droit public? Des accords d'une nature particulière, des accords internationaux, parce qu'une des parties était un Etat? Pour soustraire ces accords aux lois du pays receveur de l'investissement, on a pensé les soumettre aux règles du droit international. Mais quel droit international? Il n'y en avait pas de règles du droit international *general* en la matière, tant le problème était nouveau et les solutions doctrinaires contradictoires. En même temps, une forte pression de la part des pays sousdéveloppés tendait à faire entrer dans le droit international *général* le principe de la libre disposition de l'Etat sur ses richesses naturelles, la faculté d'exproprier ou de nationaliser les biens des investisseurs étrangers et de fixer sur la base de la législation du pays qui nationalise le montant des indemnités. A ce moment, la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement a pris l'initiative de la rédaction d'un accord qui paraissait concilier les positions différentes des pays riches et donateurs et des pays sousdéveloppés. *La Convention sur la réglementation des différends relatives aux investissements entre Etats et nationaux des autres Etats* a été signée le 18 mars 1965. La Convention institue un *Centre International pour le règlement des différends relatives aux investissements*. Le *Centre* offrait un mécanisme de conciliation et un mécanisme d'arbitrage. C'était un arbitrage vraiment international. Selon l'article 42.1, les parties à un accord d'investissement avaient le choix de la loi applicable. Faute de choix, on suivait la loi de l'Etat hôte, y compris les règles de droit international privé de cet Etat. On appliquaient en même temps les principes du droit international en la matière. Mais quels principes? On trouvaient ces principes dans les accords bilatéraux conclus entre l'Etat d'origine du donateur et l'Etat hôte. Ces accords se sont chargés de fixer minutieusement les obligations du pays qui recevait les fonds. Ainsi, à la suite d'une évolution, la question du droit qui

régissait un contrat d'investissement était réglée: c'était le droit international tel qu'il apparaissait de la Convention de Washington (et des autres conventions internationale acceptées par les parties) et du traité bilatéral pour la protection des investissements conclus entre les Etats intéressés.

EFECTELE CONVENȚIEI DE ARBITRAJ

DE

IOAN MACOVEI, MARINA POPA

1. Precizări prealabile

Arbitrajul comercial internațional reprezintă o cale de soluționare a litigiilor de către arbitri desemnați pentru cazuri determinate sau de către instituții permanente de arbitraj¹. Arbitrajul este un sistem jurisdicțional special și derogator de la dreptul comun, care corespunde exigențelor specifice comerțului internațional². De asemenea el permite părților să evite conflictele de jurisdicții și conflictele de legi.

Pentru a se putea soluționa un litigiu de comerț internațional de către arbitri este necesară existența unei convenții de arbitraj. Aceasta se poate concretiza în două forme: compromisul sau convenția de compromis și clauza compromisorie sau clauza de arbitraj³.

Compromisul este acordul prin care părțile supun litigiul existent între ele spre soluționare unui arbitraj. În cazul compromisului se cere ca litigiul să fie actual și determinat.

Clauza compromisorie este acordul prin care părțile supun soluționării unui arbitraj litigiul ce ar putea interveni între ele în legătură cu un contract. Ea apare ca un accesoriu al unui contract de comerț internațional. În literatura de specialitate s-a arătat că în mod obișnuit clauza compromisorie este un act preparator⁴. Părțile care au

¹ A se vedea art. 1 par. 1 lit. b din Convenția europeană de arbitraj comercial internațional încheiată la Geneva la 21 aprilie 1961. România a ratificat această convenție prin Decretul nr. 281 din 30 mai 1963, publicat în Buletinul Oficial, Partea I, nr. 12 din 25 iunie 1963.

² În același sens, Octavian Căpățână, *Litigiul arbitral de comerț exterior*, Ed. Academiei, București, 1978, p. 5 și urm.; Ioan Macovei, *Instituții în dreptul comerțului internațional*, Ed. Junimea, Iași, 1987, p. 341 și urm.; Philippe Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, p. 3 și urm.; Jean Robert, *Arbitrage civil et commercial. Droit interne et droit international privé*, Dalloz, Paris, 1993, p. 5 și urm.

³ În sensul arătat, art. 1 par. 2 lit. a, al Convenției de la Geneva din 1961; art. II par. 2 al Convenției pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine adoptată la 10 iunie 1968 la New York.

⁴ Tudor Popescu, *Dreptul comerțului internațional*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1976, p. 372 și urm.

încheiat clauza compromisorie nu se pot adresa arbitrajului în mod direct, numai în temeiul acestuia, ci ele trebuie să încheie în acest scop un nou acord, adică un compromis.

Convenția de arbitraj exprimată sub forma unei clauze compromisorii sau a unui compromis poate fi un înscris sub semnătură privată⁵. O convenție de arbitraj încheiată fie în țară, fie în străinătate de un subiect român de drept al comerțului internațional trebuie să aibă forma scrisă⁶. Dar cerința formei scrise în care trebuie să se materializeze convenția de arbitraj nu are un caracter rigid. Astfel, clauza compromisorie sau compromisul pot fi conținute într-un schimb de scrisori, de telegrame sau de comunicări prin fax⁷.

Având în vedere natura juridică dublă, contractuală și procedurală, a convenției de arbitraj, acesta va produce atât efecte de natură procedurală, cât și efecte de natură contractuală.

2. Efecte de natură contractuală ce decurg din existența unei convenții de arbitraj

Convenția de arbitraj, fiind un contract, are putere de lege între părțile care au încheiat-o⁸. Ea creează între contractanți o serie de îndatoriri specifice, constând în esență în obligația de a se supune arbitrajului la care au consimțit⁹. Părțile trebuie să-și desemneze la timp arbitrii și trebuie de asemenea să execute de bună voie sentința care va fi pronunțată. În caz contrar părțile se expun la sancțiuni economice, dar și la măsuri de executare silită. Efectele de natură contractuală ale convenției arbitrale se produc și față de succesorii în drepturi ai părților, așa numiți *habentes causam* sau *ayants cause*... În această categorie sunt incluși succesorii universali, succesorii cu titlu universal și creditorii chirografari ai părților¹⁰. Cu titlu de excepție, efectele convenției arbitrale se produc și față de anumiți succesorii cu titlu particular, cum ar fi cesionarul acțiunii arbitrale – dacă acesta își stabilește calitatea prin înscrisuri corespunzătoare¹¹.

Convenția arbitrală, fiind un contract, este supusă principiului relativității efectelor contractului, ea fiind inopozabilă terțelor persoane¹². Practica arbitrală este constantă în

⁵ Art. 1 part. 2 lit. a, din Convenția de la Geneva din 1961.

⁶ Art. 28 din Legea nr. 1 din 1971, abrogată în 1998.

⁷ În același sens art. II par. 2 al Convenției de la New York din 1958.

⁸ Art. 969 Cod. civ. prevede: „Convențiile legal încheiate au putere de lege între părțile contractante”.

⁹ Ioan Macovei, *op.cit.*, p. 365.

¹⁰ Constantin Stătescu, Corneliu Bărsan, *Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, I-4 Academiei, București, 1981, p. 67 și urm.

¹¹ Astfel, prin încheierea din 25 aprilie 1982 (dos. Nr. 225/1981) și prin hot. 5 din 9 ianuarie 1984, CAB a recunoscut legitimarea procesuală activă cesionarului care dobândise dreptul de acțiune, în temeiul unui act întocmit conform legii engleze, de la partenerul contractual original, o întreprindere cu sediul în Marea Britanie, aflată în stare de lichidare. Validitatea actului de cesiune a fost stabilită în conformitate cu *lex societatis*, adică cu legea engleză.

¹² Art. 973 Cod civ. prevede: „Convențiile nu au efect decât între părțile contractante”.

această privință¹³. S-a decis, de exemplu, că, în conformitate cu principiul relativității efectelor convențiilor arbitrale, intervenția terților în interes propriu, în litigiul arbitral este condiționată de consimțământul părților. De asemenea, admisibilitatea chemării în garanție va depinde de acordul terței persoane¹⁴. Tot astfel, consimțământul de a garanta plata prețului datorat de cumpărător nu implică acceptarea de către fidejutor – persoană terță – a clauzei compromisorii stipulate în favoarea Curții de Arbitraj București de către părțile contractului de vânzare internațională de mărfuri¹⁵. S-a decis de asemenea pentru identitate de rațiune că în vânzarea maritimă FOB clauza compromisorie din contractul de navlosire încheiat de cumpărător cu armatorul, prin care s-a atribuit competența arbitrajului maritim din Londra, nu este opozabilă vânzătorului care în contractul de livrare a mărfurilor a stipulat competența Curții de Arbitraj București¹⁶ pentru că în acest caz vânzătorul are într-adevăr calitatea de terț față de contractul de navlosire.

Natura contractuală a convenției de arbitraj și implicit relativitatea efectelor ei explică imposibilitatea de a se aplica litigiului arbitral prevederile art. 49-66 Cod procedură civilă, articole care reglementează participarea terțelor persoane la proces. Nici o persoană în afară de cele care au încheiat compromisul sau clauza compromisorie nu poate fi chemată de părți sau de către tribunalul arbitral să se prezinte spre a participa la litigiu.

Un ultim aspect care trebuie menționat în legătură cu efectele contractuale ale convenției de arbitraj este cel legat de încetarea acestor efecte. Având în vedere natura contractuală a convenției de arbitraj, putem deduce că aceste efecte încetează din aceleași cauze pentru care încetează efectele oricărui contract. Dar pe lângă cauzele de nulitate sau de rezoluțiune – comune oricărui contract –, convenția arbitrală poate să-și înceteze efectele în baza unor temeiuri specifice. Astfel, compromisul, care nominalizează arbitrul, devine caduc dacă acesta refuză sau dacă este recuzat ori decedează. De asemenea, convenția arbitrală poate rămâne fără obiect dacă obligațiile asumate de părți prin contractul de comerț internațional au fost îndeplinite, fără a fi existat vreo neînțelegere. Practic acesta este modul frecvent prin care își încetează efectele convenția de arbitraj.

3. Efectele de natură procedurală care decurg din existența unei convenții de arbitraj

Convenția de arbitraj înlătură competența instanțelor de drept comun, litigiul fiind supus spre soluționare unor persoane desemnate de către părți. Din punct de vedere al finalității, convenția de arbitraj este un act procedural care dă naștere unui efect

¹³ A se vedea hotărârea nr. 7 din 27 februarie 1970, hotărârea nr. 78 din 17 iunie 1977 și hotărârea nr. 244 din 22 decembrie 1978, în *Repertoriul practicii arbitrale române de comerț exterior*, de Octavian Căpățână și Constantin Căpățână, Editat de Publicom, București, 1982, p. 139 și urm.

¹⁴ În această privință, Octavian Căpățână și Brândușa Ștefănescu, *Tratat de drept al comerțului internațional*, Ed. Academiei, București, 1985, p. 225 și urm.

¹⁵ Hot. CAB nr. 7 din 27 februarie 1970, în Rep. CAB, p. 139.

¹⁶ Hot. CAB nr. 78 din 17 iunie 1977 și nr. 244 din 22 decembrie 1978, în Rep. CAB, p. 139 și urm.

principal și negativ, precum și unui efect complementar și pozitiv¹⁷. Cu alte cuvinte, convenția de arbitraj obligă părțile să respecte înțelegerea încheiată și să supună litigiul spre soluționare tribunalului arbitral. În același timp, convenția de arbitraj interzice părților să recurgă la jurisdicția statală pentru a rezolva diferendele dintre părți.

În legătură cu efectul pozitiv al convenției trebuie să subliniem, în primul rând, că obligativitatea de a da spre soluționare arbitrilor litigiile vizate de către convenția de arbitraj este o consecință a principiului forței obligatorii a contractului. Se știe că principiul forței obligatorii a contractului, cunoscut și sub denumirea *pacta sunt servanda*, este unul din principiile aplicabile instituției contractelor internaționale. Convențiile internaționale care reglementează arbitrajul comercial internațional au recunoscut obligativitatea de a da spre soluționare arbitrilor litigiile în legătură cu care există o convenție de arbitraj. Astfel, Protocolul de la Geneva din 1923 prevede în art. 1 valabilitatea unui compromis sau a unei clauze compromisorii. Convenția de la New York din 1958 pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine afirmă același principiu în art. II, par. 1. Fără a enunța direct obligativitatea de a supune spre soluționare arbitrilor un litigiu vizat de o clauză compromisorie sau de un compromis. Convenția de la Geneva din 21 aprilie 1961 îl consacră în mod implicit având în vedere prevederile sale în legătură cu desemnarea arbitrilor.

Această obligație a părților de a da spre soluționare arbitrilor un litigiu vizat de convenția arbitrală trebuie executată în natură. De asemenea, această obligativitate nu ar avea nici o eficiență practică dacă neîndeplinirea ei nu ar fi sancționată. Astăzi doar câteva sisteme juridice încă ostile arbitrajului nu sancționează nerecunoașterea unei convenții arbitrale. Este cazul unor state din America Latină¹⁸. Cele mai multe sisteme juridice prevăd mijloace destinate să asigure executarea în natură a convenției arbitrale. În acest scop, ele recurg la mecanisme susceptibile de a învinge rezistența unei părți, care după ce a încheiat o convenție de arbitraj nu dorește să supună litigiul arbitrajului. Într-o asemenea ipoteză, litigiul poate fi soluționat chiar dacă partea nu participă la un act sau la mai multe acte de procedură cum ar fi spre exemplu, desemnarea unui arbitru¹⁹. În unele sisteme de drept, remediul refuzului de a desemna un arbitru constă în a prevedea o autoritate care să se substituie uneia dintre părți și să decidă ea în legătură cu persoana arbitrului (spre exemplu, în dreptul francez).

Al doilea aspect care trebuie menționat în legătură cu efectul pozitiv al convenției de arbitraj este cel legat de dreptul arbitrilor de a decide asupra propriei lor competențe²⁰.

De multe ori, în dreptul francez s-a propus de a se distinge între investirea arbi-

¹⁷ Octavian Căpățână, *op.cit.*, p. 80 și urm.; Tudor Popescu, *op.cit.*, p. 391 și urm.; Ioan Macovei, *op.cit.*, p. 365; Rene David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris, 1991, nr. 232.

¹⁸ V. Grigera-Naom, *Latin America: Overcoming Traditional Hostility Towards Arbitration*, *International Commercial Arbitration, Recent Developments*, PLI, 1988, p. 375.

¹⁹ P. Fouchard, E. Gaillard și B. Goldman, *Traite de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 400.

²⁰ Ioan Macovei, *op.cit.*, p. 368.

trilor și competența lor²¹. Investirea ar fi actul prin care tribunalului arbitral i se conferă puterea de a judeca, iar competența determină întinderea acestor puteri.

Convenția arbitrală conferă tribunalului arbitral puterea de a da o hotărâre judecătorească care va rezolva un litigiu, hotărâre căreia părțile trebuie să i se supună. Hotărârea va avea putere de lucru judecat și ea va putea fi pusă în executare recurgându-se la forța de constrângere a statului. Este o problemă de investirea arbitrilor.

Pe de altă parte, convenția arbitrală determină chestiunile litigioase pe care tribunalul arbitral este autorizat să le examineze și să le rezolve. Cu alte cuvinte, dacă o convenție arbitrală nu vizează decât un anumit litigiu, chestiunea care se pune este de a ști dacă tribunalul poate fi sesizat cu o cerere accesorie, fără a exista o nouă convenție. Aceasta este o problemă de competența tribunalului arbitral.

Dar distincția dintre aceste două noțiuni, investirea arbitrilor și competența lor, a fost și contestată în doctrina franceză²², subliniindu-se că investirea și competența au o sursă unică și anume convenția de arbitraj. Această unicitate explică faptul că întinde-rea puterii de a judeca a arbitrilor și deci competența lor coincide cu limitele convenției arbitrale.

În acest context, competența tribunalului arbitral de a statua asupra propriei competențe necesită unele explicații. Principiul care recunoaște arbitrilor dreptul de a statua asupra propriei lor competențe este unul dintre cele mai importante din instituția arbitrajului comercial internațional. În același timp, principiul constituie una din cele mai delicate probleme ale arbitrajului, dând naștere unor numeroase controverse. Sub o aparență de unanimitate, principiul face obiectul unor importante divergențe între sistemele juridice²³. Terminologia de asemenea este paradoxală. Ea s-a încetățenit sub denumirea *Kompetenz-Kompetenz*, expresia fiind utilizată acum de numeroase legislații²⁴.

În legătură cu principiul *Kompetenz-Kompetenz* se impune lămurirea următoarelor aspecte: afirmarea principiului, fundamentarea și semnificația sa.

Principiul este recunoscut astăzi de principalele convenții internaționale referitoare la arbitrajul comercial internațional și de marea majoritate a legislațiilor naționale. Convenția de la Geneva din 1961 în art. V par. 3 dispune că „sub rezerva controlului judiciar ulterior prevăzut de legea forului, arbitrul a cărui competență este contestată are puterea de a statua asupra propriei competențe și asupra existenței sau validității convenției de arbitraj sau asupra contractului din care face parte această convenție”. Convenția de la Washington are o prevedere asemănătoare în art. 41. Legea – tip CNUDCI precizează în art. 16, par. 1, că „tribunalul arbitral poate statua asupra excepției de necompetență”.

²¹ P. Fouchard, E. Gaillard și B. Goldman, *Traite de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 408.

²² E. Loquin, *Arbitrage. Competence arbitrale. Introduction générale*, J-Cl. Proc. Civ., Fasc. 1030, 1994.

²³ E. Meyger, *Compétence-Compétence des arbitres et indépendance de la convention d'arbitrage dans la Convention dite européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961*, Etudes Minoli, 1974, p. 315 și urm.

²⁴ Interesant este faptul că în terminologia juridică germană expresia *Kompetenz-Kompetenz* are un sens diferit de cel reținut de literatura juridică internațională. În terminologia germană expresia *Kompetenz-Kompetenz* înseamnă că arbitrii au puterea de a judeca fără ca hotărârea dată de ei să fie supusă controlului judiciar.

În legislația română privitoare la arbitrajul comercial internațional acest principiu este de asemenea enunțat. Curtea de Arbitraj de la București are competența de a-și verifica propria competență de a soluționa un litigiu²⁵. Verificarea se exercită la cererea părților sau din oficiu. În dreptul francez, principiul este consacrat, în materia arbitrajului intern, de art. 1466 din Codul de procedură civilă care prevede că „dacă în fața unui arbitru una din părți contestă puterea jurisdicțională a arbitrului acesta va statua asupra validității și limitelor investirii sale”. Principiul Kompetenz-Kompetenz poate fi considerat ca fiind corolarul principiului autonomiei convenției de arbitraj în raport cu contractul principal. Principiul Kompetenz-Kompetenz permite tribunalului arbitral să-și exercite puterea de a judeca litigiul chiar dacă existența sau validitatea convenției de arbitraj este contestată de o parte pentru cauze care afectează direct clauza compromisorie sau compromisul și care nu sunt simple consecințe ale nulității contractului principal. Principiul Kompetenz-Kompetenz permite de asemenea arbitrilor să constate, spre exemplu, nulitatea convenției arbitrale și în acest caz să pronunțe o sentință care să statueze necompetența lor.

În legătură cu fundamentarea principiului Kompetenz-Kompetenz se ridică întrebarea cum un arbitru are competența de a-și verifica propria competență, fundamentându-se pe existența unei convenții de arbitraj. Răspunsul este simplu²⁶. Nu convenția de arbitraj fundamentează acest principiu, ci regulile de drept aplicabile în materia arbitrajului comercial internațional.

În literatura juridică franceză s-a exprimat ideea că regula Kompetenz-Kompetenz are o dublă funcție, ea producând, ca și convenția de arbitraj, un efect pozitiv și un efect negativ²⁷. Efectul pozitiv al regulei Kompetenz-Kompetenz este de a permite arbitrilor să se pronunțe asupra propriei lor competențe. Acest efect este în general admis de către convențiile internaționale și de către legile recente referitoare la arbitrajul internațional. În același timp, efectul negativ al principiului Kompetenz-Kompetenz este de asemenea important. El constă în a permite arbitrilor nu de a se pronunța singuri asupra propriei lor competențe, ci de a se pronunța primii. Din acest punct de vedere, regula Kompetenz-Kompetenz este o regulă de prioritate, care trebuie înțeleasă în sens cronologic și nu în sens ierarhic, având în vedere ambele sale funcții. Ea poate fi definită ca fiind regula potrivit căreia arbitrii trebuie să poată să se pronunțe primii asupra chestiunilor legate de competența lor, sub controlul ulterior al jurisdicțiilor statale.

Efectul principal și negativ²⁸ care rezultă din existența unei convenții de arbitraj rezidă în excluderea competenței instanțelor de drept comun de a rezolva litigiul ce face obiectul unui compromis sau al unei clauze compromisorie.

Principalele convenții internaționale în materie de arbitraj recunosc acest efect. Protocolul de la Geneva din 1923 face referire la efectul principal și negativ ce rezultă

²⁵ Art. 4 alin. 1 din Reg. CAB.

²⁶ P. Fouchard, E. Gaillard și B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 414.

²⁷ P. Fouchard, E. Gaillard și B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 415.

²⁸ Efectul principal și negativ este denumit în literatura de specialitate franceză principiul necompetenței jurisdicției de stat.

din existența unei convenții de arbitraj în art. IV, alin. 1. De asemenea, convenția de la New York din 1958 stabilește în art. II, part. 3 că „tribunalele unui stat contractant sesizate cu rezolvarea unui litigiu pentru care s-a încheiat o convenție de arbitraj vor trimite părțile la arbitraj”. Legea-tip CNUDCI reproduce în art. 8 regula menționată mai sus. Convenția de la Geneva din 1961 recunoaște indirect în art. VI, par. 3 efectul negativ și principal al convenției de arbitraj.

De asemenea, majoritatea legilor naționale ce reglementează arbitrajul consacră acest efect²⁹.

În unele state, chiar dacă efectul negativ al unei convenții de arbitraj este consacrat în mod expres doar în reglementările privind arbitrajul intern, s-a dedus pe cale de interpretare că dispozițiile privind efectul negativ al convenției de arbitraj sunt aplicabile și arbitrajului comercial internațional. Spre exemplu, art. 1458 din Codul francez de procedură civilă stabilește că dacă un litigiu, ce este de competența unui tribunal arbitral în virtutea unei convenții de arbitraj, va fi adus spre soluționare în fața unei jurisdicții de stat, aceasta trebuie să se declare incompetentă. Pe cale de consecință, Curtea de Casație a decis că reglementarea de mai sus este aplicabilă și arbitrajului internațional³⁰.

Chiar dacă efectul negativ ce rezultă din existența unei convenții de arbitraj este recunoscut atât de reglementările naționale, cât și de convențiile internaționale încheiate în materie de arbitraj internațional, aceasta nu înseamnă că alături de acest efect nu este recunoscută și competența jurisdicției de stat de a statua asupra existenței și validității convenției de arbitraj care va genera acest efect negativ. Singura problemă care face obiectul unor divergențe este legată de momentul în care un asemenea control poate fi efectuat.

Regulamentul Curții de Arbitraj stabilește în art. 4 că îndrituirea Curții de a soluționa un litigiu exclude competența instanțelor de drept comun în legătură cu acel litigiu. În domeniul arbitrajului ad-hoc, dreptul nostru nu cunoaște o reglementare specială care să înlăture *in terminis* competența instanțelor judecătorești. Totuși incompetența acestora poate fi dedusă în mod indirect din prevederile art. 341 din Codul de procedură civilă, care recunoaște arbitrajul ca jurisdicție de sine stătătoare³¹. Ar fi contradictoriu ca legiuitorul să consacre competența instanțelor de arbitraj fără să aducă în același timp limitări corelative sferei de atribuții ce aparțin instanțelor judecătorești.

Necompetența instanțelor judecătorești de a statua în legătură cu un anumit litigiu rezultă din existența unei convenții de arbitraj. Se ridică problema caracterului acestei incompetențe. Dacă această incompetență are caracter absolut, excepția de arbitraj poate fi ridicată în tot cursul judecării și chiar din oficiu de către judecători. Dacă

²⁹ În acest sens, art. 1458 din Codul francez de procedură civilă; art. 11 al Legii spaniole din 5.11.1988; art. 52 din Codul tunisian de arbitraj din 1993; art. 1022 din Codul irlandez de procedură civilă; art. 458 bis 8 din Codul algerian de procedură civilă din 1993; art. 1679 din Codul judiciar belgian.

³⁰ Curtea de Casație franceză, hotărârea din 18 iunie 1989 privind Eurodif și Republica Islamică Iran, în „Revisita de arbitraj”, 1989, 653, cu note de Philippe Fouchard.

³¹ Octavian Căpățână, Brândușa Ștefănescu, *op. cit.*, p. 228; Ioan Macovei, *op. cit.*, p. 367.

necompetența judiciară are un caracter relativ, excepția de arbitraj trebuie formulată în principiu de către partea interesată *in limite litis*, așadar înainte de a se începe dezbaterile asupra fondului procesului, pasivitatea fiind sancționată cu decăderea.

Așa cum s-a subliniat, arbitrajul este definit ca fiind o jurisdicție derogatorie de la dreptul comun, la care părțile pot face apel prin voința lor. Totodată, chiar dacă părțile au înțeles să supună un litigiu arbitrajului ele pot să renunțe de comun acord la această cale de rezolvare a diferendului și să recurgă la jurisdicția de stat, renunțarea putând fi expresă sau tacită. Aceasta este rațiunea pentru care un judecător sesizat cu un litigiu care a făcut obiectul unei convenții de arbitraj nu poate ridica din oficiu excepția bazată pe existența unei convenții de arbitraj. Dacă părțile nu se prevalează în acțiunea judiciară de convenția arbitrală, se prezumă că au renunțat la ea. Caracterul relativ al necompetenței instanțelor judecătorești în cazul existenței unei convenții de arbitraj este consacrat de majoritatea convențiilor internaționale referitoare la arbitraj. Astfel, el rezultă din art. IV al Protocolului de la Geneva, din art. II, par. 3 al Convenției de la Geneva și din art. VI, par. 6 din Convenția de la Geneva din 1961. De asemenea, caracterul relativ al necompetenței instanțelor judecătorești se regăsește în majoritatea legislațiilor în materie de arbitraj³². Derogatoriu, această necompetență judiciară poate avea și caracter absolut în cazul în care rezultă din reglementări legale, și nu din simpla voință a părților³³.

O altă problemă care trebuie lămurită este legată de momentul în care se invocă excepția de arbitraj în cadrul unei acțiuni judiciare. Acest moment va configura limitele necompetenței instanțelor judecătorești. Putem avea următoarele situații: instanța judecătorească examinează excepția de arbitraj înainte de sesizarea arbitrajului; instanța de arbitraj poate să soluționeze excepția de arbitraj după sesizarea arbitrajului; instanța judecătorească poate să se pronunțe asupra excepției de arbitraj după pronunțarea hotărârii arbitrale. În oricare din situațiile arătate, instanța judecătorească va trebui să se pronunțe asupra existenței și validității convenției de arbitraj.

– Dacă acțiunea judiciară a fost introdusă *ante litem*, adică înainte de sesizarea arbitrajului, admiterea excepției echivalează cu constatarea validității convenției de arbitraj. Astfel se confirmă existența arbitrajului, iar părțile vor fi îndrumate să i se adreseze pentru soluționarea litigiului. Respingerea excepției de arbitraj obligă pe judecători să rețină în continuare litigiul spre a-l judeca în fond. Majoritatea convențiilor internaționale în materie de arbitraj permit jurisdicției etatice de a nu respecta efectul negativ al convenției de arbitraj și de a statua asupra fondului dacă se va constata caducitatea convenției arbitrale sau faptul că ea este inoperantă sau nu este susceptibilă

³² Spre exemplu, în dreptul francez în art. 1458 alin. 3 din Codul de procedură civilă se precizează că judecătorul nu poate ridica din oficiu excepția privind necompetența sa.

³³ Excepția de arbitraj întemeiată pe dispozițiile Convenției de la Moscova 1972 încheiată între fostele țări CAER își află izvorul în norme imperative, pentru că potrivit acestei foste convenții se atribuia în mod obligatoriu competența arbitrajului din țara pârâtului în cazul unor litigii de comerț exterior între țările foste CAER. Deci în acel caz, necompetența judiciară prezenta caracter absolut.

de a fi pusă în executare³⁴. Singura convenție care conține o reglementare contrară este Convenția de la Geneva din 1961³⁵. În dreptul comparat, posibilitatea de a permite jurisdicției etatice de a aprecia existența sau validitatea convenției de arbitraj, fără a aștepta ca arbitrii să fi avut ocazia de a se pronunța ei înșiși asupra acestei chestiuni, este recunoscută de majoritatea legislațiilor.

– Instanța judecătorească poate soluționa excepția de arbitraj după sesizarea arbitrajului, adică *pendente lite*. În scopul evitării conflictelor de competență, instanțele judecătorești vor dispune, afară de cazul când există motive grave, suspendarea judecății până la pronunțarea sentinței arbitrale³⁶.

– Instanța judecătorească poate să se pronunțe asupra excepției de arbitraj după pronunțarea hotărârii arbitrale, adică *post litem*, dar litigiul fiind soluționat în fond, necompetența instanțelor judecătorești încetează. Acesta este cazul care se referă la sesizarea instanței judecătorești cu o cale de atac împotriva hotărârii arbitrale (desigur atunci când aceasta este permis) sau pentru a se pune în executare hotărârea arbitrală.

Efectul negativ și principal al convenției de arbitraj, adică acela de a exclude total intervenția judiciară, suferă o serie de îngrădiri care decurg din plenitudinea de competență a jurisdicției etatice. Astfel, doar instanțele judecătorești sunt competente să ia măsuri provizorii sau de conservare a unor bunuri. Pentru a fi posibilă executarea silită a hotărârii arbitrale se va apela tot la jurisdicția de stat.

LES EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

– Résumé –

Dans la thématique des recherches juridiques actuelles, l'ensemble des problèmes concernant l'arbitrage commercial international se situe parmi ceux qui concentrent l'intérêt des spécialistes. Ce fait s'explique tant par la pression de nouvelles situations survenues dans les pratiques du commerce international, autant par les réalisations législatives dans ce domaine et, pas en dernière fois, par les clarifications qui sont survenues par les débats théorétiques concernant l'institution de l'arbitrage commercial international.

Nous faisons la précision que l'arbitrage commercial international est un système juridictionnel spécial et dérogateur du droit commun ou, autrement dit, l'arbitrage commercial international représente une voie de solutionner les litiges par les arbitres désignés pour des cas déterminés ou par des institutions permanentes d'arbitrage, à cette manière s'évitant tant les conflits des lois, autant les conflits de juridiction.

³⁴ A se vedea art. II, part. 3 din Convenția de la New York: „...convenția de arbitraj este caducă, inoperantă sau nu este susceptibilă de a fi aplicată”.

³⁵ În art. VI, part. 3 din Convenția de la Geneva din 1961 se interzice tribunalelor etatice de a se pronunța asupra existenței nulității sau caducității convenției de arbitraj cu excepția unor motive grave.

³⁶ În acest sens, art. VI, part. 3 din Convenția de la Geneva din 1961. În interpretarea acestui articol există și opinia susținută de Philippe Fouchard, în *op. cit.*, p. 133, potrivit căreia suspendarea poate fi pronunțată la cererea părții interesate având în vedere caracterul contractual al convenției de arbitraj.

Dans ce contexte, la suggestion de notre thème nous contraint à préciser les objectifs suivis. Nous ne nous avons pas concentré notre attention vers le set de notions qui se réfèrent à la définition de l'institution de l'arbitrage commercial international, par exemple: la nature de l'arbitrage, ses caractères, les moyens et les procédures spécifiques, mais sur les effets créés par l'existence d'une convention d'arbitrage.

Nous avons envisagé qu'il est nécessaire d'analyser ces effets à plus d'une titre, par exemple:

1. en effets se concretise et se manifeste la situation nouvellement crée par l'existence de la convention d'arbitrage;
2. les effets nous renseignent sur le fondement, l'efficience, l'adaptation de l'arbitrage commercial international.

Dans notre recherche nous avons valorisé les points de vue qui existent dans la littérature juridique de specialité. Les opinions exprimées sont assez varfées, parfois divergentes, mais nous les avons confronté avec les idées resultées de l'analyse de quelques situations de conflit nouvelles.

Norus soulignons le fait que, en égard à nature juridique double, contractuelle et proceduale de la convention d'arbitrage, nous avons analysé tant les effets de nature procedurale, autant les effets de nature contractuelle que l'existence de la convention les produit. Dans le contenu de l'ouvrage nous avons insisté davantage sur les effets de nature procedurale en égard à finalité de la convention d'arbitrage, qui, considérée comme un acte procedural, naît, comme on explique dans la littérature de specialité, un effet principal et negatif, ainsi qu'un effet complementaire et positif.

Cette étude a essayé d'analyser l'effet comme un moment qui est engloté dans tous les composants de l'institution d'arbitrage commercial international (par exemple quel est l'effet de la nomination d'arbitres, ou quel est l'effet de l'omission des parts de nommer la loi applicable) et l'effet, ou plus exactement, les effets qui résultent de l'existence de l'institution d'arbitrage commercial international, considérée globalement.

Du notre point de vue il s'avèrait nécessaire d'approfondir la recherche sur les effets d'arbitrage au deuxième niveau mentionné.

UNELE CONSIDERAȚII ASUPRA ROLULUI ACTIV AL INSTANȚELOR DE JUDECATĂ

DE

GRIGORE GR. THEODORU

I. Preliminarii

Codul de procedură penală român din 1968 a consacrat, printre regulile de bază ale procesului penal, rolul activ al organelor judiciare (art. 4). Importanța acestui principiu fundamental al procesului penal român, cerințele și garanțiile respectării sale au fost explicate pe larg în tratatele, cursurile și studiile publicate înainte de 1989, dar și în literatura recentă; de asemenea, există o bogată jurisprudență publicată, care ilustrează cazurile în care a fost sancționată lipsa de rol activ a organelor judiciare în rezolvarea cauzelor penale.

Principiul rolului activ al organelor judiciare are următoarea definiție în art. 4 C. proc. pen. din 1968: „Organele de urmărire penală și instanțele de judecată sunt obligate să aibă rol activ în desfășurarea procesului penal”. Pe lângă definirea, în art. 4, a principiului rolului activ al organelor judiciare, Codul de procedură penală din 1968 a prevăzut și alte dispoziții, care fie repetă obligația de a avea rol activ (art. 202, 287, 316), fie înscrie obligațiile pe care organele judiciare le au în urmărirea și judecarea cauzelor penale, obligații care decurg din rolul activ ce trebuie exercitat (art. 202, 238, 265, 320, 333, 335, 336, 344, 348, 371, 373, 385¹ alin. 3, 385², 385³ alin. 3 și 4, 406, 412⁴ C. proc. pen.).

În literatura juridică există puncte de vedere comune între specialiști cu privire la rolul activ pe care-l au organele de cercetare penală, procurorii, acolo unde funcționează, judecătorii de instrucție. Nu numai în formularea adoptată de Codul de procedură penală din 1968¹, dar și în legislații mai vechi din România² sau în cele

¹ „Organul de urmărire penală este obligat să strângă probele necesare pentru aflarea adevărului și pentru lămurirea cauzei sub toate aspectele, în vederea justei soluționări a acesteia. Organul de urmărire penală adună probele atât în favoarea, cât și în defavoarea invinuitului sau inculpatului. Îndatoririle prevăzute de alineatul precedent se îndeplinesc chiar dacă invinuitul sau inculpatul recunoaște fapta”.

² În art. 240 al C. proc. pen. din 1936 se prevede pentru judecătorul de instrucție: „Judecătorul își îndreaptă cercetările în toate direcțiile rezultând din actele primelor cercetări și din arătările părții vătămate și ale invinuitului, adună toate elementele necesare instrucțiunii, fie în favoarea, fie în defavoarea invinuitului, precum și orice informațiuni de natură a caracteriza personalitatea infractorului. Judecătorul întrebuițează toate mijloacele de investigații puse de știință în serviciul justiției, atât în privința faptului penal, cât și a daunelor cauzate prin infracțiune. Probele de vinovăție trebuie strânse chiar dacă invinuitul recunoaște fapta”.

străine³ există dispoziții precise cu privire la rolul pe care trebuie să-l exercite poliția, procurorul, judecătorul de instrucție.

Dându-se prioritate caracterului acuzatorial al judecății care se desfășoară potrivit legislațiilor anglo-saxone, în care judecătorului i se rezervă rolul de arbitru între părțile implicate în procesul penal, în ultimul timp, în unele acțiuni judiciare, s-au exprimat critici cu privire la rolul activ al judecătorilor (al instanței de judecată), ajungându-se să se susțină că acest principiu este neconstituțional și nedemocratic. Totodată, în fundamentarea rolului activ s-a pus accentul numai pe îndatorirea judecătorilor de a folosi toate mijloacele legale de probațiune pentru aflarea adevărului, neglijându-se alte aspecte ale rolului activ al instanțelor de judecată în soluționarea legală și temeinică a cauzelor penale. Considerațiile care urmează se referă la aceste două aspecte ale rolului activ al instanțelor de judecată în teoria și practica procedurii noastre penale.

II. Critici aduse rolului activ al judecătorilor

În fața Curții Constituționale s-au ridicat excepții de neconstituționalitate a prevederilor art. 4 C. proc. pen., susținându-se, pe de o parte, că prevederile care se referă la rolul activ al judecătorilor contravin art. 23 alin. 1 și 8 și art. 24 din Constituția României din 1991, deoarece ar fi specific statului totalitar, definitiv desființat la noi în țară, iar pe de altă parte că rolul activ al judecătorilor este incompatibil cu statutul de inamovibilitate al acestora, consfințit prin dispozițiile constituționale din art. 124 alin. 1. Curtea Constituțională a respins aceste excepții, considerând că rolul activ al judecătorilor este în concordanță cu scopul procesului penal și cu principiile oficialității și aflării adevărului.

1. Afirmatia că principiul rolului activ al organelor judiciare este specific statului totalitar nu rezistă la o analiză atentă și multilaterală a instituirii și evoluției acestui principiu. Este adevărat că în lucrările de specialitate dinainte de anul 1989⁴, s-a susținut că rolul activ al organelor judiciare este un principiu specific dreptului socialist: din această afirmație se putea trage concluzia că rolul activ nu poate fi realizat decât în condițiile statului socialist de influență sovietică, ale unui stat totalitar.

Afirmațiile aparținând specialiștilor români în domeniul procedurii penale, făcute înainte de anul 1989, se explică prin prevederea cuprinsă în art. 298 alin. 3, C. proc. pen. introdusă în 1948, prin care se institua o obligație pentru instanța de judecată de a avea „un rol activ în desfășurarea dezbaterilor, stăruind prin toate mijloacele pentru

³ În legătură cu independența judecătorului de instrucție în strângerea probelor, se reține în legislația franceză: „Dans l'exercice de ses pouvoirs, le juge est entièrement libre d'apprécier l'utilité et l'opportunité des mesures d'instruction nécessaires, ainsi que l'ordre et le nombre des actes de recherche des preuves” (art. 81 al. 1 C. proc. pén. français).

⁴ Vezi V. Dongoroz și alții, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român*, Partea generală, vol. 1, Ed. Academiei, București, 1975, p. 40; N. Volonciu, *Drept procesual penal*, Ed. didact. și pedagog., București, 1972, p. 44; Gr. Theodoru, *Dreptul procesual penal*, Partea generală, vol. 1, Iași, 1971; Ion Neagu, *Drept procesual penal*, Ed. Academiei, București, 1988, p. 88.

descoperirea adevărului și prevenirea oricăror erori în cunoașterea, dovedirea și caracterizarea faptelor". Până atunci rolul activ era considerat doar o facultate pentru judecători, care o puteau folosi sau nu, părților revenindu-le obligația de a dovedi faptele și împrejurările pe care le invocau; de aceea, transformarea rolului activ într-o îndatorire a judecătorilor constituie voința legiuitorului socialist și, ca urmare, a fost considerat, sub această formă, un principiu specific statului socialist.

Rolul activ al judecătorilor, ca prerogativă în judecarea și soluționarea cauzelor penale, nu a apărut însă în perioada socialistă a statului român. Dacă cercetăm în trecutul legislației noastre de procedură penală, constatăm că rolul activ a fost acceptat ca normă procesuală în perioada României democratice a sfârșitului secolului al XIX-lea și prima jumătate a secolului al XX-lea. Astfel, necesitatea rolului activ al instanței de judecată a fost recunoscută de doctrina noastră chiar fără un text expres în Codul de procedură penală din 1864, susținându-se⁵ că din principiul libertății de convingere decurge și consecința că judecătorii sunt liberi de a ordona din oficiu administrarea probelor pe care le-ar considera necesare aflării adevărului. Codul de procedură penală român din 1936 a acordat judecătorilor, prin art. 137, dreptul de a ordona din oficiu administrarea de noi probe dacă sunt necesare aflării adevărului despre faptele cauzei penale. De asemenea, potrivit art. 365 C. proc. pen., instanța putea ordona, din oficiu, „orice probatorii până la includerea dezbaterilor, în interesul descoperirii adevărului”. Instanței de recurs i se recunoștea un rol activ în luarea în considerare a unor motive fără ca ele să fi fost invocate de procuror sau părți, după cum se admitea și un efect extensiv al recursului, în sensul de „a extinde din oficiu efectele căii de atac și asupra celorlalți inculpați”, care nu-și exercitaseră dreptul de recurs.

Se poate trage concluzia că în legislația adoptată în dezvoltarea democratică a României, rolul activ al instanței de judecată era consacrat ca o regulă de comportament al judecătorilor în vederea aflării adevărului; deși era reglementat ca un drept, ca o prerogativă a judecătorilor și nu ca o îndatorire, exercitarea sa era considerată ca o manifestare democratică, fiind reglementată de legislația unui stat democratic. În literatura de specialitate dinainte de 1948, rolul activ era considerat ca un principiu derivat din principiul realității sau al stabilirii adevărului real și garanție a îndeplinirii acestuia, sub mai multe denumiri: procedura din oficiu a judecătorului sau autonomia judecătorului în administrarea și culegerea probelor, zis și principiul activării judecătorești. În explicarea acestei reguli se consemna: „Prin procedura din oficiu i se dă putința judecătorului ca, din propria inițiativă, să culeagă toate datele, probele și să ia toate măsurile pe care le crede necesare descoperirii adevărului. Astfel, judecătorul ar fi la discreția părților care, din nepricepere, neglijență, indolență sau interes, nu ar lămuri tot adevărul, sau adevărata realitate”⁶.

Dacă ne orientăm și la alte state democratice, inspiratoare ale legislației noastre, constatăm că și judecătorii de decizie, nu numai cei de instrucție, au rol activ în aflarea

⁵ Vezi I. Tanoviceanu, V. Dongoroz, *Tratat de drept și procedură penală*, vol. V, București, 1927, p. 70.

⁶ Traian Pop, *Drept procesual penal*, vol. I, Cluj, 1946, p. 350 și urm.

adevărului. Astfel, președintelui Curții cu jurați i se recunoaște „o putere discreționară în cunoașterea corectă și completă a faptelor, în sensul de a asculta orice persoană sau de a dispune a se aduce orice documente folositoare, de a ordona efectuarea unei expertize, unei cercetări la fața locului etc.”⁷; un drept similar, fără a fi recunoscut ca o putere discreționară, este încredințat și tribunalului corecțional, de a dispune din oficiu efectuarea de probe⁸. În ce privește instanța de recurs, aceasta are dreptul de a lua în considerare, în anumite cazuri, motive de recurs pe care recurentul nu le-a propus, denumite motive din oficiu sau de ordine publică, ceea ce constituie o manifestare a rolului activ al judecătorului⁹.

În materie de probațiune, unele legislații procesual penale, denumite acuzatoriale, consacră rolul pasiv, de arbitru al judecătorilor, iar alte legislații recunosc rolul activ pentru judecători, rațiune pentru care sunt calificate ca inchizitoriale¹⁰. În determinarea rolului pasiv, de arbitru al judecătorilor, se susținea, într-o hotărâre judecătorească din Anglia, că „judecătorul prezidează pentru a asculta și a hotărî cu privire la mijloacele prezentate de părți și nu pentru a conduce o investigație sau o anchetă în numele societății” ... „Dacă un judecător ar dirija el însuși interogarea martorilor s-ar coborî, pentru a spune astfel, în arenă, și s-ar expune ca puterea lui de înțelegere să fie întunecată de praful ridicat de conflict”¹¹. Deosebirea între cele două sisteme judiciare nu constă în caracterul democratic sau totalitar al statelor care le consacră, ci în tradiția lor legislativă. Anglia și toate țările care au adoptat sistemul acuzatorial consacră poziția de arbitru a judecătorilor, în timp ce țările europene cu tradiție legislativă franceză, toate însă state democratice, funcționează pe sistemul inchizitorial, cu rolul activ al judecătorilor. De la această regulă face excepție Codul de procedură penală italian din 1989, care de la sistemul inchizitorial a trecut la cel acuzatorial.

În privința rolului judecătorilor în judecarea și soluționarea cauzelor penale, se remarcă o anumită pătrundere a rolului activ și în sistemele acuzatoriale. Astfel, în 1992 s-a modificat Codul de procedură penală italian (art. 506, 507) în sensul admiterii ca judecătoria să pună întrebări experților și consultanților științifici ascultați anterior și să decidă, din oficiu, administrarea de noi probe, dacă acestea sunt neapărat necesare¹². Chiar în Anglia¹³, într-o hotărâre din 1994, se recunoaște pentru orice instanță judecătorească dreptul de a dispune ascultarea unor martori pe care părțile nu i-au cerut să fie ascultați. Acordarea unui anumit rol activ judecătorilor este prevăzută și în Regu-

⁷ Vezi Roger Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Ed. Cujas, Paris, 1979, p. 719.

⁸ *Ibidem*, p. 744. În art. 255, II al C. proc. pen. german, se prevede că „tribunalul trebuie, în descoperirea adevărului, să extindă cercetarea (sau administrarea probelor) la toate faptele și mijloacele de probă care sunt importante pentru rezolvarea cauzei” (vezi Jean Pradel, *Rapport de synthèse, Inquisiteur-accusateur ou une redoutable complexité*, în „Revue Internationale de Droit pénal”, nr. 1-2, 1977, p. 223).

⁹ R. Merle, A. Vitu, *op. cit.*, p. 846.

¹⁰ Vezi „Revue Internationale de Droit pénal”, nr. 1-2/1997, consacrată temei: *Inquisiteur-accusateur*, dezbătută la colocolul internațional de la Aix-en-Provence, 9-10 iunie 1997.

¹¹ Vezi R. Kirkpatrick, *Initiation au droit anglais*, Bruxelles, 1964, p. 140.

¹² Vezi Jean Pradel, *op. cit.*, p. 222.

¹³ *Ibidem*, p. 222.

lamentul de procedură și de probațiune adoptat în 1994 de Tribunalul Internațional de la Haga care, deși de inspirație acuzatorială, în art. 98 prevede că „prima instanță poate dispune de mijloace de probă suplimentare de către una sau alta dintre părți. El poate din proprie inițiativă să citeze martori pentru a fi ascultați”¹⁴. În nici un caz nu se poate concepe că Tribunalul Internațional de la Haga ar exprima un punct de vedere dictatorial. Mi se pare semnificativă, pentru justificarea rolului activ al judecătorilor, concluzia trasă de un procedurist de prestigiu – Jean Pradel – în raportul de sinteză la colocviul cu tema „Inchizitorial-acuzatorial – o prăbușire a dogmelor în procedura penală”¹⁵: „Mărturisesc o preferință pentru un sistem inchizitorial temperat de o anumită contradictorialitate. Trăiască inchizitorialul, căci în orice caz un adevăr cercetat în mod obiectiv de un magistrat (ajutat de poliție) valorează, fără discuție, mai mult decât două jumătăți de adevăr prezentate în mod subiectiv de părți în cadrul unui duel – un meci s-ar spune astăzi – în care pasiunea nu este absentă. Dar, de asemenea, trăiască contradictorialitatea, căci este necesar ca în arena judiciară oricine să poată să-și facă auzită vocea sa. Trebuie ca fiecare să poată lupta împotriva primei impresii, căci discuția permite verificarea”.

2. Un al doilea argument în susținerea neconstituționalității prevederilor art. 4 C proc. pen., se referă la statutul judecătorilor, în sensul dacă sunt inamovibili sau amovibili. Exprimându-și opinia că rolul activ al judecătorilor contravine art. 21 și 23 din Constituția României, Tribunalul Bihor¹⁶ argumentează astfel: „prin rol activ judecătorul poate dirija probațiunea în sensul dorit de acuzare sau în sensul dorit de apărare, impunându-se de aceea limitarea rolului activ în mod expres”; într-un alt dosar ajuns în fața Curții Constituționale se susține de către persoana care a ridicat excepția de neconstituționalitate că rolul activ al judecătorului este incompatibil cu principiul inamovibilității judecătorului, deoarece rolul activ permite judecătorului să devină parte în proces, depășindu-și astfel rolul de arbitru imparțial”¹⁷.

Statutul de inamovibilitate de care se bucură judecătorii îmbracă întreaga activitate a celor ce înfăptuie justiția și se referă la asigurarea poziției lor de imparțialitate în raport de alte puteri ale statului și mai ales față de orice influență venită din afară în soluționarea cauzei. În nici un caz nu se transformă judecătorul care are rol activ într-o „parte în proces”, deoarece la judecată se aplică principiul contradictorialității, care constă în disputa dintre acuzare și apărare, judecătorul, prin rolul său activ, echilibrând această dispută. Judecătorul suplinește prin activitatea sa atât lipsurile în pregătire, în conștiințiozitate și în acțiune a reprezentantului funcției de învinuire, cât și ale celei în apărare, fără a apleca balanța în favoarea uneia din părți, sub pretextul că apără statul – dacă acoperă lipsurile procurorului – sau că susține apărarea – dacă inculpatul nu se apără temeinic. Rolul activ manifestându-se atât în favoarea învinuirii, atunci când este

¹⁴ *Ibidem*, p. 222.

¹⁵ „Revue Internationale de Droit pénal”, nr. 1-2/1997, p. 214-229.

¹⁶ Vezi încheierea din 11 dec. 1995, dosar nr. 2723/1995, citată în decizia nr. 143 a Curții Constituționale, M. Of. nr. 49/21.III.1997.

¹⁷ Vezi decizia nr. 28/10.II.1998 a Curții Constituționale, în M.Of. nr. 146/10.IV.1998.

necesar, dar mai ales în favoarea apărării, lipsită de cunoștințe juridice, nu înseamnă trecerea instanței, de pe poziția de conducător al procesului la nivelul unei părți, care-și apără interesele personale. Inamovibilitatea constituie o garanție juridică a imparțialității judecătorilor, de a nu ajunge sub influența puterii executive, dar judecătorii sunt independenți și supuși legii fie că sunt inamovibili, fie amovibili. Atunci când, în anumite cazuri, unii judecători își pierd imparțialitatea și se apleacă asupra uneia sau alteia din părți, acționează incompatibilitatea, care determină îndepărtarea sa din completul de judecată; legea nu are însă un caz de incompatibilitate pentru judecătorii care-și manifestă un rol activ în proces, deoarece acest rol activ îi ajută la soluționarea corectă a cauzei penale, peste acțiunile de cele mai multe ori interesate ale părților într-o anumită soluție.

În mod justificat Curtea Constituțională¹⁸ a respins acest argument cu motivarea: „... înfăptuirea justiției nu este posibilă fără cunoașterea situației de fapt reală în cauză, iar această cunoaștere nu poate fi dobândită fără o preocupare specială din partea organelor judiciare: or, în condițiile în care legea acordă inculpatului toate garanțiile procesuale, inclusiv dreptul de a fi asistat de apărător în tot cursul procesului penal, nu se poate vorbi de vreo prejudiciere a intereselor apărării”. Am putea adăuga că pentru aflarea adevărului părțile pot propune, în cursul procesului penal, probe și cere administrarea lor, iar instanțele nu le pot respinge dacă sunt admisibile, concludente și utile (art. 67 C. proc. pen.).

Rolul activ al judecătorilor a fost admis, așa cum am văzut, în România și în perioada dintre cele două războaie mondiale, când judecătorii aveau statutul de inamovibilitate, și este recunoscut și în legislațiile occidentale, unde acest statut nu a încetat să existe. Nu s-a pus problema unei incompatibilități între statutul de inamovibilitate și prerogativa de a avea inițiativă în cunoașterea adevărului și în soluționarea corectă a cauzei. Independența judecătorilor și supunerea lor numai legii, înțeleasă pe deplin de către judecători, este de natură să asigure un rol activ corect în aflarea adevărului și aplicarea legii, atât în ce privește corectitudinea învinuirii, cât și corectitudinea apărării. Practica instanțelor noastre judecătorești dinainte de 1989, când judecătorii nu erau inamovibili, s-a manifestat cu prioritate în favoarea inculpatului în exercitarea rolului activ, astfel încât teza potrivit căreia judecătorii ar cobori în arenă doar în favoarea învinuirii nu are nici un sprijin în realitatea noastră judiciară.

De altfel, dacă rolul activ înseamnă căutarea adevărului, în lipsa de preocupare a părților sau printr-o activitate neadecvată, atât în stabilirea întregii activități infracționale a inculpatului, dar și în verificarea tuturor apărărilor invocate de acesta sau inițiate din oficiu de judecători, nu înseamnă pierderea rolului de judecător imparțial, dobândirea calității de parte în proces interesată într-o anumită soluție; rolul activ aduce echilibrul necesar pentru egalizarea capacității părților de a stabili adevărul și de a soluționa cauza potrivit legii, ridicând, prin intervenția judecătorilor, pe cel mai slab – de regulă inculpatul – la nivelul părții adverse – procurorul, parte vătămată sau parte ci-

¹⁸ Vezi decizia n.r 143/1996, în M.Of. nr. 49 din 21.III.1997.

vilă. Dacă un judecător ar avea o atitudine incorectă sprijinind, prin rolul său activ, în mod nejustificat fie învinuirea, fie apărarea, această acțiune poate interveni și în cazul în care ar fi amovibil, și atunci când ar fi inamovibil; erorile rău intenționate pe care le-ar face judecătorul sunt cu mult mai puține decât acțiunile subiective ale părților în apărarea intereselor lor, care nu întotdeauna sunt legitime.

Așadar, nu este cazul abandonării rolului activ al judecătorilor în procesul penal nici pe considerentul că ar fi un principiu specific statului dictatorial și nici pe considerentul incompatibilității acestuia cu statutul de inamovibilitate al judecătorilor: fără îndoială că rolul activ al judecătorilor nu trebuie să se transforme într-o putere discreționară, ci intervenția judecătorilor trebuie să se desfășoare în limitele realizării scopului procesului penal și ale prevederilor legale. În caz de neconformare cu acest scop, având drept consecință o soluționare a cauzei contrar adevărului și legii, există, prin intermediul căilor de atac, posibilitatea constatării neîndeplinirii acestei îndatoriri legale și înlăturării hotărârilor pronunțate în acest mod.

III. Definirea principiului rolului activ al organelor judiciare

Definirea rolului activ al organelor judiciare în art. 4 C. proc. pen. din 1968 pune accentul pentru o astfel de intervenție în scopul „desfășurării procesului penal”. Adoptarea acestei definiții își are izvorul în art. 298 alin. 3 al Codului de procedură penală din 1936, în modificarea intervenită în 1948, care prevedea, de asemenea, că judecătorul „va avea un rol activ în desfășurarea dezbaterilor”; nu s-a preluat, însă, în art. 4 al Codului din 1968 și continuarea prevederilor art. 298 alin. 3 care dispunea că judecătorul trebuie să stăruie, prin toate mijloacele, „pentru descoperirea adevărului și prevenirea oricăror erori în cunoașterea, dovedirea și caracterizarea faptelor”, care constituie cerința principală a rolului activ al judecătorilor.

Comentând principiul rolului activ al organelor judiciare, unii specialiști în procedura penală au pus accentul pe cuprinsul art. 4 C. proc. pen. din 1968, în sensul că intervenția activă se referă la „buna desfășurare a procesului penal și pentru realizarea scopului procesului penal”¹⁹. În același sens s-a susținut: „în cazul în care subiecții neoficiali au o atitudine nepăsătoare, organele judiciare pot dispune efectuarea actelor necesare *bunei desfășurări* a procesului penal (spre exemplu, administrarea unor probe, verificarea legalității unor acte susceptibile de a cauza vătămări procesuale, acordarea de termene necesare pregătirii apărării)”²⁰. S-a considerat că rolul activ ar fi o consecință a principiului oficialității sau, în orice caz, ar exista o strânsă legătură între principiul oficialității și principiul rolului activ²¹. Se observă că, deși se face referire la buna desfășurare a procesului penal, la o strânsă legătură cu principiul oficialității, se

¹⁹ V. Dongoroz și alții, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român*, Partea generală, vol. I, op. cit., p. 46.

²⁰ Vezi Ion Neagu, *Drept procesual penal*, Ed. Academiei, 1988, p. 89.

²¹ Ion Neagu, *Tratat de procedură penală*, Ed. Pro, 1997, p. 46.

au în vedere și alte cerințe, cum ar fi „realizarea scopului procesului penal”, în înțelesul constatării corecte și complete a faptelor care constituie infracțiuni și pedepsirea celor vinovați, cu îndatorirea ca nici o persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală; ca hotărârea penală definitivă să fie conformă cu legea și adevărul; anularea unor acte procesuale la inițiativa judecătorilor.

Obiectul rolului activ al organelor judiciare, în definiția din art. 4. C.pr.p., aproape se suprapune pe definiția principiului oficialității, prevăzute în art. 2 alin. 2 C.pr.p. Într-adevăr, oficialitatea procesului penal este definită astfel: „Actele necesare desfășurării procesului penal se îndeplinesc din oficiu, afară de cazul când prin lege se dispune altfel”. Cum s-a arătat anterior, în explicarea textului art. 4, care definește rolul activ, se face aceeași referire ca la oficialitate, în sensul că rolul activ se exercită pentru „desfășurarea procesului penal”.

Fără îndoială că pentru buna desfășurare a procesului penal acționează principiul oficialității, organele judiciare având obligația să efectueze activitățile care se includ în desfășurarea procesului penal – urmărire, judecată, punerea în executare a hotărârilor judecătorești definitive; oficialitate există și atunci când organul de urmărire penală începe urmărirea din oficiu, dar și atunci când este obligat să rezolve plângerea sau denunțul, ca moduri de sesizare despre săvârșirea unei infracțiuni; cererea unei părți este supusă hotărârii organului judiciar, care este obligat să ia o hotărâre în caz de sesizare. Așadar, actele necesare desfășurării procesului penal – inițiativă în începerea procesului, desfășurarea urmăririi penale și a judecății, activitățile de executare – se dispun ca obligații de serviciu ale organelor judiciare fie la solicitare fie din proprie inițiativă.

Rolul activ nu are însă o semnificație deosebită în desfășurarea procesului penal, deoarece este suplinat de principiul oficialității; caracteristic pentru rolul activ este implicarea organului judiciar în cunoașterea completă și corectă a faptelor, în aplicarea deplină a legii, cu alte cuvinte în soluționarea legală și temeinică a cauzei penale, ceea ce implică fondul activității procesuale, nu atât derularea acesteia potrivit legii de procedură. Fondul cauzei înseamnă realizarea scopului procesului penal, condamnarea legală și temeinică a tuturor celorla căroră li s-a reținut vinovăția pentru săvârșirea de infracțiuni și apărarea celor nevinovați spre a nu fi trași la răspundere penală.

Un punct de vedere critic cu privire la definiția dată rolului activ de prevederile art. 4 C.pr.p. l-am exprimat într-un curs publicat încă în 1971²²: „Credem, de aceea, că o formulare mai precisă a principiului rolului activ trebuie să cuprindă scopul pentru care organelor judiciare li se impune inițiativa în intervenție, rațiune pentru care trebuie să se treacă peste inactivitatea sau activitatea insuficientă sau de rea credință a părților, anume lămurirea completă, prin probe, a faptelor cauzei și aplicarea întocmai a legii penale”. Propuneam atunci o reformulare a art. 4 C.pr.p. în sensul „organele de ur-

²² *Dreptul procesual penal român*, Partea generală, vol. I, Iași, 1971, p. 100; Vezi și „Principiile fundamentale ale procesului penal român și perfecționarea reglementării lor”, în *Analele științifice ale Universității „Al. I. Cuza” Iași, științe juridice*, 1984, p. 25-26.

mărire penală și instanțele de judecată sunt obligate să aibă rol activ în vederea soluționării legale și temeinice a cauzei penale²³. O formulare asemănătoare a fost adoptată și de alți specialiști în dreptul procesual penal²⁴. Prin rolul lor activ judecătorii trebuie să intervină în condițiile în care părțile nu acționează, pentru cunoașterea completă și exactă a faptelor și împrejurărilor cauzei, pentru aplicarea corectă a legii penale și civile la faptele reținute, pentru individualizarea justă a sancțiunilor penale.

Numeroase prevederi ale Codului de procedură penală din 1968 sunt de natură a confirma punctul de vedere exprimat anterior, în sensul că rolul activ se referă la fondul cauzei și nu la desfășurarea sa, care este supusă principiului oficialității.

1) Astfel, în art. 202 C.pr.p., cu titulatura marginală de „rolul activ al organului de urmărire penală”, se prevede că acesta este obligat „să strângă probele necesare pentru aflarea adevărului și pentru lămurirea cauzei sub toate aspectele, în vederea *justei soluționări a acesteia*. Organul de urmărire adună probele atât în favoarea, cât și în defavoarea învinutului sau inculpatului. Îndatoririle prevăzute se îndeplinesc chiar dacă învinutul sau inculpatul recunoaște fapta”. În viziunea legiuitorului, acceptată și de doctrină și de practica judiciară, cerința principală în exercitarea rolului activ al organelor judiciare este aflarea adevărului cu privire la faptele și împrejurările cauzei și la persoana făptuitorului.

În art. 287 alin. 1 C.pr.p. se reiterează dispoziția din art. 202, de data aceasta pentru instanța de judecată care „își exercită atribuțiile în mod activ în vederea *aflării adevărului și a realizării rolului educativ al judecății*”. Cerința aflării adevărului se regăsește și în art. 316, cu titulatura „rolul procurorului” în care se prevede: „În desfășurarea cercetării judecătorești și a dezbaterilor, procurorul exercită rolul său activ în vederea *aflării adevărului și a respectării dispozițiilor legale*”. Potrivit art. 222 C.pr.p. „în tot cursul judecății instanța se poate desesiza și restitui dosarul procurorului, când din administrarea probelor sau din dezbateri rezultă că urmărirea penală nu este completă și că în fața instanței nu s-ar putea face completarea acesteia decât cu mare întârziere”, iar în art. 344 C.pr.p. se prevede că în cursul deliberării, dacă trebuie lămurită o anumită împrejurare, instanța reia cercetarea judecătorească prin repunerea cauzei pe rol. În fine, instanța de apel este obligată ca, în afară de temeiurile invocate și cererile formulate de apelant, să examineze cauza sub toate aspectele de fapt și de drept (art. 371 alin. 2 C.pr.p.).

Pornind de la aceste dispoziții legale, în literatura de specialitate s-a exprimat un punct de vedere unanim potrivit căruia una din principalele cerințe ale rolului activ este *aflarea adevărului*, prin dispunerea, din oficiu, a administrării probelor necesare pentru lămurirea tuturor faptelor și împrejurărilor cauzei penale²⁵. De altfel, în lucrările de

²³ Vezi și *Drept procesual penal*, Partea generală, Ed. Cugetarea, Iași, 1996, p. 72.

²⁴ Vezi Gheorghiu Mateuț, *Procedură penală*, Partea generală, vol. 1, Ed. Fundația „Chemarea”, Iași, 1993, p. 40.

²⁵ Vezi N. Volonciu, *Tratat...*, vol. 1, Ed. Paideia, 1994, p. 99; Ion Neagu, *Drept procesual penal*, Partea generală, vol. 1, București, 1992, p. 58; Gr. Theodoru, *Drept procesual penal*, Partea generală, Ed. Cugetarea, 1996, p. 73; Gh. Mateuț, *op.cit.*, p. 40.

specialitate cu privire la Codul de procedură penală anterior, rolul activ al organelor judiciare era tratat nu în legătură cu principiul oficialității, ci ca un mijloc necesar pentru realizarea principiului aflării adevărului²⁶. De asemenea, în cele mai multe cazuri în care s-a pronunțat cu privire la lipsa de rol activ al instanțelor de judecată, jurisprudența a avut în vedere neîndeplinirea obligației de a administra toate probele necesare pentru aflarea adevărului²⁷. Într-o cunoscută decizie de îndrumare a plenului fostului Tribunal Suprem se dau instanțelor judecătorești următoarele îndrumări cu privire la rolul activ în aflarea adevărului: „În tot cursul procesului, când instanța constată necesitatea administrării unor probe noi, este obligată ca din oficiu să ia măsurile necesare în acest sens, chiar dacă partea interesată nu o cere. În cazul în care instanța are îndoieli cu privire la starea psihică a inculpatului, trebuie să dispună întotdeauna efectuarea unei expertize medico-legale... În vederea stabilirii adevărului, se va urmări să fie administrate, la cererea celor interesați sau *din oficiu*, toate probele necesare în cauză, chiar dacă inculpatul recunoaște fapta și declară că renunță la administrarea probelor”²⁸.

Curtea Constituțională, prin decizia nr. 143/1996, citată anterior, se referă la aceeași cerință a rolului activ al judecătorului: „Este greu de înțeles cum ar putea organele judiciare penale să asigure *aflarea adevărului* asistând pasiv și indiferent la activitatea probatorie desfășurată în fața lor...”.

Cerința rolului activ al instanței de judecată de a lămuri cauza, prin probe, sub toate aspectele, nu se rezumă la administrarea din oficiu a probelor necesare, ci se îmbină și cu alegerea celei mai potrivite căi de acțiune. Astfel, potrivit art. 333 C.pr.p. „în tot cursul judecării instanța se poate desesiza și restitui dosarul procurorului, când din administrarea probelor sau din dezbateri rezultă că urmărirea penală nu este completă și că în fața instanței nu s-ar putea face completarea acesteia decât cu mare întârziere”. Instanța poate dispune restituirea cauzei la procuror la cererea acestuia sau a părților, dar o poate face și din oficiu, în virtutea rolului său activ, indicând faptele și împrejurările ce urmează a fi constatate și prin ce anume mijloace de probă. Se pot sublinia și prevederile art. 380 și 385¹⁶ C.pr.p. potrivit cărora și instanțele de apel și de recurs pot restitui dosarul procurorului pentru completarea urmăririi penale, în sensul administrării probelor necesare pentru lămurirea cauzei sub toate aspectele. În fine, instanța de judecată are obligația de a atrage contribuția părților la cunoașterea completă și exactă a faptelor, prin explicațiile pe care este dator să le dea acestora și invitarea la propunerea de probe în dovedirea împrejurărilor pe care le invocă în apărare. Astfel, potrivit art. 320 și 322 C.pr.p., președintele instanței întreabă pe procuror și părți dacă au de propus administrarea de probe noi și lămurește, în special pe inculpat, că are dreptul de a pune întrebări coinalpaților, celorlalte părți, martorilor, experților și a da orice explicații pe care le socotește necesare în apărarea sa.

²⁶ Vezi S. Kahane, *Dreptul procesual penal*, Ed. didact. și pedagog., București, 1963, p. 40-41; Gr. Theodoru, *Drept procesual penal*, Partea generală, Iași, 1959, p. 117.

²⁷ Vezi G. Antoniu, N. Volonciu, sub red., *Practica judiciară penală*, vol. IV, Procedură penală, Ed. Academiei, 1993, p. 24-27.

²⁸ Decizia de îndrumare nr. 19/1966, C.D., 1966, p. 69.

2) Pe lângă cerința aflării adevărului asupra faptelor și împrejurărilor cauzei, precum și asupra persoanei inculpatului, rolul activ al instanței de judecată se manifestă și în legătură cu justa soluționarea a chestiunilor de drept care se ridică în fiecare cauză penală, fie că se referă la legea de procedură penală, fie la legea penală și cea civilă ce trebuie aplicată.

În ce privește legea de procedură penală, instanța de judecată acționează din oficiu – deci nu numai la cerere – prin punerea în discuția procurorului și a părților a excepțiilor de necompetență (art. 39 alin. 3), a nulităților absolute și, atunci când se impune, și a nulităților relative (art. 197 alin. 3 și 4 teza ultimă C.pr.p.), a cererilor și excepțiilor juridice de care depinde justa soluționare a cauzei (art. 302 C.pr.p.).

În legătură cu tragerea la răspundere penală a inculpatului pentru întreaga sa activitate infracțională, prima instanță de judecată se manifestă activ atunci când, din proprie inițiativă, extinde acțiunea penală și pentru alte acte materiale aparținând infracțiunii pe care o judecă și, în cazul în care procurorul nu participă la judecată, extinde procesul penal și pentru alte fapte penale săvârșite de inculpat în legătură cu infracțiunea pentru care a fost sesizată (art. 335-336 C.pr.p.).

Un rol activ în aplicarea corectă a legii penale îl manifestă și instanța de apel și de recurs. Astfel, potrivit art. 371 C.pr.p. care reglementează efectul devolutiv al apelului, instanța de apel este obligată ca, în afară de temeiurile invocate și cererile formulate de apelant, să examineze cauza sub toate aspectele de fapt și de drept; de asemenea, ca urmare a efectului extensiv, instanța de apel examinează cauza prin extindere și cu privire la părțile care nu au declarat apel sau la care acesta nu se referă, putând hotări și în privința lor, fără să poată crea acestor părți o situație mai grea (art. 373 C.pr.p.).

În ce privește judecata în recurs, pe lângă efectul extensiv aplicabil și în recurs, prin care se extind din oficiu verificările instanței de recurs, ca la judecata în apel, rolul activ se manifestă și prin posibilitatea invocării din oficiu a unora din cazurile de casare prevăzute în art. 385³ C.pr.p.; astfel, în temeiul legii, instanța de recurs are obligația de a lua în considerare întotdeauna din oficiu anumite cazuri de casare, iar altele numai atunci când au influențat asupra hotărârii în defavoarea inculpatului. Cazurile de casare care sunt luate în considerare din oficiu se referă la încălcări ale legii de procedură penală dar și la încălcări ale legii materiale penale și civile. Așadar, instanța de recurs are rol activ în aplicarea corectă a dispozițiilor procedurale și în soluționarea cauzei potrivit legii materiale, prin examinarea din oficiu a hotărârii sub toate aspectele nerespectării legii, dacă lipsește inițiativa recurentului, ceea ce înseamnă rol activ nu numai în aflarea adevărului, ci și în aplicarea corectă a legii penale și a celei civile.

În concluzie, dispozițiile Codului de procedură penală indicate confirmă punctul nostru de vedere, potrivit căruia rolul activ al organelor de urmărire penală și al instanțelor de judecată se referă la modul cum este soluționat fondul cauzei, contribuie substanțial la aflarea adevărului și la aplicarea corectă a legii materiale, la realizarea scopului procesului penal. Ca urmare, credem necesară revizuirea actualei definiții a rolului activ al organelor judiciare în sensul pe care l-am susținut încă din anul 1971:

„organele de urmărire penală și instanțele de judecată sunt obligate să aibă rol activ în vederea soluționării legale și temeinice a cauzei penale”.

3) În literatura de specialitate se consideră că rolul activ al organelor judiciare are un „oarecare coeficient de relativitate”²⁹, în sensul că anumite acte procesuale de natură personală nu pot fi îndeplinite de organele judiciare prin exercitarea rolului lor activ. Un anumit caracter de relativitate îl au toate principiile fundamentale ale procesului penal, mai ales atunci când un principiu se află în contradicție cu cerințele exprese ale altui principiu. Astfel, legalitatea poate fi limitată în cazul judecării în căile de atac de regula „non reformatio in pejus” sau de devoluția numai în latura penală sau numai în latura civilă; aflarea adevărului poate fi limitată de respectarea legii în administrarea probelor, de prezumția de nevinovăție; oficialitatea se aplică în măsura în care legea nu dispune altfel etc. Se poate afirma, fără a folosi expresia „coeficient de relativitate”, că rolul activ are limite impuse de dispozițiile legale de procedură, de principiul contradictorialității și al dreptului la apărare, de drepturile procesuale cu caracter personal, de restricțiile referitoare la inițiativa de acțiune a organelor judiciare.

Organele judiciare nu pot apela la rolul lor activ nesocotind dispozițiile imperative ale legii de procedură penală. Astfel, nu se poate concepe o inițiativă a organelor de urmărire penală de a simplifica procedura de urmărire penală și de sesizare a instanței prin omisiunea actelor procesuale imperative – punerea în mișcare a acțiunii penale, prezentarea materialului de urmărire penală, emiterea rechizitoriului în condițiile prevăzute de lege, sub pretextul existenței probelor de vinovăție; instanța de judecată, invocând rolul activ, nu poate justifica trecerea peste unele reguli de bază ale judecării, ca limitele sesizării, publicitatea, oralitatea, contradictorialitatea și nemijlocirea; nu se poate argumenta exercitarea rolului activ prin nesocotirea de către instanța de apel și de recurs a condițiilor de exercitare și a efectelor căilor de atac exercitate. Așadar, rolul activ trebuie să se înscrie în procedura legală de urmărire și de judecată.

În ce privește respectarea principiilor de judecată ale contradictorialității și dreptului la apărare, instanța de judecată este obligată, atunci când are o inițiativă proprie în invocarea unor incidente, excepții, administrarea de probe, schimbări privind încadrarea juridică, să le pună, mai întâi, în discuția procurorului și a părților, după care să le rezolve; nerespectarea unei asemenea obligații poate determina anularea actelor efectuate în acest mod, dacă s-a produs o vătămare ce nu poate fi înlăturată altfel. Ca urmare, potrivit art. 301 C.pr.p., instanța este obligată să pună în discuție excepțiile ridicate din oficiu și să se pronunțe asupra lor prin încheiere motivată; dacă în cursul deliberării instanța găsește că o anumită împrejurare trebuie lămurită, repune cauza pe rol și o pune în discuția procurorului și a părților (art. 344 C.pr.p.); când instanța de recurs ia în considerare motive de casare din oficiu, este obligată să le pună în discuția părților (art. 385^o alin. ultim C.pr.p.). În mod justificat s-a considerat că rolul activ al instanței de judecată completează contradictorialitatea și egalitatea de arme, echilibrând

²⁹ Vezi V. Dongoroz și alții, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român*, op. cit., 1975, p. 140; N. Volonciu, op. cit., p. 99; Ion Neagu, *Tratat de procedură penală*, Ed. Pro, 1997, p. 46.

disputa când una din părți sau chiar toate părțile nu contribuie suficient la rezolvarea corectă a cauzei penale sau, cum spune Jean Pradel³⁰, trebuie ca în arena judiciară toate părțile să aibă posibilitatea de a-și face auzit punctul lor de vedere, numai după care instanța poate proceda la rezolvarea inițiativei sale.

Atunci când legea prevede drepturi personale pentru părțile din proces, autoritatea judiciară nu se poate substitui acestora în exercitarea lor. Astfel, dacă vreuna din părți nu vrea să declare apel sau recurs, nu se poate trece peste voința sa. Pentru unele din drepturile personale, însă, în vederea ocrotirii lor, rolul activ acționează: astfel, dacă persoana vătămată este lipsită de capacitate de exercițiu, sau are această capacitate restrânsă, instanța de judecată este obligată să se pronunțe asupra reparării pagubelor suferite, chiar dacă persoana vătămată nu s-a constituit parte civilă (art. 17, 348 C.pr. p); dacă o parte nu a declarat apel sau recurs, instanța de control poate trece peste neexercitarea acestui drept personal, prin extinderea apelului sau recursului declarat de o parte cu interese comune și asupra situației procesuale a acesteia, fără însă a i se agrava situația (art. 373, 385³¹ C.pr.p.).

În fine, atunci când legea instituie o restricție în activitatea organelor judiciare, acestea nu-și pot exercita rolul activ prin depășirea acestor restricții. Sub Codul anterior, procurorul și instanța de judecată puteau trece peste voința părții vătămate care și-a retras plângerea prealabilă ori s-a împăcat cu inculpatul, și continuau procesul pentru a da o soluție corespunzătoare legii și adevărului, actualmente această depășire a restricției nu mai este în vigoare și retragerea plângerii prealabile și împăcarea atrag încetarea procesului penal. La judecata în recurs instanța nu mai poate depăși restricția prevăzută de lege, fiind inadmisibilă luarea în considerare din oficiu a unui motiv de recurs pe care legea l-a exclus dintre motivele cu acest caracter.

În concluzie, rolul activ al organelor judiciare, în special al instanței de judecată, benefic pentru soluționarea legală și temeinică a cauzelor penale, prezintă și limite care împiedică orice abuz care ar putea direcționa soluționarea cauzei în sensul învinuirii sau apărării, cu nerespectarea cadrului procedural prevăzut de lege. Fără a fi obstructionat de inițiativa și activitatea părților, rolul activ trebuie să se încadreze în procedura legală, singura care garantează un proces echitabil și cu posibilitatea unei soluții legale și temeinice.

LE RÔLE ACTIF DES AUTORITÉS DE JUSTICE, PRINCIPE FONDAMENTAL DU PROCÈS PÉNAL ROUMAIN

— Résumé —

Prévu par l'actuel Code de procédure pénale roumain, le rôle actif des autorités de justice est soumis, maintenant, à quelques critiques en ce qui concerne sa compatibilité avec la nouvelle Constitution de Roumanie, adoptée en 1991. L'auteur combat ces

³⁰ Vezi nota nr. 8.

critiques, en démontrant le caractère démocratique du rôle actif des juges, et présente la justification des exigences de ce principe. L'auteur n'est pas d'accord avec la définition du rôle actif prévue par le Code de procédure pénale (art. 4), qui fait un rapprochement du rôle actif au principe du déroulement du procès pénal par office, en soutenant que le rôle actif se rapporte au fond de la cause pénale, à la solution de la cause en conformité à la loi et la vérité. On fait l'analyse des exigences du rôle actif et on détermine les limites dans lesquelles les autorités de justice peuvent actionner conformément à ce principe de procédure pénale.

INTERVENȚIA PĂRȚII VĂTĂMATE ÎN CURSUL PUNERII ÎN EXECUTARE ȘI A EXECUTĂRII HOTĂRĂRII PENALE DEFINITIVE

DE

TUDOREL TOADER

1. Intervenția părții vătămate în cursul punerii în executare a hotărârii penale definitive

Soluționarea acțiunii penale prin condamnarea inculpatului nu are drept consecință imediată și stingerea procesului penal. Procesul penal intră în cea de a treia și ultima fază, constând în punerea în executare a hotărârilor de condamnare. Prin excepție în cauzele în care hotărârea de condamnare s-a pronunțat pentru săvârșirea vreuncea dintre infracțiunile prevăzute în art. 279 alin. 2 lit. a C.p.p., punerea în executare a hotărârii penale definitive presupune declanșarea celei de a doua faze a procesului penal. În aceste cauze, structura atipică a procesului penal se explică prin lipsa fazei de urmărire penală.

Pentru ambele categorii de infracțiuni, punerea în executare a hotărârii judecătorești este consecința exercitării acțiunii penale prin care inculpatul a fost tras la răspundere penală.

Faza procesual penală constând în punerea în executare a hotărârilor judecătorești, începe din momentul în care hotărârea penală a rămas definitivă și sfârșește în momentul în care instanța de executare a transmis-o organelor competente care urmează să o aducă în fapt la îndeplinire¹.

De pe poziția ei specifică partea vătămată participă și la această fază a procesului contribuind la realizarea scopului legii penale.

2. Competența punerii în executare

Hotărârea instanței penale, rămasă definitivă la prima instanță de judecată, la instanța de apel sau la instanța de recurs, se pune în executare de către prima instanță de

¹ Gh. Ighan, *Persoana vătămată în procesul penal*, Editura Științifică, București, 1961, p. 218.

judecată. Hotărârile pronunțate în primă instanță de către Curtea Supremă de Justiție se pun în executare, după caz, de Tribunalul municipiului București sau de tribunalul militar teritorial cu sediul în București.

În acest scop, instanța de executare delegă pe unul din judecătorii săi, pentru efectuarea punerii în executare (art. 419 alin. 1 C.pr.p.). Sub supravegherea reprezentantului parchetului, judecătorul delegat îndeplinește toate actele necesare în așa fel încât condamnatul să suporte consecințele răspunderii penale, în timp ce acesta poate să ceară amânarea executării pedepsei (art. 453 C.pr.p.) ori să formuleze contestație la executare (art. 461 C.pr.p.).

Desfășurarea acestei activități este guvernată de principiul oficialității, intrând în atribuțiile de serviciu ale organului judiciar. Ca o garanție a respectării întocmai a formelor și condițiilor de punere în executare a pedepselor, în art. 266 din Codul penal, legiuitorul a incriminat fapta de supunere a unei persoane la executarea unei pedepse ori măsuri de siguranță în alt mod decât cel prevăzut prin dispozițiile legale.

În această fază a procesului penal, partea vătămată așteaptă punerea în executare a hotărârii definitive de condamnare.

Dacă însă a obținut dreptul la restituirea cheltuielilor judiciare, partea vătămată poate interveni pentru executarea lor conform art. 446 C.pr.p. raportat la art. 193 alin. 1 C.pr.p.

Partea vătămată nu are nici un instrument procesual prin care să acționeze pentru punerea în executare a dispozițiilor penale definitive din hotărârile judecătorești. Din acest punct de vedere se poate afirma că partea vătămată participă, de regulă, la primele două faze ale procesului penal, în timp ce în cazul infracțiunilor prevăzute în art. 279 alin. 2 lit. a C.pr.p., participă numai în faza de judecată.

3. Intervenția părții vătămate în cursul executării hotărârii penale definitive

Executarea propriu-zisă a pedepsei are loc după definitivarea procesului penal, făcând obiectul dreptului execuțional penal. În acest sens, în literatura de specialitate se arată că, odată cu punerea în executare a hotărârii de condamnare, procesul penal ia sfârșit, iar în vederea realizării raportului juridic penal stabilit prin hotărâre apar, în continuare, raporturi juridice de drept execuțional penal². În cadrul raportului procesual de executare, acțiunea de executare (*actio executoria*) se substituie acțiunii penale³.

Distincția dintre punerea în executare a hotărârilor penale, ca fază a procesului pe-

² C. Bulai, *Manual de drept penal*, Partea generală, Editura All, București, 1997, p. 65; în același sens, N. Volonciu, *Tratat de procedură penală*, partea specială, vol. II, Editura Paideia, 1993, p. 376; I. Oancea, *Drept penal*, Partea generală, Editura didactică și pedagogică, București, 1971, p. 44; I. Oancea, *Drept execuțional penal*, Editura All, București, 1996, p. 29-30; P. Zidaru, *Drept execuțional penal*, Edit. Press Mihaela, București, 1997, p. 24.

³ V. Dongoroz ș.a., *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român*, Partea specială, vol. II, București, Editura Academiei, 1976, p. 298.

nal, și executarea sancțiunilor penale rezultă și din sistematizarea titlului III din partea specială a Codului de procedură penală. În timp ce capitolul II (art. 420-446) reglementează punerea în executare a hotărârilor, capitolul al III-lea (art. 447-459) consacră diferitele proceduri judiciare privind executarea acestora.

În materia executării sancțiunilor de drept penal, dispozițiile Codului de procedură penală se completează cu cele ale Legii nr. 23/1969, privind executarea pedepselor.

Oficialitatea este principiul care guvernează executarea propriu-zisă a sancțiunilor penale.

Deoarece s-a intrat în procesul de executare propriu-zisă a pedepsei, ar rezulta că partea vătămată și-a consumat deja toate mijloacele juridice de intervenție pentru modificarea pedepsei.

Cu toate acestea, atât în faza punerii în executare, cât și în timpul executării pedepselor, partea vătămată poate să inițieze și să participe la procedurile prin care se aduc *schimbări sau modificări în executarea hotărârilor penale definitive*.

3.1. Suspendarea punerii în executare sau a executării hotărârilor definitive

Activitatea procesual penală desfășurată de către partea vătămată, chiar și după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare sau după începerea executării acesteia, poate să conducă la suspendarea punerii în executare sau a executării, în următoarele situații:

a) – Admiterea, în principiu a contestației în anulare

Contestația în anulare, cale de atac extraordinară, a fost consacrată în Codul de procedură penală prin legea nr. 45/1993 și este reglementată prin prev. art. 386-392 C.pr.p.

Potrivit art. 387 alin. 1 C.pr.p., contestația în anulare poate fi făcută de oricare dintre părți. Partea vătămată poate face contestație în anulare, pentru situațiile prevăzute în art. 386 lit. a-c C.pr.p., în termen de 30 de zile de la data pronunțării hotărârii a cărei anulare se cere.

Pentru cazurile prevăzute în art. 386 lit. a-c C.pr.p., procedura de judecată a contestației în anulare are două etape: admiterea în principiu și judecata propriu-zisă.

Odată cu admiterea în principiu, după ce au fost luate și concluziile procurorului, instanța sesizată poate suspenda executarea hotărârii a cărei anulare se cere, până la soluționarea contestației în anulare (art. 390 C.pr.p.).

b) – Efectuarea, de către procuror, a cercetărilor în cadrul procedurii de revizuire

Calea extraordinară de atac a revizuirii este reglementată de art. 393-408 C.pr.p.

În limitele calității sale procesurale, partea vătămată poate cere revizuirea unei hotărâri penale definitive (art. 396 alin. 1 lit. a C.pr.p.). Cererea de revizuire formulată de către partea vătămată este în defavoarea condamnatului, a celui achitat sau a celui față de care s-a încetat procesul penal, și se poate face în termen de un an, termen care curge din momente diferite, după distincțiile arătate în art. 398 alin. 2 C.pr.p.

Competența efectuării cercetărilor revine procurorului de la parchetul de pe lângă

instanța care a judecat cauza în prima instanță. Procesul se reia din faza de urmărire penală. Dacă este necesar, procurorul cere dosarul cauzei (art. 399 alin. 3 C.pr.p.), ascultă partea vătămată, pentru a face completări sau precizări în legătură cu cererea formulată (art. 399 alin. 1 și art. 397 alin. 3 C.pr.p.) și dispune prin ordonanță efectuarea de cercetări pentru a verifica temeinicia cererii de revizuire (art. 399 alin. 2 C.pr.p.).

Cererea de revizuire introdusă de către partea vătămată nu are efect suspensiv.

Cu toate acestea, în tot timpul efectuării actelor de cercetare, procurorul ierarhic superior poate dispune suspendarea executării hotărârii, în limitele cererii de revizuire (art. 400 C.pr.p.).

c) – Admiterea în principiu a cererii de revizuire și rejudecarea cauzei

După efectuarea cercetărilor, procurorul înaintează întregul material împreună cu concluziile sale instanței competente (art. 399 alin. 6 C.pr.p.). Președintele instanței fixează termenul de judecată pentru examinarea cererii de revizuire, în vederea admiterii în principiu, dispunând citarea părților. La termenul de judecată stabilit, instanța examinează cererea de revizuire, luând concluziile procurorului și ale părților, verifică probele pe care se întemeiază cererea și, dacă este cazul, administrează probe noi.

În funcție de convingerea pe care și-o formează, instanța poate să dispună, prin încheiere, admiterea în principiu a cererii de revizuire, sau, prin sentință, respingerea acesteia.

În momentul admiterii în principiu a cererii de revizuire, instanța poate să mențină suspendarea executării hotărârii, luată de procurorul ierarhic superior în condițiile art. 400 C.pr.p., sau, dacă o asemenea măsură nu a fost luată, poate dispune motivat în acest sens.

Rejudecarea cauzei se desfășoară potrivit dispozițiilor art. 345-353 C.pr.p., care se aplică în mod corespunzător.

În cererea sa de revizuire, partea vătămată poate obține și restituirea cheltuielilor judiciare.

d) – Promovarea recursului în anulare și soluționare acestuia

Procurorul general de la parchetul de pe lângă Curtea Supremă de justiție este titularul recursului în anulare, putând acționa, în acest sens, din oficiu sau la cererea expresă a ministrului justiției.

Procurorul general se autoseseizează, prin corpul de procurori inspectori sau în urma memoriilor formulate de către părți. Recursul în anulare poate fi declarat împotriva hotărârilor definitive de condamnare, achitare și încetare a procesului penal.

Potrivit art. 400 C.pr.p. procurorul general poate dispune suspendarea executării hotărârii, dispozițiile de suspendare urmând să fie aduse la îndeplinire de către instanța de executare.

În literatura de specialitate această soluție este criticată și considerată ca neconstituțională. Se argumentează că, fiind vorba de o hotărâre judecătorească, suspendarea executării acesteia trebuie să fie acordată numai de către o instanță judecătorească mai mare sau cel puțin egală în grad cu instanța care a pronunțat hotărârea judecătorească.

iar nu de către un alt organ, fie el chiar și procurorul general. Prin această măsură se încalcă principiul separației puterilor în stat. Aceasta deoarece Ministerul Public face parte din autoritatea judecătorească, potrivit Constituției, dar nu este un organ jurisdicțional care să poată suspenda executarea unei hotărâri definitive, acest drept revenind numai instanțelor de judecată.

Critica formulată s-a dovedit a fi întemeiată. În acest sens, Curtea Constituțională a statuat că nici Ministerul Public și nici procurorul general al Parchetului de pe lângă Curtea Supremă de Justiție nu pot suspenda executarea hotărârii definitive, pentru că prin această măsură se încalcă principiul separației puterilor în stat.

După sesizare, Curtea Supremă de Justiție poate dispune suspendarea executării hotărârii atacate sau să revină asupra suspendării acordate.

3.2. *Amânarea punerii în executare a hotărârii prin contestația la executare*

Contestația la executare este un mijloc de rezolvare a incidentelor ce se pot ivi⁴, și nu reprezintă o cale extraordinară de atac.

În Codurile anterioare nu exista o reglementare distinctă a contestației la executare. În Codul de procedură penală de la 1936 contestația la executare era consacrată în art. 515-518, între căile extraordinare de atac în cartea IV, titlul III, în loc de cartea V – executarea hotărârilor. Aceasta constituie, totodată, și un mijloc procedural de soluționare jurisdicțională a incidentelor ivite cu ocazia executării hotărârii⁵.

Ulterior, prin Decretul nr. 213/1960, s-a dat o reglementare distinctă contestației în contra executării față de contestația în anulare. Actualul Cod de procedură penală reglementează contestația la executare prin prev. art. 461-464.

Contestația se referă la executarea hotărârii și nu la conținutul acesteia. Contestația la executare nu trebuie transformată într-un mijloc de împiedicare a punerii în executare a hotărârilor penale definitive. Pentru a preîntâmpina acest aspect, legiuitorul a prevăzut în mod expres și limitativ cazurile în care poate fi introdusă contestația la executare (art. 461 alin. 1 C.pr.p.). Orice contestație la executare făcută, în afara cazurilor prevăzute expres de lege, urmează să fie respinsă ca inadmisibilă⁶.

Partea vătămată poate formula contestație la punerea în executare a cheltuielilor judiciare la care a fost obligată potrivit art. 193 C.pr.p. În acest sens, instanța noastră supremă a statuat că obligarea părții vătămate intimată la plata cheltuielilor judiciare în recursul inculpatului condamnat de prima instanță la o pedeapsă a cărei executare a fost suspendată în recurs nu are temei legal⁷.

⁴ D. V. Mihăescu, V. Rămureanu, *Căile extraordinare de atac în procesul penal*, Editura Științifică, București, 1970, p. 24-31.

⁵ V. Dongoroz, Gh. Dărăngă și a., *Noul cod de procedură penală și codul de procedură penală anterior prezentare comparativă*, Editura Politică, București, 1969, p. 379.

⁶ T.j. Hunedoara, d.p. nr. 253/1986, în R.R.D., nr. 11/1984, p. 72.

⁷ C.S.J., s.p., d.nr. 1111/1991, în *Probleme de drept din deciziile Curții Supreme de Justiție (1990-1992)*, Editura Orizonturi, București, 1993, p. 450-451.

Partea vătămată poate introduce contestație la executare atunci când se pune în executare o hotărâre care îi prejudiciază interesele legitime. De exemplu, partea vătămată poate introduce contestație la executarea hotărârii date în lipsa acesteia și fără îndeplinirea obligațiilor prevăzute de art. 363 alin. 3 C.pr.p., pentru a putea folosi calea legală de atac a acesteia. În art. 363 alin. 3 C.pr.p. se prevede că pentru părțile care au lipsit atât la dezbateri, cât și la pronunțare, termenul de apel curge de la comunicarea copiei de pe dispozitiv.

Contestația la executare se soluționează în ședință potrivit regulilor stabilite pentru judecarea cauzelor în primă instanță publică după citarea părților interesate și cu participarea procurorului.

În ședința de judecată, instanța ascultă mai întâi concluziile procurorului apoi părțile interesate.

Contestația la executare este admisă sau respinsă printr-o sentință, dar: până la soluționare, are ca efect imediat amânarea punerii în executare a hotărârii.

La infracțiunea de adulter (art. 304 C.p.), potrivit alin. 3, după rămânerea definitivă a hotărârii, soțul nevinovat poate cere oricând încetarea executării pedepsei. Ne luarea în considerare a voinței părții vătămate și neacordarea consecințelor juridice prevăzute de legea penală constituie un motiv de contestație la executare.

3.3. Inițierea și participarea părții vătămate la procedura de revocare a suspendării executării pedepsei

În cadrul procesului de individualizare judiciară a pedepsei, instanța de judecată poate să dispună suspendarea condiționată a executării pedepsei dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute în art. 81 C.p. Potrivit alin. 4 din același articol, modificat prin Legea nr. 140/1996, în cazul condamnării pentru o infracțiune prin care s-a produs o pagubă, instanța poate dispune suspendarea condiționată a executării pedepsei numai dacă până la pronunțarea hotărârii paguba a fost integral reparată sau plata despăgubirii a fost garantată de o societate de asigurare.

Când sunt îndeplinite condițiile prevăzute în art. 86¹ C.p., instanța de judecată poate să dispună suspendarea executării pedepsei sub supraveghere.

Dacă în termenul de încercare, condamnatul își îndeplinește obligațiile civile stabilite prin hotărâre, nu săvârșește o nouă infracțiune și nici nu se descoperă săvârșirea altei infracțiuni, pedeapsa se consideră ca fiind executată, iar condamnatul este reabilitat de drept.

În termenul de încercare, partea vătămată poate să desfășoare anumite activități judiciare de natură să atragă revocarea suspendării condiționate a executării pedepsei sau a suspendării executării pedepsei sub supraveghere.

Astfel, partea vătămată, constituită și parte civilă, acționând în baza acestei din urmă calități, poate sesiza instanța de judecată în legătură cu neîndeplinirea obligațiilor civile. Potrivit art. 81 alin. 4 C.p. suspendarea condiționată a executării pedepsei putea fi aplicată numai dacă erau în prealabil îndeplinite obligațiile civile. Prin decizia nr. 463/1997 Curtea Constituțională a statuat că această îngrădire a posibilităților de apli-

care a suspendării condiționate este neconstituțională, creează un regim de discriminare între cetățeni și vine în contradicție cu prev. art. 4 alin. 2 și ale art. 16 din Constituție.

Potrivit art. 447 alin. 2 C.pr.p., dacă până la expirarea termenului de încercare nu au fost respectate obligațiile civile prevăzute în art. 84 și 86⁴ alin. 1 din Codul penal, partea interesată sau procurorul sesizează instanța care a pronunțat în primă instanță suspendarea, în vederea revocării suspendării executării pedepsei.

Instanța de judecată poate să fie sesizată numai de către procuror sau de partea interesată, iar competența revine instanței care judecă ori a judecat în primă instanță infracțiunea ce ar putea atrage revocarea suspendării.

3.4. *Încetarea executării pedepsei*

În legislația noastră penală și procesual penală, voința părții vătămăte poate avea ca efect încetarea executării pedepsei într-un singur caz și anume când pedeapsa se execută pentru săvârșirea infracțiunii de adulter.

Pentru a proteja familia și interesele acesteia, legiuitorul extinde sfera disponibilității în cazul infracțiunii de adulter. Soțul nevinovat este titularul dreptului de a formula plângerea prealabilă, de a cere și obține încetarea urmăririi penale, a procesului penal sau a executării pedepsei.

Reglementarea își are corespondența în Codurile penale anterioare. Art. 270 alin. 2 din Codul penal de la 1864 prevedea că soțul inocent poate cere și dobândi oricând, în cursul procesului, stingerea acțiunii publice, precum și, după darea sentinței definitive, încetarea pedepsei, dacă va consimți a rămâne în căsătorie. De observat în această cauză specială de nepedepsire sau de încetare a executării, în continuare, a pedepsei era condiționată de consimțământul soțului inocent de a rămâne în căsătorie, condiție care nu se mai regăsește în actuala reglementare.

În Codul penal anterior, art. 445 alin. 4 prevedea că soțul inocent putea cere oricând în cursul procesului stingerea acțiunii penale, precum și, după darea hotărârii definitive, stingerea pedepsei. În mod evident era vorba tot de o încetare a executării pedepsei.

THE INTERVENTION OF THE INJURED DURING THE PUTTING IN EXECUTION AND EXECUTION OF THE PENAL DECISION

– Summary –

The victim, when constituted plaintiff, is exercising the criminal action against the defendant until a final criminal decision is issued in the case. The victim, when participating as plaintiff in the trial, has no procedural instruments concerning the actual execution of a criminal decision.

However, in such a case, the victim-plaintiff can initiate and take part in the procedures changing or modifying the execution of a final decision. The above-mentioned procedures can result in the suspension of the execution or in delaying the execution of the sentence, in revoking the suspension, and – respectively – in ceasing the execution of a criminal sentence.

DESPRE REGULA *NON BIS IDEM* CU REFERIRE LA IDENTITATEA DE PERSOANĂ

DE

MARIA-IOANA MICHINICI

În literatura de specialitate¹ s-a impus opinia potrivit căreia autoritatea lucrului judecat este principalul efect al hotărârii judecătorești penale. Din lucru judecat – hotărâre judecătorească definitivă – reiese excepția lucrului judecat, conform regulii „non bis in idem”. Întrucât problematica pe care o dezvoltă autoritatea lucrului judecat este deosebit de complexă, ne vom mărgini – prin câteva considerații ce vin și conturează punctul nostru de vedere – la un aspect relativ la funcționarea regulii mai sus invocate, cu referire la *identitatea de persoană*.

Identitatea de persoană se referă la aceeași persoană fizică și în aceeași calitate procesuală – de învinuit sau inculpat – față de care nu se poate porni o nouă urmărire penală sau judecată pentru aceeași faptă definitiv judecată: aceasta chiar cu atribuirea unei alte forme de participație.

În materie penală, identitatea de persoană trebuie să existe cu privire la persoana celui tras la răspundere penală, deci numai cu privire la persoana inculpatului. Rezultă că, pentru aceeași faptă, poate fi urmărită o *altă persoană* decât cea față de care s-a pronunțat hotărârea definitivă de condamnare, achitare sau încetare a procesului penal, argumentându-se că „puterea lucrului judecat constituie o cauză legală de stingere a acțiunii penale; or, acțiunea penală fiind personală, se stinge numai cu privire la persoana împotriva căreia a fost exercitată”².

Întrucât condiția identității de persoană se referă la aceeași persoană în calitate de inculpat, înseamnă că, în ipoteza celui judecat definitiv și condamnat ca autor unic, pentru aceeași faptă imputată (caz de eroare judiciară) poate fi urmărită o altă persoană, dovedită a fi adevăratul făptuitor sau în caz de achitare a unei persoane pentru că fapta

¹ Gr. Gr. Theodoru, T. Plăeșu, *Drept procesual penal. Partea specială*, 1987, p. 238; N. Volonciu, *Tratat de procedură penală*, Partea specială, vol. II, Paideia, București, 1996, p. 381; I. Neagu, *Tratat de procedură penală*, Editura Pro, 1997, 184; A. Tulbure, *Drept procesual penal. Partea generală*, Centrul de instruire și consultanță Simbarter, Sibiu, 1997, p. 143.

² Gr. Gr. Theodoru, *Despre puterea lucrului judecat în procesul penal*, în J. N., nr. 2 1963, p. 57.

nu a fost săvârșită de aceasta ori de încetare a procesului penal, intervenind decesul acesteia, nu numai că se poate – dar se și impune! – urmărirea altei persoane dovedită ulterior a fi adevăratul făptuitor. În aceste cazuri, trebuie mai întâi pornit procesul penal împotriva adevăratului autor, urmând a se ajunge la condamnare, după care cele două hotărâri penale neconciliabile vor fi supuse revizuirii potrivit art. 394 alin. 1 lit. e C. pr.p.

Săvârșirea infracțiunii imputate unei persoane ca autor, am văzut că nu împiedică urmărirea și judecarea adevăratului autor. La săvârșirea aceluiași fapt pot însă contribui și alte persoane în calitate de participanți – coautori, complici, instigatori. Dacă, de regulă, judecarea participanților are loc împreună, prin aceeași hotărâre fiind soluționată acțiunea penală în raport de toți, sunt și situații când se judecă separat, și anume când sunt descoperiți ulterior rămânerii definitive a hotărârii penale pronunțate în privința autorului. Or, într-o atare situație, se pune problema efectelor autorității de lucru judecat în privința participanților, cu alte cuvinte dacă este posibilă urmărirea acestora pentru aceeași faptă imputată (și) autorului.

În literatura de specialitate³, cu privire la excepția lucrului judecat față de participanți se face distincția după cum hotărârea penală definitivă pronunțată în privința autorului este de condamnare, achitare sau încetare a procesului penal, distincție ce se adâncește în cazul hotărârilor definitive de achitare/încetare a procesului penal după felul motivării acestora („in rem” sau „in personam”). Într-o atare concepție se susține că:

– Hotărârea definitivă de condamnare a autorului nu are efect sau autoritate de lucru judecat față de ceilalți participanți.

– Hotărârea definitivă de achitare a autorului motivată „in rem”, spre exemplu, pe temeiul că fapta nu există sau nu este prevăzută de legea penală, are autoritate de lucru judecat în privința participanților (nici unul din participanți nu mai poate fi urmărit pentru acel fapt).

– Hotărârea definitivă de achitare motivată „in personam”, spre exemplu, pe motiv că fapta nu a fost săvârșită de inculpat sau este iresponsabil nu are autoritate de lucru judecat față de ceilalți participanți, deci nu s-ar răsfrânge asupra altor persoane care pot fi urmărite ca autori, complici sau instigatori la aceeași faptă.

De asemenea, hotărârea definitivă de încetare a procesului penal motivată „in personam” pronunțată față de un participant, nu are efect și față de ceilalți participanți, întemeiată însă pe o motivare „in rem” are efecte.

Ne menținem rezerve față de o atare concepție⁴, în primul rând venind cu respingerea distincției privind autoritatea de lucru judecat a hotărârii penale definitive funcție

³ N. Voloneu, *op. cit.*, II, p. 384-385. Tr. Pop, *Drept procesual penal*, vol. IV, Cluj, 1947, p. 568-569.

⁴ Această concepție, exprimată și în literatura de specialitate străină, se întemeiază pe reglementările procesual-penale care promovează sistemul limitat al revizuirii numai în favoarea inculpatului; spre exemplu, reglementarea franceză nu admite revizuirea hotărârii de achitare; reglementarea italiană permite numai revizuirea hotărârilor care afirmă greșit vinovăția, v. V. Manzini, *Tratatto di diritto processuale penale*, vol. IV, Ed. Torino, 1968, p. 677.

de modul în care este soluționată acțiunea penală, punct de vedere ce nu are suport legal, legea noastră procesual penală neprevăzând expres nimic în acest sens. Spre deosebire de actuala reglementare a autorității de lucru judecat. Codul de procedură penală anterior dispunea prin art. 5 că „persoana față de care s-a pronunțat o hotărâre definitivă de condamnare, achitare sau încetare a urmăririi penale nu mai poate fi urmărită, pentru același fapt, nici chiar sub o altă calificare diferită...”. În al doilea rând, identitatea de persoană cere, așa cum am arătat, aceeași persoană și în aceeași calitate de inculpat, doar în privința acesteia, prin soluționarea definitivă a cauzei penale, autoritatea de lucru judecat stingând acțiunea penală (implicit, excepția lucrului judecat împiedicând o nouă urmărire și judecată). Or, participantul (indiferent de calitatea sa – coautor, complice, instigator) este o altă persoană care își aduce contribuția proprie descrisă de lege la săvârșirea faptei prevăzute de legea penală. Nu se poate opune excepția lucrului judecat ce operează față de o persoană, unei alte persoane la săvârșirea aceleiași fapte.

La rândul nostru, ne vom opri – printr-o scurtă analiză – asupra hotărârilor penale definitive ce privesc un participant, în speță, autorul.

Hotărârea penală definitivă de condamnare a autorului nu împiedică urmărirea și judecarea altei persoane în calitate de participant la aceeași faptă (infrațiune) ce i se impută autorului. Rezolvarea acțiunii penale în privința participanților poate conduce la oricare dintre soluțiile pe care instanța penală le pronunță conform art. 345, după caz, de condamnare, achitare sau încetare a procesului penal.

Hotărârea definitivă de achitare ne impune o tratare nuanțată. Astfel, pronunțată în temeiul art. 10 C.pr.p. (cu excepția cazurilor de la lit. a, b) nu împiedică urmărirea și judecarea altei persoane în calitate de participant la această faptă ce i se impută autorului, atrăgând, după caz, condamnarea, achitarea sau încetarea procesului penal în privința acestuia. Sunt posibile situații variate, spre exemplu: autorul a fost achitat săvârșind din culpă fapta incriminată exclusiv de legea penală cu forma de vinovăție a intenției probată în privința complicei (caz de condamnare a acestuia din urmă); autorul iresponsabil a fost achitat, dovedindu-se în privința „complicei” că, practic, autorul nu s-a folosit⁵ de ajutorul său (caz de achitare); autorul achitat pentru că a săvârșit sub imperiul constrângerii fapta, iar complicele a decedat în cursul judecății (caz de încetare a procesului penal).

Problema hotărârii definitive de achitare a autorului – potrivit art. 10 lit.a C.pr.p. (fapta nu există) – pusă pe plan teoretic în termenii „puterea de lucru judecat a acesteia față de participanți” este discutabilă (în speță ne vom referi la complice). Din punct de vedere al dreptului penal, complicele este persoana care își aduce propria contribuție la ceea ce a săvârșit autorul, deci la o faptă – care există! – fiind prevăzută de legea penală. A considera aprioric persoana ca participant în calitate de complice la o faptă pentru care autorul judecat definitiv a fost achitat pentru că fapta nu există, relevă o contradicție în termeni. Credem că, în acest caz, dacă sunt suficiente probe de vinovăție

⁵ Trebuie să se analizeze dacă ajutorul prestat nu a reprezentat un sprijin moral.

relative la o persoană că a săvârșit o infracțiune, se va începe urmărirea penală putându-se descoperi că, de fapt, persoana a ajutat autorul achitat greșit – fiindcă fapta nu există –, ceea ce ar atrage răsturnarea soluției pentru autor. De asemenea, nimic nu poate împiedica urmărirea și judecarea compicelui când în privința autorului există o hotărâre definitivă de achitare potrivit art. 10, lit. b C.pr.p. – fapta nu este prevăzută de legea penală –, hotărâre la care se poate ajunge și prin fraudă procesuală (mituirea judecătorului).

Hotărârea definitivă de încetare a procesului penal în privința autorului nu împiedică urmărirea și judecarea altui participant, nici atunci când este motivată „in rem”: spre exemplu: aplicându-se un act de amnistie condiționată ce impune lipsa antecedentelor penale, iar conflictele sau instigatorul e recidivist: amnistie incidentă în materia infracțiunilor din culpă care, evident, nu poate profita instigatorului sau compicelui: de asemenea, o amnistie care operează „in personam”, în cazul infracțiunilor săvârșite de minori, dacă autorul este minor, iar complicele sau instigatorul este major.

În concluzie, apreciem că hotărârea penală definitivă de condamnare, achitare sau încetare a procesului penal împiedică o nouă urmărire și judecată numai față de persoana cu privire la care s-a pronunțat. Acest efect nu poate fi extins la nici o altă persoană, cum ar fi adevăratul făptuitor sau participant la fapta imputată persoanei judecate definitiv. Dacă se ajunge la contradictorialitate între hotărârile penale definitive, indiferent de soluția pe care o cuprind, rezolvarea se va obține pe calea revizuirii, hotărârile nelegale și netemeinice urmând a fi desființate și înlocuite cu hotărâri conforme cu legea și adevărul.

LA RÈGLE *NON BIS IN IDEM* EN MATIÈRE PÉNALE

– Résumé –

Dans l'étude sur la règle *non bis in idem* l'auteur examine, spécialement, l'exigence de l'identité des personnes, entre la personne poursuivie à l'égard de laquelle subsiste une décision pénale définitive et la même personne poursuivie pour le même fait. Dans l'opinion de l'auteur, la réglementation présente la particularité que la règle *non bis in idem* s'applique exclusivement à l'égard de la personne condamnée ou acquittée par une décision pénale définitive; par conséquent, même dans le cas où on prononce l'acquittement pour l'inexistence du fait ou pour la raison que le fait n'est pas prévu par la loi pénale, une autre personne peut être poursuivie en qualité de participant au même fait délictueux. S'il résulte une contradiction entre deux décisions pénales définitives en ce qui concerne le même fait à l'égard des personnes différentes, la contradiction peut être écartée par le pourvoi en révision fondé sur le cas de l'existence des décisions définitives inconciliables. Une telle solution devient possible dans la législation roumaine qui permet, à l'encontre des autres législations, le pourvoi en révision contre les décisions d'acquittement.

PROCEDURA SUCCESORALĂ NOTARIALĂ

DE

DUMITRU MACOVEI

1. Considerații generale

În prezent, procedura succesorală notarială este reglementată de Legea nr. 36/1995 a notarilor publici și a activității notariale care înlocuiește vechea reglementare conținută de Decretul nr. 40/1953 privitor la procedura succesorală notarială și Decretul nr. 377/1960 pentru organizarea și funcționarea Notariatului de Stat și alte acte normative abrogate expres prin art. 117 al Legii nr. 36/1995. Legii notarilor publici și a activității notariale se adaugă și Regulamentul de punere în aplicare a acesteia adoptat prin Ordinul nr. 710/C din 5 iulie 1995 al Ministrului Justiției.

Procedura succesorală notarială este un ansamblu de reguli care se aplică de către notarii publici ca urmare a deschiderii succesiunii, în vederea stabilirii drepturilor succesoriale ale moștenitorilor și eliberarea certificatului de moștenitor.

Procedura succesorală notarială este o procedură grațioasă, necontencioasă¹, la care moștenitorii recurg atunci când sunt de acord cu calitatea de succesor pe care o au, cu componența masei succesoriale și cu cota care revine fiecăruia din această masă.

Procedura succesorală notarială nu este obligatorie, astfel că în cazul în care cei chemați să culeagă moșternirea lui „de cujus” nu se înțeleg fie asupra calității pe care o au, fie asupra componenței patrimoniului succesoral ori a cotei cuvenite fiecăruia se vor putea adresa direct instanței de judecată, aceasta fiind chemată să soluționeze neînțelegerile ivite între aceștia (procedură succesorală contencioasă).

De altfel, prin art. 76 alin. 1 al Legii nr. 36/1995, „în cadrul procedurii succesoriale, notarul public stabilește calitatea moștenitorilor și legatarilor, întinderea drepturilor acestora, precum și compunerea masei succesoriale”.

¹ A. Hilsenrad, D. Rizeanu, C. Zirra, *Notariatul de stat*, Ed. Științifică, București, 1964, p. 220; Eugeniu Safta-Romano, *Dreptul de moștenire. Doctrină și jurisprudență*, Ed. Graphix, Iași, 1995, vol. II, pp. 303-304; Dan Chirică, *Drept civil-Succesuni*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 275.

Competența materială a notarului public în materie succesorală constă în capacitatea recunoscută acestuia de către lege, de a stabili, în cadrul unor dezbateri necontencioase, drepturile moștenitorilor legali și testamentari asupra masei succesoriale și de a le elibera actul final, certificatul de moștenitor sau de legatar, după plata taxei de timbru, ori de a constata că, în lipsă de moștenitori, succesiunea este vacantă, eliberând la cererea organului financiar competent certificat în acest sens.

Decurge că obiectivele principale ale activității notarului public în materie succesorală sunt:

- stabilirea numărului moștenitorilor sau (și) al legatarilor;
- stabilirea calității și a drepturilor cuvenite celor chemați să culeagă moștenirea;
- fixarea componenței masei succesoriale;
- împărțirea activului patrimoniului succesoral între cei chemați să culeagă moștenirea;
- trimiterea în posesiune a moștenitorilor nesezinari.

Procedura succesorală în ansamblul ei constituie o activitate complexă, desfășurată nu doar de notarii publici, ci și de către instanțele judecătorești, după anumite reglementări exprese ale legii, astfel că o cauză succesorală nu poate fi privită în bloc pentru a hotărî repartizarea ei globală în competența notarului public sau a instanței judecătorești. Astfel, unele faze ale procedurii succesoriale sunt de competență exclusivă a instanțelor judecătorești, în timp ce altele revin în competență exclusivă a notarului public.

În literatura de specialitate s-a ridicat problema – sub imperiul vechii reglementări, dar care-și menține valabilitatea și în prezent – delimitării competenței materiale a instanțelor judecătorești de cea a notarilor publici, delimitare care pornește, în primul rând, de la luarea în considerare a caracterului contencios sau necontencios al procedurii succesoriale. Pe de altă parte, chiar dacă prin natura ei procedura succesorală este de competență materială a instanțelor judecătorești sau a notarilor publici, totuși, anumite operații sau chestiuni rămân atributul exclusiv al celui alt organ². Astfel, chiar în condițiile în care procedura succesorală este de competență notarului public ca rezultat al acordului unanim al moștenitorilor cu privire la numărul și calitatea lor, la compunerea masei succesoriale și la drepturile ce li se cuvin, vor fi totuși de competență exclusivă a instanțelor judecătorești următoarele cereri:

- cererile de repunere în termenul de opțiune, când cel îndreptățit a pierdut acest termen din motive temeinic justificate, mai presus de voința sa, iar nu din caz de forță majoră;
- cererile pentru anularea acceptării sau renunțării la succesiune, pe motiv de eroare, dol sau violență, invocate de moștenitorul al cărui consimțământ a fost viciat;
- cererile privind contestarea validității unui testament;
- acțiunile în petițiune de ereditate;
- cererile de modificare sau ridicare a măsurilor de conservare și administrare luate de notarul public, care prejudiciază pe unii moștenitori sau terți;

² Dumitru Macovei, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Ștefan Procopiu, Iași, pp. 162-163.

- cererile de anulare a certificatului de moștenitor;
- cererile privind stabilirea unui titlu de creanță, invocat de un creditor, dacă moștenitorii nu-l cunosc;

- vânzarea prin licitație publică a bunurilor mobile aflate în masa succesorală, dacă moștenitorii se înțeleg să recurgă la vânzarea bunurilor pentru lichidarea acestei părți din activ.

În toate aceste situații, fiind vorba de chestiuni prejudiciare legate de stabilirea calității de moștenitor sau a masei succesoriale, notarul public va trebui să îndrume părțile pentru rezolvarea lor la instanța competentă, iar până la obținerea unei hotărâri judecătorești definitive să dispună suspendarea procedurii succesoriale.

Tot astfel, se pot ivi situații în care trebuie rezolvate chestiunile de fapt și de drept care, deși influențează direct vocația moștenitorilor sau alcătuirea masei succesoriale, totuși nu sunt specifice procedurii succesoriale; aceste chestiuni conexe în desfășurarea procedurii succesoriale pot fi rezolvate numai în instanță și ele sunt:

- rectificarea actelor de stare civilă în cazurile stabilite de lege, acte folosite de moștenitori în cadrul procedurii succesoriale pentru dovedirea calității și vocației succesoriale;

- declararea simulației unor acte juridice încheiate de „de cujus” și invocate în cursul procedurii succesoriale;

- schimbarea statutului civil al unei persoane, în scopul de a-i conferi dreptul de a veni la o succesiune (de exemplu, situația în care copiii din afara căsătoriei nu și-au stabilit filiația față de tatăl decedat).

Când procedura succesorală este de competența instanțelor judecătorești ca o procedură contencioasă, rămân de competența exclusivă a notarilor publici o serie de operațiuni, conform actelor normative în vigoare și anume:

- inventarierea bunurilor succesoriale (art. 70 alin. 1 din Legea nr. 36/1995);

- dacă, cu ocazia inventarierii se găsește un testament semnat de „de cujus”, notarul public va proceda la deschiderea lui; îl va semna spre a împiedica schimbarea acestuia și-l va depune în depozit la biroul notarului public; dacă testamentul este olograf sau mistic se va constata starea lui materială și se va întocmi un proces-verbal despre aceasta (art. 71 alin. 5 și art. 76 alin. 2 din Legea nr. 36/1995);

- dispunerea sigilării bunurilor succesoriale și predării lor în grija unui custode atunci când există pericol de înstrăinare, pierdere, înlocuire sau distrugere (art. 72 alin. 1 din Legea nr. 36/1995);

- taxarea succesiunilor: în situația în care notarul a îndrumat părțile la instanța de judecată, el va amâna stabilirea taxei de timbru asupra succesiunii până la pronunțarea hotărârii de către instanță. În principiu, calculul și stabilirea taxei de timbru se fac la terminarea dezbaterilor succesoriale, certificatul de moștenitor eliberându-se în baza chitanței de plată a taxei;

- eliberarea certificatului de moștenitor sau de vacanță succesorală, chiar în cazul în care, ca urmare a îndrumării moștenitorilor la proces sau a sesizării directe a instanței, s-a pronunțat o hotărâre de partaj³.

³ Trib. Supr., dec. nr. 2159/1971, în C.D. 1971, p. 111.

Potrivit art. 68 alin. 1 din Legea nr. 36/1995, procedura succesorală notarială se poate deschide la orice birou notarial din localitatea în „raza căreia defunctul și-a avut ultimul domiciliu [...]

În cazul decesului unei persoane care nu a avut ultimul domiciliu în țară, procedura succesorală se poate îndeplini de notarul public din circumscripția teritorială a judecătorei în care defunctul și-a avut bunurile cele mai importante ca valoare”.

Aceste dispoziții au caracter imperativ, astfel că moștenitorii nu pot deroga de la ele prin înțelegerea lor expresă sau tacită, adresând cererile lor altor organe notariale.

Dovada ultimului domiciliu al celui decedat se va face cu certificatul de deces sau cu hotărâre de declarare judecătorească a morții, rămasă definitivă; domiciliul, ca fapt juridic, poate fi probat cu orice mijloc de probă admis de lege, atunci când nu poate fi dovedit cu înscrisurile respective.

Cazurile de moșteniri succesive sunt rezolvate prin folosirea dispozițiilor procedurale privind conexitatea cauzelor civile. Aceste situații se ivesc când printre bunurile existente în patrimoniul persoanei care a decedat sunt cuprinse și anumite cote indivize din succesiunea nedezbătută a unor rude predecedate.

Prin aplicarea strictă a dispozițiilor art. 68 alin. 1 și 2 din Legea nr. 36/1995, procedura succesorală s-ar efectua la fiecare notar public competent potrivit domiciliului ultim al lui „de cujus”, întocmindu-se certificate de moștenitor în care nu ar fi cuprinse toate bunurile rămase de la persoana cea din urmă decedată. Aceste inconveniente vor apărea în cazurile în care se dezbat separat, dar concomitent, succesiuni privind pe unii membri ai familiei, decedați în locuri și la date diferite. Moștenitorii ar trebui să se prezinte la notari publici din localități diferite și să prezinte probe la fiecare dosar.

Pentru înlăturarea acestor neajunsuri, Codul de procedură civilă permite concentrarea la notarul public în raza căruia și-a avut ultimul domiciliu cea din urmă persoană decedată, a tuturor dosarelor privind rudele predecedate, făcându-se dovada că ultimul decedat și-a exercitat dreptul de opțiune, acceptând moștenirea.

Dacă moștenitorii sunt de acord, stabilirea drepturilor lor poate fi făcută la orice notar public competent în vreuna din succesiunile respective.

2. Deschiderea procedurii succesoriale notariale și luarea măsurilor de conservare

2.1. Deschiderea procedurii succesoriale notariale

În conformitate cu prevederile art. 68 din Legea nr. 36/1995, procedura succesorală notarială se va deschide, după caz:

- la cererea persoanei interesate;
- la cererea procurorului;
- la cererea secretarului consiliului local al localității în raza căreia cel care a decedat și-a avut ultimul domiciliu, atunci când are cunoștință că succesiunea cuprinde bunuri imobile.

Cât privește persoanele interesate acestea sunt: moștenitorii legali, legatarii, creditorii acestora, precum și statul, în cazul în care moștenirea este vacantă.

Menționăm că, spre deosebire de reglementarea anterioară, actuala lege care reglementează procedura succesorală notarială nu mai permite notarului public să deschidă procedura succesorală din proprie inițiativă.

Pentru deschiderea procedurii succesorale, notarul public va trebui să se afle în posesia certificatului de deces sau a hotărârii judecătorești de declarare a morții, rămasă definitivă.

Cererea de deschidere a procedurii succesorale trebuie să cuprindă datele de stare civilă ale celui despre a cărui moștenire este vorba, numele, prenumele și domiciliul moștenitorilor prezumtivi, bunurile lăsate de „de cuius”, cu mențiunea valorii acestora, precum și pasivul succesoral (art. 69 alin. 1 din Legea nr. 36/1995).

Notarul public va dispune înregistrarea cererii pentru deschiderea procedurii succesorale numai după ce secretarul biroului notarial va atesta, în urma cercetării opisului succesoral, că nu s-a format un alt dosar în aceeași cauză succesorală⁴. Menționăm că în circumscripția unei judecătorei pot funcționa unul sau mai multe birouri de notari publici, cei interesați putându-se adresa unui birou, deoarece competența teritorială a oricărui birou de notari publici care se află în circumscripția judecătorei se exercită pe tot cuprinsul acelei circumscripții.

Dacă, cu ocazia verificării în prealabil a competenței teritoriale, notarul public va constata că procedura succesorală este de competența altui birou notarial (din circumscripția altei instanțe judecătorești), el nu va mai cita părțile, ci se va desesiza și va trimite cauza notarului public competent.

2.2. *Conservarea bunurilor din succesiune*

Potrivit art. 70 alin. 1 din Legea nr. 36/1995, „în cazurile prevăzute de lege sau la cererea celor interesați, notarul public, personal sau printr-un delegat, va face inventarierea bunurilor succesorale. Dacă nu există cerere anterioară pentru deschiderea procedurii succesorale, cererea de inventariere ține loc și de cerere de deschidere a acestei proceduri”.

În toate cazurile, inventarierea bunurilor succesorale de către notarul public sau de către delegatul acestuia se va face numai cu consimțământul persoanei în posesia căreia se găsesc bunurile care au aparținut celui care a decedat; în cazul în care persoana care posedă aceste bunuri nu consimte la inventariere, refuzul acesteia se va consemna într-un proces-verbal, semnat de către cei prezenți la inventariere.

Procesul-verbal de inventariere va trebui să cuprindă enumerarea, descrierea și evaluarea provizorie a bunurilor care se aflau în posesia lui „de cuius” la data decesului. În cazul în care proprietatea unor bunuri este contestată, în sensul că ar aparține altor

⁴ Art. 74 alin. 1 și art. 40, 43 și 44 din Regulamentul de punere în aplicare a Legii nr. 36/1995 (evidența succesiunilor se ține pe circumscripțiile judecătorei în care funcționează notarii publici printr-un registru de succesiuni, în care se înregistrează dosarele succesorale și un opis al succesiunilor în care se trec numele și prenumele celui care a decedat și numărul de înregistrare al dosarului).

persoane, se va face mențiune despre aceasta în procesul-verbal. În același timp, dacă bunuri din patrimoniul succesoral lăsat de „de cujus” se găsesc în posesia altei (altor) persoane, acestea vor fi inventariate cu precizarea locului unde se găsesc și a motivelor pentru care sunt acolo.

Inventarul va cuprinde și mențiunile referitoare la pasivul succesoral.

Procesul-verbal de inventariere va trebui să fie semnat de notarul public sau persoana delegată de acesta să-l întocmească, de către succesorii aflați la locul inventarului, iar în lipsa acestora sau a refuzului lor de a semna, de către martorii prezenți (art. 71 alin. 6 din Legea nr. 36/1995).

Pentru inventarierea bunurilor succesorale aflate în altă localitate, notarul public competent se va adresa notarului public din acea localitate.

În cazul în care inventarierea a fost făcută de un alt organ al statului, notarul public verifică inventarul, putându-l menține sau completa.

Potrivit art. 72 din Legea nr. 36/1995, dacă există pericol de înstrăinare, înlocuire sau distrugere a bunurilor, notarul public va putea pune bunurile sub sigiliu sau le va putea preda unui custode. Sigiliile se vor aplica pe dulapurile și sertarele în care se găsesc bunurile succesorale, pe ușa de intrare a încăperii sau pe magazii, garaje etc.⁵

În regulă generală, bunurile din patrimoniul succesoral se predau în custodia unuia dintre comostenitorii prezenți la inventariere.

Pentru administrarea bunurilor succesorale, notarul public va putea numi un custode⁶.

În cazul în care printre succesori se află și un minor chemat în concurs cu unul sau ambii părinți, se impune instituirea unei curatele, întrucât ar putea să existe contrarierate de interese⁷.

Bunurile date în custodie sau în administrare se vor preda pe bază de proces-verbal semnat de notarul public, precum și de custode sau curator, după caz; în cazul în care predarea are loc odată cu inventarierea, aceasta se va menționa expres în procesul-verbal de inventariere, iar un exemplar din acest proces-verbal se va preda celui cărui i s-au dat în custodie sau administrare bunurile.

Potrivit art. 72 alin. 4 din Legea nr. 36/1995, custodele sau curatorul este obligat să restituie bunurile și să depună conturile la biroul notarului public la finalizarea procedurii succesorale sau atunci când notarul consideră necesar.

Prevederile art. 73 din Legea nr. 36/1995 dispun că, dacă în timpul efectuării inventarului se vor găsi sume de bani, hârtii de valoare, cecuri sau alte valori, se vor depune în depozitul notarial sau la o instituție specializată, făcându-se mențiune despre aceasta și în procesul-verbal de inventariere.

Din sumele de bani găsite la inventariere se vor lăsa moștenitorilor sau celor care

⁵ Dumitru Macovei, *op.cit.*, p. 166; Eugeniu Safta-Romano, *op.cit.*, vol. II, p. 307; Trib.Supr., s.civ., dec. nr. 1163/1970, în I. Mihuță, *Repertoriu...*, pe anii 1969-1975, p. 217.

⁶ Art. 72 alin. 2 și art. 73 alin. 3 din Legea nr. 36/1995.

⁷ A se vedea art. 132 și art. 105 alin. 3 C.fam.; Plenul Trib.Supr., dec. de îndrumare nr. 6/1959, în C.D. 1959 p. 27.

locuiau cu cel despre a cărui moștenire este vorba și gospodăreau împreună cu acesta sumele necesare pentru:

a) întreținerea persoanelor care s-au aflat în sarcina celui decedat, pentru maximum 6 luni;

b) plata sumelor datorate în baza contractelor de muncă sau plata asigurărilor sociale;

c) acoperirea cheltuielilor pentru păstrarea și administrarea averii succesoriale.

În cazul în care există indicii că succesiunea urmează a fi declarată vacantă, notarul public va putea încredința administrarea provizorie a bunurilor succesoriale unui curator desemnat, cu încunoștiințarea autorității administrativ-teritoriale.

Toate măsurile de conservare luate de notarul public se vor comunica moștenitorilor legali, legatarilor și, dacă este cazul, executorilor testamentari, dovada comunicării anexându-se la dosar.

Legea permite notarului public ca, până la încheierea procedurii succesoriale, să completeze sau să modifice măsurile de conservare sau de administrare dispuse inițial. La data finalizării procedurii succesoriale notariale vor înceta efectele măsurilor de conservare sau administrare a bunurilor succesoriale.

Orice persoană care se consideră vătămată prin inventarul întocmit de notarul public sau prin măsurile de conservare ori de administrare dispuse de către acesta poate face plângere la judecătoria (art. 74 alin. 3 din Legea nr. 36/1995).

3. Desfășurarea procedurii succesoriale

3.1. Citarea moștenitorilor

În conformitate cu prevederile art. 75 din Legea nr. 36/1995, notarul public, după ce constată că este legal sesizat, va înregistra cauza succesorală și va dispune citarea persoanelor care au vocație la moștenire. Dacă există testament, vor fi citați și legatarii, iar dacă este cazul și executorul (executorii) testamentar instituit.

Moștenitorii legali – în cazul moștenirii *ab intestat* – vor fi citați de către notarul public în ordinea de chemare a lor la moștenire, ținându-se seama de principiul priorității clasei de moștenitori și de principiul proximității gradului de rudenie, precum și de excepțiile de la aceste principii. Sunt chemate toate rudele de sânge ale lui „de cujus” până la gradul al IV-lea inclusiv, precum și soțul supraviețuitor, termenul de exercitare a dreptului de opțiune curgând de la data deschiderii succesiunii pentru succesibili preferabili în grad sau subsecvenți⁸.

Notarul public va aprecia necesitatea citării succesibililor subsecvenți în funcție de atitudinea rudelor din clasa sau gradul de rudenie cel mai apropiat. El va trebui să țină seama și de instituția reprezentării⁹ și de reglementările legale în situația copiilor din afara căsătoriei, a înfierii și a anulării căsătoriei.

⁸ Trib. Supr., s.civ., dec. nr. 825/1971, în I. Mihuță, *Repertoriu...* pe anii 1969-1975, p. 198.

⁹ Trib. Supr., s.civ., dec. nr. 141/1973, în C.D., 1973, p. 181.

Citarea moștenitorilor de către notarul public nu este obligatorie în cazul în care certificatul de moștenitor se întocmește pe baza unei hotărâri judecătorești definitive, decât dacă notarul consideră necesare anumite lămuriri din partea moștenitorilor.

Citarea succesibililor legali sau testamentari dispăruți se face, potrivit art. 95 C. proc. civ.¹⁰, concomitent cu sesizarea autorității tutelare pentru desemnarea unui curator.

Citarea minorului sub 14 ani și a interzișilor se va face prin reprezentantul lor legal, părinte, respectiv, tutore, precum și autoritatea tutelară (art. 75 alin. 4 din Legea nr. 36/1995); minorul care a împlinit vârsta de 14 ani, având capacitate de exercițiu restrânsă, va fi citat personal (încuviințarea actelor juridice ale minorului va fi dată de părinți sau de tutore pentru fiecare act juridic în parte).

Minora căsătorită, dobândind astfel deplină capacitate de exercițiu va fi citată numai ea (art. 8 alin. 3 din Decretul nr. 31/1954).

Citația adresată unui moștenitor militar încazarmat va fi¹¹ însoțită de o adresă prin care se pune în vedere moștenitorului să declare dacă acceptă pur și simplu succesiunea, dacă o acceptă sub beneficiu de inventar sau dacă renunță la ea; în adresă se va preciza că declarația de renunțare nu poate fi făcută decât în formă autentică, iar declarația de acceptare va fi trimisă notarului public odată cu dovada de primire a citației¹².

În citațiile succesorilor domiciliați în străinătate se va menționa că dreptul de a accepta moștenirea se prescrie în termen de 6 luni de la deschiderea acesteia; pentru țările cu care s-au încheiat tratate de asistență juridică, se aplică dispozițiile respective.

Față de succesibilii cu domiciliul necunoscut, procedura de citare se îndeplinește prin afișare la notarul public cu cel puțin 15 zile înainte de termen și la ultimul domiciliu al celui decedat.

În cazul decesului unui succesibil, până la intervenția succesorilor săi în desfășurarea procedurii succesoriale, procedura de citare se îndeplinește la un curator special, numit la sesizarea notarului public sau a instanței.

Atunci când printr-un testament autentic a fost instituit un legatar universal și nu există moștenitori rezervatari, notarul public va cita doar legatarul; dacă testamentul este olograf sau mistic, se citează și moștenitorii legali. În ambele cazuri, notarul va trebui să citeze și executorul (executorii) testamentar, dacă a fost desemnat prin testament de către testator.

În cazul în care succesiunea urmează să fie declarată vacantă, notarul public va cita autoritatea administrației publice competentă a prelua bunurile moștenirii.

Nerespectarea formelor legale de citare este sancționată cu nulitatea actelor de procedură, conform art. 105-108 C. proc. civ. și atrage nulitatea certificatului de moștenitor¹³.

¹⁰ Art. 95 C. proc. civ. prevede că dacă „reclamantul invederează că, deși a făcut tot ce i-a stat în putință, nu a izbutit să afle domiciliul pârâtului, președintele instanței poate încuviința citarea acestuia prin publicitate. Citarea prin publicitate se face prin afișarea citației la ușa instanței cu 15 zile înaintea termenului de judecată”

¹¹ Plenul Trib. Supr., dec. de îndrumare nr. 6/1959, în C.D. 1959, p. 28.

¹² Julieta Manolă, Ștefan Răuschi, *Drept civil. Succesuni*, Iași, 1983, p. 144.

¹³ Trib. Supr., s. civ., dec. nr. 467/1981, în R.R.D. nr. 11/1981, p. 51.

3.2. Stabilirea drepturilor succesoriale ale moștenitorilor

Notarul public – potrivit art. 76 alin. 1 din Legea nr. 36/1995 – stabilește calitatea moștenitorilor și legatarilor, întinderea drepturilor acestora, precum și compunerea masei succesoriale.

În ceea ce privește stabilirea numărului și a calității moștenitorilor, notarul public va verifica îndeplinirea de către cei citați a următoarelor condiții:

- dacă erau născuți sau cel puțin concepuți la data deschiderii succesiunii (art. 654 C.civ. și art. 19 din Decretul nr. 31/1954);

- dacă n-au fost declarați nedemni prin hotărâre judecătorească (art. 655 C.civ.);

- dacă au vocație succesorală legală sau testamentară; calitatea și numărul moștenitorilor se stabilesc cu certificate de stare civilă, testament și, la nevoie, pe baza depozitiilor martorilor audiați; la dosarul succesoral se vor atașa copii de pe actele de stare civilă ale celor care au acceptat succesiunea.

De asemenea, potrivit dispozițiilor art. 79 din Regulamentul de punere în aplicare a Legii nr. 36/1995, notarul public va stabili pe baza declarațiilor părților, ale martorilor și a documentelor prezentate dacă succesorii au acceptat în termenul prescris de lege moștenirea.

În ceea ce privește stabilirea bunurilor ce compun masa succesorală¹⁴, dovada se face prin înregistrări sau orice alte mijloace de probă admise de lege. Cât privește declarațiile de renunțare la succesiune și cele de acceptare sub beneficiu de inventar ale moștenitorilor, acestea vor fi înscrise într-un registru special ținut la notarul public.

În cazul în care notarul public constată că în masa succesorală nu există bunuri, dispune prin încheiere închiderea procedurii succesoriale și clasează cauza ca fiind fără obiect (art. 80 din Legea nr. 36/1995).

Potrivit art. 82 alin. 3 din Legea nr. 36/1995, în cadrul procedurii succesoriale, notarul public, având acordul tuturor moștenitorilor, va putea proceda la reducerea liberalităților, până la limitele prevăzute de lege.

Dacă dezbaterea succesorală are loc la mai multe termene, notarul public va trebui să întocmească la fiecare termen o încheiere motivată, care va cuprinde mențiunile referitoare la îndeplinirea procedurii, la declarațiile părților, prezența martorilor și măsurile dispuse în vederea soluționării cauzei (art. 73 din Legea nr. 36/1995).

În cazul în care în cadrul procedurii succesoriale s-a realizat acordul moștenitorilor cu privire la bunurile care alcătuiesc patrimoniul succesoral și drepturile ce li se cuvin și s-au administrat probe suficiente, notarul public va întocmi încheierea finală a procedurii succesoriale.

În conformitate cu prevederile art. 81 din Legea nr. 36/1995, încheierea finală va cuprinde, pe lângă mențiunile comune încheierilor notariale, numele, prenumele și ultimul domiciliu al celui despre a cărui moștenire este vorba, data decesului, numele, domiciliul și întinderea drepturilor tuturor moștenitorilor legali și ale legatarilor, bunurile și datoriile succesiunii, taxele de timbru, onorariul, precum și alte date care au fost necesare la soluționarea cauzei.

¹⁴ A. Hilsenrad, D. Rizeanu, C. Zirra, *op.cit.*, p. 229; Trib. Supr., col. civ., dec.nr. 843/1958, in C.D. 1958, p. 214.

Dacă moștenitorii și-au împărțit bunurile succesoriale prin bună-învoială, în încheierea finală se va face mențiune despre aceasta și se va arăta modul de împărțea și bunurile succesoriale atribuite fiecăruia.

Încheierea procedurii succesoriale se poate face și înainte de expirarea termenului de opțiune succesorală, dacă nu există îndoială că nu mai sunt și alte persoane îndreptățite la moștenire. Această procedură se poate încheia și de îndată, în temeiul unui testament întocmit în condițiile legale de formă și fond și care nu aduce atingere moștenitorilor rezervatari sau cu privire la care există acordul acestora.

Eventualele erori materiale cuprinse în încheierea finală sau omisiuni vor putea fi îndreptate, la cererea moștenitorilor, pe baza unei încheieri, făcându-se mențiune despre aceasta în încheierea finală și pe toate exemplarele certificatului de moștenitor (art. 87 din Legea nr. 36/1995).

3.3. *Suspendarea procedurii succesoriale*

În conformitate cu prevederile art. 78 din Legea nr. 36/1995, procedura succesorală se poate suspenda în următoarele cazuri:

a) au trecut 6 luni de la deschiderea succesiunii și, deși au fost legal citați, succesibili nu s-au prezentat ori au abandonat procedura succesorală, fără a cere eliberarea certificatului de moștenitor și există dovada că cel puțin unul dintre ei a acceptat moștenirea;

b) succesibili își contestă unii altora calitatea sau nu se înțeleg cu privire la compunerea masei succesoriale și la întinderea drepturilor ce li se cuvin;

c) moștenitorii sau alte persoane interesate prezintă dovada că s-au adresat instanței de judecată pentru stabilirea drepturilor lor.

În încheierea de suspendare se consemnează elementele care au rezultat din dezbatere, până la momentul suspendării, cu privire la identitatea celor prezenți, opțiunea succesorală a acestora și compunerea masei succesoriale.

În cazurile prevăzute la art. 78 alin. 1 lit. b, notarul public stabilește prin încheiere masa succesorală, cu precizarea bunurilor sau a drepturilor care se contestă, întinderea drepturilor moștenitorilor și motivele neînțelegerii, îndrumând părțile să soluționeze neînțelegerile dintre ele pe cale judecătorească.

În cazurile de suspendare a procedurii succesoriale prevăzute la art. 78 alin. 1 lit. a și b, dacă nu s-a făcut dovada că cei în cauză s-au adresat instanței sau cei interesați n-au cerut repunerea pe rol a cauzei, notarul public va stabili taxele succesoriale provizorii și onorariile și le va comunica organelor financiare.

În fine, la cererea părților, notarul public va putea repune pe rol oricând dosarul succesoral, dacă se constată încetarea cauzelor care au determinat suspendarea lui.

Suspendarea poate fi cerută doar de moștenitori; creditorii succesiunii nu au dreptul de a cere suspendarea procedurii succesoriale, decât în situația în care toți moștenitorii recunosc existența creanței în pasivul moștenirii.

3.4. Eliberarea certificatului de moștenitor

În dreptul succesoral al țării noastre, o persoană are calitatea de moștenitor dacă are chemare la moștenire, în temeiul legii sau al testamentului.

Dovada calității de moștenitor a unei persoane se poate face în cadrul procedurii succesorale (notariale, când nu sunt neînțelegeri între comoștenitori, sau judecătorești, în cazul unor neînțelegeri între aceștia), prin orice mijloace de dovada admise de lege (acte de stare civilă, testament etc.)¹⁵, prin certificatul de moștenitor sau prin hotărârea judecătorească definitivă prin care i s-a atribuit această calitate.

Certificatul de moștenitor este actul emis de notarul public, actul final al procedurii succesorale notariale, care, deși nu conferă, constată însă calitatea de moștenitor a unei persoane, calitate dobândită în temeiul legii sau al testamentului¹⁶.

Competența de a elibera certificatul de moștenitor aparține notarului public de la locul deschiderii succesiunii.

Procedura de eliberare a certificatului de moștenitor este reglementată de Legea nr. 36/1995.

Potrivit prevederilor art. 83 din Legea nr. 36/1995, pe baza încheierii finale, în termen de 20 de zile, se redactează certificatul de moștenitor sau de legatar, care va cuprinde constatările din această încheiere, constatări referitoare la compunerea masei succesorale, numărul și calitatea moștenitorilor¹⁷, precum și, în cazul legatarilor universalii sau al celor cu titlu universal, la cotele ce revin fiecăruia din moștenire, ori, în cazul legatarilor particulari, la bunurile ce le revin din moștenire. În cazul reluării procedurii succesorale notariale suspendate potrivit art. 78 alin. 1 lit. b și c din Legea nr. 36/1995, certificatul de moștenitor se va elibera pe baza hotărârii judecătorești irevocabile care a rezolvat neînțelegerea.

Fiecare succesor este îndreptățit a i se elibera un exemplar al certificatului de moștenitor, după achitarea taxelor notariale și a onorariului cuvenit notarului.

În cazul anulării certificatului de moștenitor, notarul public va elibera un nou certificat pe baza hotărârii judecătorești definitive și irevocabile.

Dacă, după trecerea termenului de 6 luni de la deschiderea succesiunii, notarul nu constată existența vreunui moștenitor care să fi acceptat succesiunea, la cererea reprezentantului statului constată că succesiunea este vacantă, eliberând certificat de vacanță succesoră (art. 85 din Legea nr. 36/1995).

¹⁵ Pentru detalii, a se vedea Ioan Zinelu, *Dreptul la moștenire în Republica Socialistă România*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1975, p. 148-154; Trib. Supr. col. civ., dec. nr. 2013/1953, în C.D. 1952-1954, vol. I, p. 31.

¹⁶ A. Hilsenrad, D. Rizeanu, C. Ziru, *op. cit.*, pag. 234 și urm.; V. Cristodolu, D. C. Vlahide, *Probleme de drept privitoare la caracterul procedurii succesorale notariale și la natura juridică a certificatului de moștenitor*, în L.P. nr. 2/1959, p. 45; I.C. Popescu, O. Căpățână, *Competența materială a notarilor de stat în materie succesoră* în L.P. nr. 4/1959, p. 44; Notariatul de Stat, raion N. Bălcescu, București, încheierea nr. 80/1956, în L.P. nr. 6/1957, p. 748, cu Note de I.C. Popescu; Liviu Stănculescu, *op. cit.*, p. 245.

¹⁷ Gh. Beleu, Notă (critică) la dec. civ. nr. 354/1969, a Trib. Jud. Satu-Mare, în R.R.D. nr. 11/1970, p. 116.

LA PROCÉDURE SUCCESSORALE NOTARIALE

– Résumé –

Dans cette étude, l'auteur traite la procédure successorale notariale conformément à la nouvelle disposition contenue par la Loi no. 36/1995 des notaires publics et de l'activité notariale tout comme du Règlement de la mise en application de cette loi.

La procédure successorale notariale constitue un ensemble des règles appliquées par les notaires publics comme continuation de l'ouverture d'une succession, en vue de la détermination des droits successoraux des héritiers et la délivrance de certificat du successeur, procédure non-contentieuse.

Dans l'étude on analyse la compétence des notaires publics des le domaine de la procédure successorale où le notaire public est appelé à établir la qualité des successeurs et des légataires, l'extension des droits de ceux-ci, la composition de la māsse successorale, le partage de l'actif patrimonial entre ceux qui sont appelés à cueillir la succession, le renvoi en possession des héritiers qui n'ont pas la possession de droit des biens successoraux.

Dans l'étude on a précisé les situations où la procedure successorale notariale est complétée avec les actes des instances judiciaires et on a parlé aussi de partage judiciaire qui intervient au cas où entre les héritiers surviennent des dissensions ou bien elles apparaissent au cours du déploiement de la procédure successorale notariale, lorsque la solution du partage est faite par les instances judiciaires.

PROCESUL CIVIL CA FORMĂ DE VALORIFICARE A DREPTURILOR CIVILE ÎNCĂLCATE SAU NERECUNOSCUTE

DE

GHEORGHE DURAC

1. Noțiunea de proces civil

Deosebită importanță pe care o prezintă procesul civil din punct de vedere teoretic, dar mai ales din perspectiva practicii judiciare, ne-a determinat să elaborăm lucrarea de față.

Ne propunem să supunem atenției, pe lângă noțiunea de proces civil, și aspecte legate de recunoașterea, ocrotirea, exercitarea și apărarea drepturilor civile subiective, inclusiv pe calea acțiunii în justiție.

Subiectul ales poate fi inclus într-o temă mai vastă de cercetare și analizat alături de conceptul de jurisdicție și de principiile fundamentale ale dreptului procesual civil.

Termenul *proces*, din punct de vedere etimologic, înseamnă mers, evoluție, dezvoltare, desfășurare a unui fenomen, a unui eveniment.

Din punct de vedere juridic termenul are un înțeles asemănător, activitatea judiciară cunoscând o anumită evoluție de la momentul sesizării și investirii instanței de judecată până la momentul pronunțării hotărârii judecătorești¹.

Procesul civil reprezintă, în esența sa, activitatea tuturor persoanelor și organelor care participă la dezbaterile ce au loc în vederea realizării și stabilirii drepturilor și intereselor civile încălcate sau nerecunoscute și deduse judecătii².

Desfășurarea oricărui proces civil între cele două momente extreme ale sale – momentul depunerii cererii de chemare în judecată și, respectiv, momentul pronunțării hotărârii judecătorești – presupune, în mod normal, efectuarea diferitelor acte procesuale corespunzătoare fiecărei faze a activității de judecată.

În cadrul acestei activități părțile au libertatea de a dispune atât de obiectul procesului dintre ele, cât și de mijloacele procesuale pe care legea le prevede în scopul

¹ A se vedea: V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. I, Editura Național, București, 1996, p. 124 (citată în continuare *Tratat*, vol. I).

² V. Negru, D. Radu, *Drept procesual civil*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1972, p. 5.

apărării drepturilor și intereselor lor. Din acest punct de vedere se poate spune că procesul civil este un contract între părți pe care îl încheie judecătorul prin pronunțarea unei hotărâri³.

Într-o formulare de amănunt noțiunea de proces civil reprezintă „activitatea desfășurată în baza legii de către instanța de judecată sau alte organe de jurisdicție, părțile interesate, organele de executare silită, alte organe și persoane ce participă la această activitate, precum și raporturile ce se stabilesc între aceștia, în vederea realizării sau stabilirii drepturilor și intereselor civile supuse judecării și executării hotărârilor pronunțate⁴.

Orice proces civil presupune existența a trei momente, la fel de importante și anume: sesizarea instanței, dezbaterile și hotărârea judecătorească.

Desfășurarea procesului civil scoate în evidență o serie de particularități dintre care menționăm pe cele mai semnificative⁵.

În primul rând trebuie menționat caracterul complex al procesului civil care este o activitate ce presupune îndeplinirea unei multitudini de acte de procedură menite să contribuie la soluționarea corectă a litigiului dintre părți.

În al doilea rând subliniem că activitatea judiciară se poate realiza numai cu participarea părților interesate care, împreună cu instanța de judecată, concurează la realizarea finalității urmărite într-o cauză și anume înlăturarea actului de justiție⁶.

De asemenea, semnalăm faptul că procesul civil – ca orice proces de altfel – se desfășoară în baza unor reguli care stabilesc cadrul legal ce trebuie respectat cu strictețe pe tot parcursul activității judiciare, chiar dacă, în conformitate cu principiul disponibilității, părțile pot, în anumite limite însă, să influențeze soluția finală.

În fine, ca o particularitate ce decurge din specificul normelor juridice procesuale menționăm că activitatea judiciară vizează aplicarea legii la cauzele civile concrete.

În general procesul civil parcurge două mari faze: judecata și executarea silită. Judecata la rândul său cunoaște mai multe etape: judecata în primă instanță – care și ea cuprinde: etapa scrisă, etapa dezbaterilor, etapa deliberării și pronunțării hotărârii –, judecata în apel, judecata în recurs și eventual judecata în cadrul căilor extraordinare de atac (contestarea în anulare, revizuirea, recursul în interesul legii și recursul în anulare).

Precizăm că nu este obligatoriu ca procesul civil să parcurgă toate etapele menționate și nici ambele faze. Astfel, de pildă reclamantul renunțând la judecată, nu mai are loc etapa dezbaterilor. Sau, debitorul executând de bună voie hotărârea, nu mai are loc faza executării silite.

³ A se vedea I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Editura Europa Nova, București, 1998, vol. al II-lea, p. 6-7, nota 3.

⁴ D. Radu, în *Dicționar de drept procesual civil*, de M. N. Costin, I. Leș, M. Minea, D. Radu, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1983, p. 401. Pentru alte definiții ale procesului civil a se vedea: V. M. Ciobanu, *Tratat...*, vol. I, p. 148-149; I. Leș, *Principii și instituții de drept procesual civil*, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 17; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Editura Servo-Sat, 1997, p. 23 (citată în continuare *Tratat...*, vol. I).

⁵ A se vedea I. Leș, *Principii...*, p. 18-19.

⁶ Proceduriștii Evului mediu defineau procesul civil ca fiind „*actus trium personarum: iudicis, actoris atque rei*”.

Putem spune că rolul oricărui proces civil este, printre altele, de a apăra, de a valorifica drepturile și libertățile fundamentale ale cetățenilor, interesele legitime încălcate sau nerecunoscute și deduse judecății⁷. În acest sens statul are obligația de a organiza și de a garanta realizarea justiției, ca putere separată în stat, rezervându-și, cu unele excepții, dreptul de a rezolva prin organele sale, anume alcătuite în acest scop, conflictele de interese care se ivesc în desfășurarea raporturilor sociale.

2. Recunoașterea, ocrotirea, exercitarea și apărarea drepturilor civile subiective

2.1. Recunoașterea drepturilor civile subiective

Legislația română în vigoare, deși definește unele drepturi subiective civile, nu oferă însă o definiție generală a dreptului subiectiv civil. Așa că definirea acestei noțiuni a fost făcută de numeroși autori în literatura de specialitate.

Lecturând multiplele definiții reținem că „dreptul subiectiv este puterea (posibilitatea) sau prerogativa recunoscută de dreptul persoanelor fizice sau persoanelor juridice de a săvârși anumite acțiuni, precum și puterea de a pretinde subiectelor pasive să săvârșască sau să se abțină de la săvârșirea unei acțiuni, apelând la nevoie la forța de constrângere a statului”⁸.

În privința recunoașterii drepturilor civile subiective trebuie să facem distincție între recunoașterea lor globală, generală și cea specială.

Recunoașterea drepturilor civile subiective, în general, este consfințită și se realizează, pentru persoana fizică, în baza art. 1 din Decretul nr. 31/1954, iar pentru persoana juridică în conformitate cu art. 2 al aceluiași act normativ. Potrivit acestor texte de lege drepturile civile pe care le au persoanele fizice și persoanele juridice sunt recunoscute pentru a satisface interesele de ordin material și spiritual, atât pe plan personal, cât și în concordanță cu interesul general, în conformitate cu legea și cu regulile de conviețuire socială⁹.

Recunoașterea specială a drepturilor civile subiective este făcută de diverse izvoare de drept civil, pe categorii sau specii de asemenea drepturi. De exemplu, Constituția României consacră o serie de drepturi fundamentale ale cetățeanului român, printre care, firește, există și drepturi subiective civile¹⁰.

⁷ V. Negru, D. Radu, *op. cit.*, p. 4-6.

⁸ A se vedea Șt. Răuschi, T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoana fizică. Persoana juridică*, Editura Fundației Chemarea, Iași, 1995, p. 45. Pentru alte definiții facem trimitere la C. Hamangiu, I. R. Bălănescu, Al., Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. I, Editura Șansa, București, 1993, p. 74; T. Pop, *Drept civil român*, Editura Lumina Lex, București, 1993, p. 69; I. Deleanu, *Drepturile subiective și abuzul de drept*, Editura Dacia Cluj-Napoca, 1988, p. 49; E. Poenaru, *Drept civil*, vol. I, Editura Europa-Nova, București, 1994, p. 45.

⁹ Pentru amănunte a se vedea Șt. Răuschi, T. Ungureanu, *op. cit.*, p. 53-54.

¹⁰ A se vedea, I. Muraru, *Drept constituțional și instituții publice*, vol. al II-lea, Editura ACTAMII București, 1995, p. 225 și urmât.

Codul civil recunoaște majoritatea drepturilor patrimoniale (reale și de creanță), prin însuși faptul că le reglementează sub aspectele nașterii, existenței, exercitării și valorificării lor.

Decretul nr. 31/1954 reglementează atributele de identificare ale persoanei fizice (numele și domiciliul) și ale persoanei juridice (denumirea și sediul), precum și drepturile personale nepatrimoniale: dreptul la onoare, la reputație, dreptul de autor, starea civilă etc.

În aceeași ordine de idei Pactul Internațional privind drepturile civile și politice ale omului și Convenția Internațională privind drepturile copilului recunosc, de asemenea, o serie de drepturi subiective civile pentru persoana fizică¹¹.

2.2. Ocrotirea drepturilor subiective civile

În mod firesc nu putem vorbi de recunoașterea unor drepturi subiective civile fără a pune în discuție în primul rând capacitatea civilă care este recunoscută tuturor persoanelor fără nici o discriminare, așa cum statuează art. 4 din Decretul 31/1954¹².

În domeniul ocrotirii drepturilor civile subiective, potrivit legislației române în vigoare, putem afirma că este consacrat un adevărat principiu fundamental al dreptului civil român. Acest principiu este enunțat în art. 3 alin. 1 din Decretul 31/1954 astfel: „Drepturile civile sunt ocrotite de lege”.

În același sens art. 26 din Pactul Internațional privind drepturile civile și politice ale omului dispune: „Toate persoanele sunt egale în fața legii și au, fără discriminare, dreptul la o ocrotire egală din partea legii”¹³.

În situația în care un drept civil subiectiv este încălcat sau nerecunoscut, titularul său poate chema în judecată persoana vinovată de lezarea dreptului care astfel poate fi trasă la răspundere și în consecință dreptul atins va putea fi readus în stare de exercitare normală. În urma sesizării, instanța competentă, investită cu soluționarea cauzei civile respective, se va pronunța printr-o hotărâre judecătorească, aceasta, în urma rămânării definitive și irevocabile, putând fi pusă în executare silită, ajungându-se astfel la restabilirea dreptului subiectiv civil încălcat.

Așadar, mijlocul juridic de ocrotire a drepturilor civile subiective îl constituie procesul civil, care în principiu se desfășoară după regulile de procedură consfințite în legea cadru în acest domeniu, Codul de procedură civilă.

Pentru ocrotirea drepturilor civile subiective trebuie să avem în vedere și alte acte normative care completează cadrul legal în această materie ca, de exemplu, capitolul al III-lea din Decretul nr. 31/1954 care reglementează „ocrotirea drepturilor personale nepatrimoniale”, Legea nr. 29/1990 privind contenciosul administrativ, Legea nr. 92/1992, pentru organizarea judecătorească și altele.

¹¹ A se vedea în acest sens, Gh. Beleiu, „Drepturile civile ale omului în România”, în RRD nr. 10/1985, p. 3-12.

¹² A se vedea pe larg, Șt. Răuschi, *Dreptul civil. Partea generală. Persoana fizică. Persoana juridică*, Editura Fundației Chemarea Iași, 1992, p. 55-61.

¹³ Dispoziții asemănătoare există și în art. 2 pct. 1 din Convenția internațională privind drepturile copilului.

Ocrotirea drepturilor personale nepatrimoniale se realizează în baza unei proceduri specifice, prevăzută în principiu de Decretul nr. 31/1954, prin care se urmărește restabilirea, pe cât posibil, a dreptului încălcat sau nerecunoscut¹⁴.

În scopul ocrotirii unui drept personal nepatrimonial, persoana lezată, titulară a dreptului respectiv încălcat, poate cere instanței competente să-l oblige, prin hotărârea pe care o va pronunța, pe autorul faptei ilicite să înceteze săvârșirea faptei prin care se aduce atingere prerogativelor titularului și totodată să îndeplinească orice acțiuni apreciate ca fiind necesare pentru restabilirea, valorificarea dreptului atins. De asemenea, dacă autorul faptei ilicite nu îndeplinește, în termenul stabilit de către instanță, măsurile care să ducă la restabilirea dreptului încălcat, va fi obligat la plata unei amenzi în folosul statului, pe fiecare zi de întârziere¹⁵.

2.3. *Exercitarea drepturilor subiective civile*

Dreptul civil subiectiv, care este o posibilitate juridică, nu trebuie confundat cu exercitarea lui, care înseamnă posibilitatea materializată.

În dreptul nostru civil operează un principiu potrivit căruia exercitarea unui drept subiectiv nu este obligatorie, această prerogativă fiind lăsată la latitudinea titularului.

Dreptul civil subiectiv înseamnă nu numai posibilitatea unei conduite, ci și „măsura” acelei conduite, „măsură” care ne impune să precizăm și principiile care trebuie observate și respectate de către titularul unui drept subiectiv cu prilejul exercitării prerogativelor conferite de acesta.

Iată care sunt aceste principii. Dreptul subiectiv civil trebuie exercitat astfel:

- numai potrivit cu scopul lui economic și social;
- cu respectarea legii și moralei;
- în limitele sale.

La acestea trebuie să mai adăugăm și principiul conform căruia drepturile civile trebuie exercitate cu bună-credință¹⁶.

Atâta timp cât un drept subiectiv este exercitat respectându-se aceste principii, deci cât timp exercițiul unui drept al unei persoane nu se face prin lezarea dreptului altui titular, relațiile sociale se desfășoară normal, fără să se nască un conflict care să facă necesară intervenția unei instanțe competente.

¹⁴ A se vedea, P. Cosmovici și colab., *Tratat de drept civil. Partea generală*, vol. I, Editura Academiei, București, 1989, p. 76.

¹⁵ În legătură cu posibilitatea ca daunele morale să fie reparate pe cale patrimonială a se vedea: C. Stătescu, C. Birsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura ALL, București, 1997, p. 141-146; L. Pop, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura Fundației Chemarea, Iași, 1994, p. 202-205; Ilie Urs, *Criterii de apreciere a prejudiciilor morale și a despăgubirilor bănești pentru repararea daunelor morale*, în revista „Dreptul” nr. 4/1998, p. 24-33. În acest sens invocăm și câteva spețe din practica judiciară: Curtea Supremă de Justiție, sect. Civ., dec. nr. 1995/1992, în revista „Dreptul” nr. 10-11/1993, p. 123; *Idem*, dec. nr. 2073/1992, în revista „Dreptul” nr. 7/1993, p. 95-96; *Idem*, dec. nr. 1211/1992, în revista „Dreptul” nr. 7/1993, p. 96; *Idem*, dec. nr. 1888/1991, în revista „Dreptul” nr. 7/1992.

¹⁶ Șt. Răuschi, T. Ungureanu, *op. cit.*, p. 53. De altfel se poate vorbi chiar de un principiu fundamental al dreptului civil legat de exercitarea drepturilor civile, formulat principiul „liberei exercitări a drepturilor subiective civile” (Ernest Lupan, „Reevaluarea principiilor dreptului civil român”, revista „Dreptul” nr. 5-6/1994, p. 83-94).

Dacă prerogativele conferite unei persoane de un drept subiectiv sunt exercitate cu încălcarea principiilor ce trebuie observate și respectate pe care le-am enunțat mai sus, atunci suntem în prezența unui abuz de drept. Altfel spus abuzul de drept apare atunci când exercitarea dreptului subiectiv civil se face prin nesocotirea scopului economic și social pentru care a fost recunoscut, cu respectarea legii și moralei, cu rea-credință și cu depășirea limitelor sale.

Prin nerespectarea acestor principii în exercitarea unui drept subiectiv este lezat titularul unui alt drept, mai exact se aduce atingere dreptului aparținând altei persoane. De fapt, abuzul de drept este un conflict apărut între două drepturi aparținând unor titulari diferiți. Practic prin abuzul de drept nu se înțelege o depășire în modul de exercitare a dreptului propriu, ci o încălcare, o lezare adusă prin aceasta dreptului aparținând altei persoane¹⁷.

De regulă, ca modalitate de sancționare a abuzului de drept apare refuzul, lipsirea de posibilitatea de a se apela la forța de constrângere a statului. Deci, organul de jurisdicție, constatând că este în prezența exercitării abuzive a unui drept subiectiv civil, nu va admite cererea reclamantului, așa cum a fost formulată, iar dacă exercițiul abuziv provine de la pârât, prin apărarea pe care acesta și-o face, va înlătura o astfel de apărare.

Evident, când abuzul de drept se concretizează într-o faptă ilicită, și, de regulă, se întâmplă așa, cauzându-se un prejudiciu, va interveni răspunderea față de cel vătămat într-un drept al său¹⁸.

Deci, reprimarea abuzului de drept în domeniul dreptului civil se realizează fie pe calea pasivă, a refuzului ocrotirii unui drept exercitat abuziv, peste limitele normale, permise de lege, fie pe calea ofensivă, a unei acțiuni în răspundere civilă, formulată de persoana vătămată printr-o faptă ce constituie exercițiul abuziv al dreptului.

În planul dreptului procesual civil s-au semnalat cazuri de folosire abuzivă a drepturilor procesuale în ceea ce privește efectuarea de către părți a unor acte de dispoziție și folosirea căilor de atac.

Așa cum s-a statuat și în practica judiciară, dreptul nostru procesual civil recunoaște, ca un principiu fundamental, dreptul de dispoziție al părților, care se poate exercita atât cu privire la drepturile materiale deduse judecății, cât și în legătură cu exercițiul prerogativelor procesuale pe care legea le pune la îndemâna părților. Însă folosirea acestor drepturi nu se poate face în mod abuziv, în scopul eludării legii, pentru a obține foloase nelegitime sau pentru a prejudicia interesele unor terțe persoane.

¹⁷ A se vedea în acest sens P. C. Vlachide, *Repetiția principiilor de drept civil*, vol. I, Editura Europa Nova, București, 1994, p. 17-18.

¹⁸ Există două concepte privind noțiunea de abuz de drept: una subiectivă, restrictivă potrivit căreia nu constituie abuz de drept decât exercitarea unui drept cu scopul de a păgubi astfel o altă persoană sau actul de exercițiu contrar moralei sau bunei-credințe și alta obiectivă (consacrată de legislația noastră, art. 3 din Decretul 31/1954) care se bazează pe ideea ocrotirii prin lege a tuturor drepturilor subiective civile care sunt exercitate în conformitate cu destinația lor economică și socială (Șt. Răuschi, T. Ungureanu, *op.cit.*, p. 54).

Instanțele noastre judecătorești au aplicat sancțiuni diferite, de la caz la caz, în situațiile în care au fost depășite limitele de exercitare normală a drepturilor civile și procesual civile.

Astfel, a intervenit sancțiunea lipirii de ocrotire a dreptului invocat când acest drept a fost folosit în alt scop decât pentru cel care a fost recunoscut. Sau, poate opera sancțiunea interzicerii unui anumit mod de exercitare a dreptului; poate fi respins un anumit mijloc de apărare; titularul dreptului poate fi obligat la încetarea săvârșirii faptelor în care se încadrează exercițiul abuziv sau poate fi solicitată repararea pagubei materiale cauzate ș.a.m.d.

2.4. Apărarea drepturilor subiective civile

În mod normal drepturile subiective civile se exercită, potrivit legii, de către titularii lor și sunt respectate de celelalte persoane care au obligația de a nu face nimic de natură a stânjeni exercițiul normal al acestora. Există însă și situații când drepturile civile subiective sunt încălcate ori nerecunoscute și de aceea este necesar ca legea să organizeze modul de apărare și valorificare al acestor drepturi în folosul titularilor lor care au sesizat despre aceasta organele abilitate.

Dreptul material civil ar fi ineficace dacă pe calea procesului civil nu s-ar asigura realizarea lui și, tot astfel, procesul civil ar fi de neconceput fără existența unui drept material pe care să-l apere și să-l valorifice.

Analizând definiția de drept civil subiectiv, observăm că unul dintre elementele acestuia îl constituie posibilitatea de a recurge, în caz de nevoie, la forța de constrângere a statului.

Așadar, în situația în care un drept civil subiectiv este încălcat sau nerecunoscut, titularul acestuia are facultatea de a recurge la forța coercitivă a statului, respectiv la activitatea reglementată, pe care o desfășoară organele de stat competente – organele de jurisdicție – în vederea realizării scopului pentru care dreptul respectiv a fost recunoscut titularului său¹⁹.

Tragem concluzia că dreptul civil subiectiv încălcat sau nerecunoscut nu-și găsește protecția în caz de conflict, în cadrul sau prin intermediul dreptului material, ci este necesar a se recurge la normele dreptului procesual civil, mijlocul practic fiind acțiunea civilă.

Titularii drepturilor civile nesocotite au prerogativa de a se adresa, în calitate de reclamant, instanțelor de judecată competente. Acestea cercetează acțiunea reclamantului, pe baza dovezilor administrate la propunerea părților și a probelor ordonate de către instanță prin exercitarea rolului său activ, spre a constata dacă pretențiile formulate prin cererea de judecată corespund adevărului obiectiv sau nu.

După administrarea dovezilor și dezbaterrea procesului sub toate aspectele sale, instanța de judecată se pronunță printr-o hotărâre de admitere în totalitate sau în parte.

¹⁹ A se vedea, D. Radu, *Acțiunea în procesul civil*, Editura Junimea, Iași, 1974, p. 20 (citată în continuare *Acțiunea...*).

ori de respingere a acțiunii formulată de reclamant. Dacă membrii completului de judecată ajung la convingerea intimă că acțiunea este întemeiată și corespunde adevărului obiectiv, instanța recunoaște, prin hotărârea ce o pronunță, dreptul reclamantului și îl obligă pe pârât să-și îndeplinească prestațiile corespunzătoare prerogativelor încălcate.

În activitatea instanțelor de judecată și a celorlalți participanți la proces se nasc anumite raporturi procesuale civile care se stabilesc în cazul ivirii necesității de a apăra sau realiza pe cale judiciară un drept sau un interes civil aflat în stare de conflict.

În relația dintre raportul juridic de fond și raportul juridic procesual, baza o constituie întotdeauna raportul juridic de drept material.

Raporturile procesuale civile nu pot preexista raporturilor civile de drept material, ele se nasc pe baza acestora și au drept scop realizarea, consolidarea sau desființarea lor. Pentru a se ajunge la aceasta însă, art. 109 C. proc. civ. prevede că „oricine pretinde un drept împotriva unei alte persoane trebuie să facă o cerere înaintea instanței competente”. Deducem de aici că cererea de chemare în judecată constituie un act de procedură care obligă, investește instanța creând raporturi procesuale între părți.

Așa cum am menționat deja, mijlocul practic pus la îndemâna titularului unui drept subiectiv pentru realizarea sau valorificarea acestuia este acțiunea, aceasta reprezentând sancțiunea dreptului pentru că, în măsura în care legea recunoaște persoanelor drepturi subiective, ea trebuie să le pună la îndemână și mijlocul legal pentru apărarea lor.

Dreptul reclamantului de a introduce și susține acțiunea îi corespunde dreptul pârâtului de a răspunde la acțiune, de a se apăra, pentru că un drept poate fi realizat fie pe calea agresivă, ofensivă a acțiunii, fie pe cale defensivă, calea invocării excepției.

Deci, în cazul în care dreptul subiectiv este nesocotit, contestat sau încălcat, titularul său are posibilitatea de a recurge la forța de constrângere a statului – *jus persequendi judicio quod sibi debetur* – adică la activitatea special reglementată, desfășurată de organele de jurisdicție competente, în vederea realizării scopului pentru care drepturile încălcate sau nesocotite au fost recunoscute titularilor lor²⁰ sau, mai concret, de a declanșa procesul civil care servește la valorificarea dreptului subiectiv lezat²¹.

3. Apărarea drepturilor subiective civile pe cale de acțiune în justiție

Fiind o cale de apărare a drepturilor subiective civile, acțiunea civilă poate fi definită ca fiind „dreptul oricărei persoane de a reclama sau apăra în fața organelor de jurisdicție drepturi sau interese aflate în stare de conflict ori alte situații subiective care, pentru calificarea lor juridică, necesită intervenția justiției pentru ca prin aplicarea legii să se dispună asupra realizării sau exercitării lor în condițiile sau formele ce vor fi stabilite prin actul de jurisdicție”²².

²⁰ A se vedea, D. Radu, *Acțiunea...*, p. 24.

²¹ I. Stoenescu, S. Zilberstein, *Drept procesual civil. Teoria generală*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1983, p. 22.

²² D. Radu, *Acțiunea...*, p. 47.

Dorim să facem precizarea că pe calea acțiunii în justiție pot fi invocate și încălările aduse unor simple interese care nu se afirmă în cadrul unor raporturi juridice civile recunoscute și garantate ca atare de lege. Concret este vorba de acele situații de fapt avantajoase, existente pentru anumite persoane într-un moment dat și curmate, vătămăte prin săvârșirea de fapte ilicite de către alte persoane. De exemplu, s-a recunoscut dreptul unui copil minor aflat în întreținerea unei rude, fără să fi fost adoptat de către aceasta, de a obține despăgubiri de la autorul faptei ilicite în cazul în care ruda respectivă a fost victima unui accident²³. Au fost acordate, de asemenea, despăgubiri concubinei și copilului acesteia, care fuseseră întreținuți de victima unui accident²⁴.

Fie că acțiunea civilă este privită în sens obiectiv – ca mijloc de apărare a dreptului subiectiv civil – fie în sens subiectiv – ca drept subiectiv procesual al titularului dreptului subiectiv material de a urmări în justiție realizarea acestuia din urmă – în literatura de specialitate se fac unele sublinieri ce se impun a fi reținute.

Astfel, acțiunea civilă nu poate fi concepută decât în legătură cu drepturile procesuale organizate de legea de procedură pentru protecția dreptului subiectiv sau a altor interese ce nu se pot realiza decât pe calea justiției. Avem în vedere în principal dreptul de a te adresa instanței competente cu cerere de chemare în judecată, dreptul de a propune administrarea de probe, de a folosi mijloacele legale de apărare, de a solicita luarea de măsuri asiguratorii, de a recurge la căile de atac, de a cere executarea silită etc.

În momentul în care titularul dreptului subiectiv civil sau cel ce își valorifică un interes, ori alte persoane sau organe de stat, cărora legea le recunoaște legitimitate procesuală activă, apelează la acțiune, ea se individualizează, devine proces civil.

Deși se află într-o strânsă legătură, dreptul subiectiv și acțiunea civilă sunt noțiuni independente, aparținând unor ramuri de drept distincte: dreptul civil, respectiv dreptul procesual civil²⁵.

Între dreptul subiectiv civil și acțiunea civilă există deosebiri în legătură cu condițiile de existență, cu condițiile de exercitare și cu obiectul lor²⁶.

Astfel, în privința condițiilor de existență cele două noțiuni pot să se deosebească sub mai multe aspecte: sunt anumite drepturi, de pildă cazul obligațiilor naturale care nu sunt apărute pe cale de acțiune; există drepturi care, nefiind actuale, fiind supuse unui termen sau unei condiții suspensive, nu pot fi sancționate de o acțiune în realizare; titularul unui drept subiectiv ce nu a fost exercitat înăuntrul termenului de prescripție nu și-l poate apăra pe cale de acțiune, ci numai pe cale de excepție.

²³ D. Radu, note de curs.

²⁴ A se vedea Trib. Supr., sec. pen., dec. nr. 2722/1970, RRD nr. 3/1971, p. 130.

²⁵ În legătură cu această problemă în literatura de specialitate (străină și românească) au fost exprimate două opinii contrare. Într-o opinie acțiunea civilă este identificată cu dreptul subiectiv material (E. Garçonnet et César Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, vol. I, Paris, 1921, p. 520). Potrivit celeilalte opinii cele două noțiuni sunt considerate distincte, acțiunea civilă fiind un drept nou, respectiv dreptul de a obține protecția judiciară a dreptului subiectiv contestat sau încălcat (E. Glasson et E. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire et compétence et procédure civile*, vol. I, Paris, 1926, p. 441-443).

²⁶ A se vedea, I. Stoienescu, S. Zilberstein, *op.cit.*, p. 234-236.

În legătură cu condițiile de exercitare lipsa capacității de exercițiu și neîndeplinirea cerințelor privitoare la reprezentarea legală determină ca acțiunea să fie anulată fără ca totuși titularul să piardă facultatea de a-și exercita dreptul său.

Referitor la obiect, oricare ar fi obiectul dreptului subiectiv – o prestație, o abstențiune –, acțiunea are întotdeauna ca obiect protecția acestui drept care se poate înfățișa sub forme variate: executarea obligației sau obținerea unei despăgubiri, recunoașterea dreptului litigios, măsuri asiguratorii etc.

Deși există și puncte de vedere diferite se poate spune că puntea de legătură dintre dreptul subiectiv civil și acțiunea civilă este dreptul la acțiune.

Unul dintre elementele dreptului subiectiv civil îl constituie posibilitatea de a recurge, la nevoie, la forța de constrângere a statului. Constrângerea, în ipostaza care ne interesează, este reglementată prin legea procesuală sub forma acțiunii civile.

Deci, unul dintre elementele dreptului subiectiv civil este dreptul la acțiune, mai exact dreptul de a recurge la acțiune. Dreptul civil subiectiv cuprinde dreptul subiectului activ de a avea o anumită conduită în limitele determinate de lege, dreptul de a pretinde subiectului pasiv să aibă o conduită corespunzătoare și respectiv posibilitatea de a recurge, la acțiune. La rândul său dreptul la acțiune cuprinde o serie de prerogative: posibilitatea de a sesiza instanța competentă, de a solicita administrarea de probe, de a obține condamnarea părâtului, de a exercita căile legale de atac, de a obține executarea silită a hotărârii pronunțate de către judecător, pe care titularul le exercită parțial sau în totalitate după cum recurge la toate sau numai o parte din mijloacele procesuale din care este alcătuită acțiunea și în funcție de faptul dacă exercită dreptul la acțiune în limitele impuse de lege.

Apărarea drepturilor subiective prin intentarea acțiunii în justiție prezintă unele caractere specifice în sensul că s-a lărgit sfera persoanelor îndrituite a porni acțiunea și la alte persoane decât titularii drepturilor.

Astfel, procurorul, în conformitate cu dispozițiile art. 45 alin. 1 C. pr.c., poate intenta orice acțiune civilă, cu excepția celor strict personale; autoritatea tutelară poate sesiza instanța în cazul unor cereri ce vizează în primul rând ocrotirea minorilor; un cerc larg de persoane și organe ale statului pot cere punerea sub interdicție – în baza art. 143 C. fam. –; potrivit art. 81 C. fam., părinții firești ai adoptatului, instituțiile de ocrotire, autoritatea tutelară și orice organe ale administrației publice vor putea cere instanței judecătorești desfacerea adopției dacă aceasta este în interesul adoptatului.

Drepturile civile, în anumite cazuri, prevăzute expres de lege, pot fi apărute și pe cale administrativă²⁷.

Persoanele ale căror drepturi civile subiective au fost lezate pot, pentru apărarea sau valorificarea lor, să-și îndrepte pretențiile nu numai împotriva persoanelor fizice care le încalcă sau nu le recunosc, ci și împotriva persoanelor juridice. Astfel, odată cu adoptarea și intrarea în vigoare a Legii nr. 29/1990, a contenciosului administrativ, s-a creat posibilitatea ca persoanele fizice și persoanele juridice, care au fost vătămate în

²⁷ A se vedea, Șt. Răuschi, T. Ungureanu, *op. cit.*, p. 54.

drepturile lor prin acte administrative, să le poată ataca, adresându-se instanței judecătorești competente, care se poate pronunța și asupra legalității acestor acte²⁸.

Putem spune că apărarea drepturilor subiective civile se prezintă sub două aspecte: un aspect este reprezentat de garanțiile pe care le oferă prevederile din Constituția României și din alte legi, iar alt aspect vizează obligațiile impuse în acest sens prin dispozițiile legale organului statului cu atribuții în acest domeniu. De altfel, întreaga legislație este pusă în slujba persoanei și prin apărarea drepturilor subiective ale acesteia, care constituie un adevărat principiu.

THE CIVIL TRIAL AS A FORM OF VALUATION OF VIOLATED OR UNACKNOWLEDGED CIVIL RIGHTS

– Summary –

The civil trial stands for the activity of all persons and state authorities attending the debates taking place with a view to achieving and establishing violated or unacknowledged civil rights and interests, brought to trial.

As part of this activity, the parts have the freedom of possessing both the object of the trial between them and the processual means stipulated by the law with a view to defending their rights and interests.

They may say that the role of any civil trial is, among others, to value the citizens' fundamental rights and freedoms. Thus, the state has the obligation to organize and to guarantee the achievement of justice, as a separate power in the state.

The acknowledgement – general and special – of the subjective civil rights is legalized and it is achieved on the basis of different law sources, among which we mention: the Romanian Constitution, the Civil Code, Decree no. 31/1954, etc.

In the field of the protection of the subjective civil rights, according to the legislation in force, we can assert that there is acknowledged a really fundamental principle of the Romania civil law. This principle is enunciated in art. 3, 1st paragraph, Decree no. 31/1954 this way: „Civil rights are protected by law”. The same way, art. 26 of the International Pact concerning man's civil and political rights specifies: „All individuals are equal in front of the law and they all have, with no discrimination, the right to equal protection from the law”.

The juridical means of protecting subjective civil rights is the civil trial, which, in principle, takes place according to the procedure rules acknowledged by the frame in this field, the Civil Procedure Code.

²⁸ Art. 1, din Legea contenciosului administrativ nr. 29/1990 are următorul cuprins: „Orice persoană fizică sau juridică, dacă se consideră vătămată în drepturile sale, recunoscute de lege, printr-un act administrativ sau prin refuzul nejustificat al unei autorități administrative de a-i rezolva cererea referitoare la un drept recunoscut de lege, se poate adresa instanței competente pentru anularea actului, recunoașterea dreptului pretins și repararea pagubei ce i-a fost cauzată”. Pentru amănunte a se vedea A. Negoită, „Legea contenciosului administrativ – aspecte de ordin procesual”, revista „Dreptul” nr. 7-8/1991; p. 2-21.

The practising of the subjective civil rights must be achieved only according to their economic and social scope, obeying the law and morals, within their limits and with good-will. The violation of these conditions and principles is a law abuse that will be sanctioned as such.

In order to defend and value the overlooked, contested or violated subjective rights, the holder has the possibility of resorting to the constraining force of the state – *jus persecuendi judicio quond sibi debetur* – that is to the specially regulated activity, the civil trial.

Being a way of defending subjective civil rights, the civil suit stands for any individual's prerogative to claim or defend rights or interests in conflict, in front of the jurisdiction authorities. The civil suit cannot be conceived but connected to the processual rights organized by the law in order to protect the subjective law or other interests that can't be achieved but by the way of justice. They may say that one of the elements of the civil subjective law is the right to appeal to suit. On its turn, the right to suit contains some series of prerogatives: the possibility of informing the competent panel of judges of requesting evidence administration, of obtaining the defendant's sentence, of practising the legal ways of attack, of obtaining the constrained execution of the passed ruling etc.

Concluding, we consider that the defence of the civil rights is presented under two aspects: one is represented by the guarantees offered by the stipulations of the Romanian Constitution and of other laws, and the other refers to the obligations thus imposed through the legal dispositions of the state authorities with attributions in this field.

ACCESUL CONSUMATORULUI LA JUSTIȚIE

DE

CARMEN-TAMARA UNGUREANU

1. Potrivit art. 21 din Constituția României „Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime. Nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept”. Din moment ce accesul la justiție este garantat oricărei persoane fizice sau juridice, române sau străine – și consumatorul are calea deschisă. O problemă care se ivese, însă, în acest context este aceea a raportului dintre accesul liber la justiție și costul exercitării acestui drept¹. Deși justiția este, în esență, gratuită, procesul civil presupune numeroase cheltuieli, pornind de la taxele de timbru, timbru judiciar, onorariile experților, cheltuielile cu administrarea probelor și terminând cu onorariile avocaților, care, în funcție de serviciile acordate, se ridică la sume din ce în ce mai mari. În plus, majoritatea cheltuielilor trebuie făcute anticipat. Și atunci se naște întrebarea: există un acces *real* la justiție? Curtea Constituțională, sesizată cu soluționarea problemei, a răspuns că există deplină compatibilitate între legislația referitoare la taxa de timbru și art. 21 din Constituție². Cu toate acestea, considerăm că nu poate exista acces real la justiție, nu poate exista deplină egalitate în fața legii³ atâta timp cât judecarea unei cauze depinde de starea materială a reclamantului, de faptul dacă el își permite sau nu să suporte cheltuielile unui proces⁴.

În această conjunctură, pentru consumatorul lipsit de mijloace financiare, apelul la forța de constrângere a statului apare ca fiind un adevărat lux⁵. Este adevărat că în legislația privind protecția consumatorilor (O.G. 21/1992 în art. 43) se prevede gratuitatea acțiunilor îndreptate de către asociațiile pentru protecția consumatorilor împotriva agenților economici care au prejudiciat drepturile și interesele legitime ale consumatorilor. Dar această gratuitate prezintă două importante inconveniente:

¹ M. Voicu, „Accesul liber la justiție”, în „Dreptul” nr. 4/1997, p. 10.

² Curtea Constituțională, dec. nr. 7/1993, în Curtea Constituțională. Culegere de decizii și hotărâri 1992-1993, Ed. Monitorului Oficial, București, 1994, p. 145 și următoarele.

³ V. M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, Ed. Național, București, 1996, vol. I, p. 48.

⁴ A se vedea și M. Voicu, *op. cit.*, p. 10.

⁵ E. Heroveanu, *Principiile procedurii judiciare I*, Ed. Națională, București, 1932, p. 156.

– are în vedere doar scutirea de plata taxelor de timbru și a timbrului judiciar⁶;
 – privește doar acțiunile introduse de asociațiile pentru protecția consumatorilor, lăsând pe consumatorul individual fără protecție (privită din acest unghi).

Prin urmare, consumatorul fie devine membru al unei asociații de consumatori, fie suportă toate cheltuielile unei acțiuni în justiție.

În afara gratuității acțiunilor introduse de asociațiile de consumatori, sistemul nostru de drept oferă și o altă facilitate. În procesele civile, asistența juridică prin intermediul avocaților nu este obligatorie, așadar consumatorii pot renunța la serviciile unui avocat. Bine informați cu privire la drepturile lor, ei pot să-și susțină cauza și singuri. Desigur, șansele lor de reușită scad, pe când ale agentului economic, care se bucură de putere economică și juridică – în sensul că poate beneficia de asistență juridică calificată – cresc.

De aceea, în afara scutirii de plata taxelor, statul, în preocuparea lui pentru protecția consumatorilor, ar putea să instituie asistența juridică gratuită acordată consumatorilor cu venituri mici, astfel încât costurile ridicate ale procesului să nu-i descurajeze să acționeze în apărarea drepturilor lor.

2. În planul dreptului internațional privat pot lua naștere litigii transfrontiere. Prin litigiu transfrontier se înțelege acel litigiu dintre un consumator individual sau o asociație de consumatori și un profesionist, care nu își are sediul în același stat cu reclamantul. În zilele noastre, când mijloacele de comunicare sunt atât de perfecționate, asemenea litigii pot să apară ca rezultat al unei publicități realizate prin intermediul televiziunii transfrontiere, al încheierii contractelor de vânzare-cumpărare prin corespondență, precum și în urma dezvoltării turismului, care facilitează circulația persoanelor dintr-un stat în altul⁷. Atunci când un consumator român prejudiciat înțelege să sesizeze o altă instanță decât aceea de la domiciliul sau reședința sa obișnuită, el se poate confrunta cu anumite dificultăți procedurale⁸. Mai întâi, poate fi obligat să plătească o cauțiune (*cautio judicatum solvi*), dacă statul instanței nu a semnat Convenția de la Haga din 1954, referitoare la procedura civilă. Potrivit Convenției, cetățenii străini beneficiază de scutirea de orice garanție în procesul civil, pe bază de reciprocitate între cele două state (statul instanței sesizate și statul a cărui cetățenie o are consumatorul reclamant). Totodată, el poate întâmpina probleme legate de mijloacele de probă, de administrare a lor, de semnificația actelor procedurale în străinătate și enumerarea poate continua.

În România, consumatorii străini care sesizează instanțele române se bucură de un regim național, în sensul că au aceleași drepturi și obligații procedurale ca și cetățenii români (art. 163 alin. 1 din legea 105/1992). Sub condiția reciprocității, consumatorul

⁶ I. Zamfir, *Protecția consumatorilor în România. Acte normative comentate*, Ed. Continent XXI, București, 1997, p. 72.

⁷ V. Christianos, F. Picod, „Consommateurs”, în „Répertoire communautaire Dalloz”, aprilie 1996, p. 36 (nr. 300).

⁸ Consumatorul român poate sesiza o instanță străină întrucât competența instanței române în acest domeniu nu este exclusivă (art. 151 din legea 105/1992).

străin nu poate fi obligat să depună cauciune sau altă garanție, pe motiv că este străin (art. 163 alin. 3 din legea 105/1992).

3. Prejudiciile pe care le poate suporta consumatorul sunt de mai multe tipuri:

a) produsul achiziționat este defectuos, adică este el însuși prejudiciat: ex. congelatorul nu îngheață;

b) produsul defectuos cauzează prejudicii proprietății consumatorului: ex. congelatorul determină scurtcircuitarea instalației electrice din locuința consumatorului, cu rezultatul producerii unui incendiu;

c) este prejudiciată sănătatea, integritatea corporală sau chiar viața consumatorului: ex.: datorită incendiului cauzat de congelatorul defectuos, consumatorul suferă arsuri de gradul II și III.

Atunci când este vorba de prejudicii din prima categorie (a), daunele nu sunt de întindere mare, așa încât consumatorul nu va apela la justiție pentru a i se face dreptate. Timpul și banii irosiți într-un proces nu justifică rezultatul urmărit. De aceea, consumatorul fie va rămâne în pasivitate, fie va acționa pe o altă cale: se va adresa agentului economic răspunzător ori va sesiza Oficiul pentru Protecția Consumatorilor. Litigiile pot fi soluționate pe cale amiabilă, agentul economic fiind interesat să-și păstreze clientela și o imagine nepătată pe piața produselor pe care le comercializează. Dacă, totuși, agentul economic refuză să dea satisfacție consumatorului, acesta se va adresa organului administrației publice, care are printre atribuțiile lui rezolvarea sesizărilor consumatorilor. Astfel, potrivit art. 2 (15) din H.G. 223/1995, privind organizarea și funcționarea Oficiului pentru Protecția Consumatorilor, acesta primește și rezolvă sau, după caz, transmite spre soluționare celor competenți sesizările asociațiilor pentru protecția consumatorilor sau ale consumatorilor individuali. Pentru a încuraja pe consumatori, Oficiul redactează materiale de informare, prin care aduce la cunoștința celor interesați care este procedura de urmat. Astfel, dacă reclamația cuprinde revendicări bănești, ea trebuie redactată în scris, pe un formular pus la dispoziție de Oficiu. Consumatorul trebuie să depună odată cu reclamația mijloacele de probă pe care se sprijină, ca: facturi, bonuri, tichete, contracte și chiar produsul defectuos (dacă este posibil), din care să reiasă data, locul și obiectul achiziției. Dacă sesizarea consumatorului nu cuprinde revendicări materiale, ci doar semnalează situații necorespunzătoare sau periculoase, poate fi făcută și telefonic⁹. În anul 1996 oficiile de protecție a consumatorilor au primit 13.949 sesizări și reclamații, direct sau prin asociațiile de consumatori, din care 74% s-au dovedit întemeiate. În consecință au fost înlocuite sau remediate produsele defectuoase ori s-a restituit contravaloarea produselor necorespunzătoare calitativ¹⁰.

Când este vorba de viața, sănătatea, integritatea corporală a consumatorului sau de proprietatea acestuia, alta decât produsul defectuos însuși, daunele cresc în importanță

⁹ E. Bojin, *Educația ecologică a consumatorului*, Universitatea Ecologică, București, 1996, p. 94.

¹⁰ C. Toma, „Aplicarea legislației din România privind protecția consumatorilor”, în lucrările seminarului „Legislația Protecției Consumatorilor”, organizat de Asociația Baroului American (ABA) și Fundația Soros pentru o Societate Deschisă, Iași, 14 martie 1997, p. 26.

și soluționarea litigiilor pe cale amiabilă sau prin intermediul Oficiului pentru Protecția Consumatorilor este greu de realizat. Calea de urmat pare să fie acțiunea în justiție ori, dacă agentul economic responsabil și consumatorul prejudiciat au încheiat o clauză compromisorie sau un compromis, acțiunea arbitrală.

În litigiile de consum, calitate procesuală activă poate avea fie consumatorul individual, fie o asociație a consumatorilor, care acționează în numele membrilor ei (conform art. 38 lit. g din O.G. 21/1992).

Se pune întrebarea ce se întâmplă atunci când mai mulți consumatori individuali sunt prejudiciați de produse similare, având același defect. Pot introduce *împreună* o acțiune în justiție? Este vorba de o coparticipare procesuală? Conform art. 47 din Codul de procedură civilă „Mai multe persoane pot fi împreună reclamante sau pârâte dacă obiectul pricinii este un drept sau o obligațiune comună ori dacă drepturile sau obligațiile lor au aceeași cauză”¹¹. Răspunsul pozitiv sau negativ la întrebarea pusă depinde de interpretarea textului. De exemplu, dacă la o petrecere toți invitații mănâncă prăjituri făcute dintr-un pachet de 2 kg făină, ce conținea o substanță periculoasă pentru sănătate, suferind intoxicații alimentare grave, acțiunea lor în justiție are o cauză comună și ei devin coparticipanți în procesul civil. Dacă, însă, mai mulți consumatori cumpără același produs și, folosindu-l, suferă și ei intoxicații, se poate considera că acțiunea lor în justiție are aceeași cauză? Prejudiciul are ca izvor „acțiunea” produsului defectuos similar, fabricat de același agent economic. Printr-o interpretare largă a textului articolului 47, ei pot deveni coparticipanți în procesul civil: dacă au introdus acțiuni separate, instanța le va conexe.

4. În România, competente să soluționeze aceste cauze sunt instanțele de drept comun. Procedura obișnuită de soluționare a litigiilor prezintă anumite inconveniente pentru consumatori, constând, mai ales, în lipsa celerității desfășurării procesului, în procedura costisitoare și caracterul anevoios al administrării probelor. De asemenea, judecătorii nu sunt familiarizați cu problematica protecției consumatorilor, care este nouă în țara noastră; totodată, lipsesc dispozițiile speciale în cel mai important domeniu al răspunderii pentru produse atunci când viața, sănătatea și integritatea corporală a consumatorului sunt puse în pericol, obligând pe judecător să facă aplicarea unor dispoziții asemănătoare, prin interpretare (art. 3, art. 1000 alin. 1 Cod civil).

Se pune, așadar, întrebarea dacă nu ar fi mult mai avantajoasă, pentru realizarea unei protecții adecvate a consumatorilor, constituirea unor instanțe specializate, care să asigure o procedură rapidă, eficientă și ieftină în soluționarea litigiilor de consum. În țările Uniunii Europene s-a propus această soluție, dar punerea ei în practică a fost împiedicată de obstacole precum: costul ridicat, probleme de organizare și administrare a justiției, riscul conflictelor de competență¹². Toate facilitățile pe care le-ar presupune o asemenea jurisdicție specială pot fi atinse în cadrul celei existente, de drept comun. Pentru asta este necesară o legislație adecvată, în plan material și procesual, astfel încât instanțele să poată soluționa cu ușurință cauzele introduse de consumatorii prejudiciați.

¹¹ A se vedea și V.M. Ciobanu, *op. cit.*, vol. I, p. 318.

¹² V. Christianos, F. Picod, *op. cit.*, p. 34 (no. 287).

5. Potrivit art. 340 Cod procedură civilă, persoanele care au capacitatea deplină de exercițiu pot conveni să soluționeze pe calea arbitrajului litigiile *patrimoniale* dintre ele, în afară de acelea care privesc drepturi asupra cărora legea nu permite a se face tranzacție. În legislația specială privind protecția consumatorilor nu există prevederi referitoare la arbitraj. Și acolo unde legea nu interzice, înseamnă că permite. Rezultă că în cazul prejudiciilor *patrimoniale*, consumatorii pot încheia convenții de arbitraj cu agenții economici responsabili. Problema care se pune aici este dacă aceste convenții se pot încheia atât înainte de producerea prejudiciului, cât și după ce acesta a avut loc. Din moment ce legea nu distinge, sunt valabile atât compromisul, adică acordul prin care părțile supun spre soluționare litigiul *existent* între ele unei instanțe arbitrale, cât și clauza compromisorie, încheiată în vederea unui eventual litigiu ce se poate naște între părți în viitor¹³. Deși sunt admisibile ambele forme ale convenției arbitrale, considerăm că, cel puțin, clauza compromisorie nu este în avantajul consumatorului, ea putând să apară ca o clauză abuzivă în contractul încheiat: profesionistul își impune voința în desemnarea instanței arbitrale, profitând de ascendentul său economic și juridic pe care îl are asupra consumatorului, partea slabă din contract.

Cu privire la litigiile ce au ca sursă prejudiciile aduse vieții, sănătății sau integrității corporale a consumatorului nu poate fi încheiată nici un fel de convenție arbitrală.

Arbitrajul poate juca un rol important în soluționarea litigiilor de consum, interne sau transfrontiere (care aparțin dreptului internațional privat). În afara procedurii simple, rapide și puțin costisitoare, arbitrajul prezintă și avantajul degrevării instanțelor de drept comun de sarcina soluționării litigiilor de consum, care pot deveni din ce în ce mai numeroase, pe măsură ce consumatorii vor conștientiza drepturile ce sunt recunoscute în favoarea lor.

În litigiile transfrontiere, consumatorul român poate sesiza fie o instanță română, fie una străină. Instanțele române sunt competente dacă:

- profesionistul responsabil are sediul sau o filială (sucursală, reprezentanță) în România (art. 149.1 și 149.2 din legea 105/1992);
- prejudiciul cauzat consumatorului a intervenit în România (art. 149.5 din legea 105/1992);
- produsul defectuos a fost produs sau comercializat în România (art. 149.5 din legea 105/1992);
- contractul de vânzare-cumpărare al produsului defectuos a fost încheiat sau se execută, chiar parțial, pe teritoriul României (art. 149.4 din aceeași lege);
- părțile au susus, prin convenție, litigiul lor unei instanțe române (art. 154 din legea 105/1992)¹⁴.

Întrucât instanțele române nu au o competență exclusivă de soluționare a litigiilor

¹³ I. Macovei, *Instituții în dreptul comerțului internațional*, Ed. Junimea, Iași, 1987, p. 359.

¹⁴ S. David, „Regimul general și de drept internațional privat al răspunderii pentru produse”, în *Revista de Drept Comercial* nr. 4/1993, p. 26.

de drept comun în dreptul internațional privat, consumatorul român poate sesiza și o instanță străină. Dacă profesionistul are sediul într-o țară străină și consumatorul introduce acțiunea în justiție la instanța de la sediul acestuia, șansele ca hotărârea obținută să fie pusă în executare sunt mult mai mari. Acesta ar fi avantajul principal urmărit de consumator, pentru că accesul la justiție și obținerea unei hotărâri judecătorești nu au valoare fără punerea în executare a hotărârii și obținerii reparației.

L'ACCÈS DU CONSOMMATEUR À LA JUSTICE

– Résumé –

L'article 21 de la Constitution de la Roumanie, en garantant l'accès à la justice à toute personne, le consommateur peut s'y adresser soit lui-même, soit par une association de consommateurs que représente ses membres. Toutefois, il faut observer que les frais qu'un procès civil requiert sont élevés, de sorte qu'il ne soit pas possible un accès réel du consommateur lui-même à la justice, qui d'habitude est privé de moyens financiers nécessaires. Seulement les associations de consommateurs ne sont pas obligées de payer certains timbre judiciaires, assez coûteux, lorsqu'elles introduisent d'actions au nom de leurs membres. Le consommateur peut introduire d'actions pour des préjudices relatifs, soit au produit lui-même défectueux (a), soit à sa propriété (b), soit à sa santé (c). Quant au produit lui-même défectueux, le coût d'un procès étant d'habitude supérieur à la valeur du produit, le consommateur essaye régler en contactant directement l'agent économique responsable (le commerçant) ou il s'adresse à l'Office pour la Protection du Consommateur, qui va agir au niveau administratif. En ce qui concerne la propriété et la santé du consommateur, les intérêts économiques en litige sont en principe grands, de sorte que les parties s'adressent à la justice. Compétente pour trancher un litige où l'une des parties est un consommateur peut être, selon le cas, soit une instance roumaine, soit une instance étrangère.

ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE PRIVIND ÎMBOGĂȚIREA FĂRĂ JUSTĂ CAUZĂ

DE

MARIA GAIȚĂ

1. Considerații generale

În Codul civil îmbogățirea fără justă cauză nu este prevăzută printre izvoarele obligațiilor¹. Există numai unele aplicații ale îmbogățirii fără justă cauză la diferite situații de fapt, ca expresie a principiului potrivit căruia nimeni nu are dreptul să-și mărească patrimoniul în detrimentul altuia. Astfel: potrivit art. 493 C. civ., proprietarul care ridică o construcție pe terenul său, cu material străin, este dator să plătească contravaloarea materialelor; potrivit art. 494 C. civ., persoana care a construit pe terenul altuia va trebui îndemnizată de proprietarul terenului, care reține construcția; conform art. 484 C. civ., proprietarul culege fructele bunului, dar are obligația să plătească semănăturile, arăturile și munca depusă de alții.

Tot principiul îmbogățirii fără justă cauză stă și la baza obligației de restituire a cheltuielilor făcute de unele persoane cu conservarea lucrului altuia, sau care au dus la creșterea prețului lucrului: accipiens (art. 997 C. civ.); depozitar (art. 1618 C. civ.); creditor gajist (art. 1691 C. civ.).

Îmbogățirea fără justă cauză este o creație a practicii judiciare teoretizată în doctrină, care, pe baza acestor aplicații practice, a explicat instituția, ca izvor distinct de obligații.

În literatura juridică s-a exprimat opinia că îmbogățirea fără justă cauză cuprinde toate situațiile în care, deși nu a existat o plată, a survenit îmbogățirea unui patrimoniu în detrimentul altui patrimoniu, fără ca îmbogățirea să poată fi justificată printr-o cauză juridică².

¹ Potrivit Codului civil sunt izvoare de obligații: contractul, evasicontractul, delictul, evasidelictul și legea. Această clasificare s-a considerat a fi incompletă pentru omisiunea de a fi prevăzută, printre izvoarele obligațiilor, și îmbogățirea fără justă cauză. (C. Stătescu, C. Bărsan, *Drept civil, Teoria generală a obligațiilor*, Editura ALL, București, 1993, p. 20)

² A se vedea: M.B. Cantacuzino, *Elementele Dreptului civil*, Editura Cartea Românească S.A., București, 1921, p. 437.

În toate cazurile, între persoana care și-a mărit patrimoniul și cea al cărei patrimoniu s-a micșorat se naște un raport juridic în cadrul căruia îmbogățitul devine debitor față de sărăcit și are obligația să-i înapoieze avantajul obținut în dauna lui.

2. Condițiile necesare pentru invocarea îmbogățirii fără justă cauză

În caz de îmbogățire fără justă cauză, cel sărăcit are acțiune în restituire împotriva celui îmbogățit (*actio de in rem verso*). În doctrină, acțiunea în restituire a fost considerată ca o „condiția sine causa”³. Prin această acțiune se asigură restabilirea echilibrului patrimonial între părți, iar admisibilitatea ei se stabilește în raport cu anumite condiții care se cer a fi îndeplinite⁴.

Aceste condiții sunt:

a) *Să existe îmbogățirea patrimoniului pârâtului*. Sporirea patrimoniului pârâtului se apreciază în sens larg, existând îmbogățire ori de câte ori pârâtul are un avantaj pecuniar exclusiv și important⁵. Ea nu se limitează doar la situațiile în care în patrimoniul acestuia intră bunuri⁶ sau crește valoarea bunurilor existente, ci poate consta și în prestarea unor servicii în favoarea pârâtului⁷, executarea unor lucrări care exced proiectul de execuție și devizul de lucrări⁸ sau în micșorarea pasivului prin stingerea unei datorii, în evitarea unor pierderi sau a unor cheltuieli.

b) *Sărăcirea patrimoniului reclamantului*, care de asemenea poate să constea fie în micșorarea elementelor active (sustragerea sau distrugerea unui bun), fie în sporirea pasivului. Condiția sărăcirii patrimoniului celui care introduce acțiunea în restituire este esențială, în lipsa ei neexistând obligația de restituire, chiar dacă patrimoniul pârâtului a sporit⁹.

c) *Între mărirea patrimoniului pârâtului și micșorarea patrimoniului reclamantului să existe o corelație necesară*, îmbogățirea unui patrimoniu fiind condiționată de sărăcirea celui alt¹⁰. Micșorarea unui patrimoniu trebuie să apară ca o consecință directă a măririi celui alt, în sensul că sporirea unui patrimoniu și micșorarea altui patrimoniu sunt efectul unei cauze unice, fără a se cere o legătură cauzală¹¹.

³ *Ibidem*

⁴ A se vedea: T.S. s.civ., dec. nr. 506 din 19 martie 1986, în R.R.D. nr. 12/1986, p. 60.

⁵ A se vedea: Trib. Jud. Timiș, dec. civ., nr. 57 din 15 ianuarie 1971, în R.R.D. nr. 9/1971, p. 161.

⁶ A se vedea: Trib. Jud. Suceava, dec. civ. nr. 661 din 14 iulie 1965, în R.R.D. nr. 5/1967, p. 131.

⁷ A se vedea: T.S. col.civ. dec. nr. 492 din 14 martie 1963, în I. Mihuță, Al. Lesviodax, *Repertoriu de practică judiciară în materie civilă a Tribunalului Suprem și a altor instanțe judecătorești pe anii 1952-1969*, Editura Științifică București, 1970, p. 197; *idem*, dec. civ. nr. 1168 din 9 noiembrie 1966 în C.D., 1966, p. 197.

⁸ A se vedea: T.S. s.civ., dec. nr. 476 din 15 martie 1986 în C.D. 1986, p. 72-74.

⁹ A se vedea: Trib. Jud. Suceava, dec. civ. nr. 637 din 8 iunie 1973, în R.R.D. nr. 10/1974, p. 68.

¹⁰ A se vedea: T.S. col. civ., dec. nr. 470 din 19 martie 1960, în C.D. 1960, p. 96-102.

¹¹ A se vedea: R. Sanilevici, *Drept civil, Teoria generală a obligațiilor*, Universitatea Iași, 1976, p. 224; C. Stănescu, C. Bărsan, *Drept civil, Teoria generală a obligațiilor*, Editura ALL București, 1993, p. 109; L. Pop, *Drept civil, Teoria generală a obligațiilor*, Tratat, Ediția a II-a, Fundația Chemarea Iași, 1996, p. 138.

d) *Absența unei cauze legitime pentru mărirea unui patrimoniu în detrimentul altui patrimoniu.* Noțiunea de cauză legitimă este privită ca inexistența unui temei care să justifice mărirea unui patrimoniu și micșorarea celui alt¹². De pildă, cererea care are ca obiect plata remunerației pentru munca prestată în lipsa unui contract de muncă este o acțiune bazată pe principiul îmbogățirii fără justă cauză¹³.

Îmbogățirea are temei, fiind legitim dobândită, atunci când prestațiile sau serviciile care au generat-o au fost obținute în baza unui contract sau în executarea unei obligații legale, ori naturale, deoarece principiul îmbogățirii fără justă cauză nu-și găsește aplicarea dacă îmbogățirea s-a produs în temeiul unui contract¹⁴, posesie de bună-credință, uzucapiune, fapt ilicit.

În jurisprudență, s-a hotărât că termenul „temei”, din noțiunea îmbogățire fără just temei, are sensul de „justificare” a îmbogățirii obținute în executarea unei obligații, și că sărăcirea are temei dacă rezultă din prestații sau cheltuieli efectuate ca o liberalitate¹⁵.

e) *Cel sărăcit să nu aibă la dispoziție un alt mijloc juridic prin care să-și poată recupera pierderea suferită.* Acțiunea întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză poate fi introdusă numai dacă sărăcitul nu are calea unei alte acțiuni, cum ar fi cea născută din contract, delict sau alt izvor de obligații, deoarece această acțiune are un caracter subsidiar¹⁶.

Nu este admisibilă acțiunea de in rem verso dacă reclamantul a avut drept la o acțiune, pe un alt temei, dar s-a prescris, sau dacă prin această acțiune se urmărește eludarea unor dispoziții imperative ale legii¹⁷.

Pornirea acțiunii nu impune condiția de capacitate a părților, pentru că obligația de restituire există independent de vreo manifestare de voință, și nici culpa ca o condiție a răspunderii.

3. Prescripția dreptului la acțiunea de in rem verso

Acțiunea în restituire, întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză, este supusă termenului de prescripție de trei ani, termen care curge, potrivit art. 8 alin. 2 din Decretul nr. 167/1958, din momentul în care sărăcitul a cunoscut atât faptul mării altui patrimoniu în detrimentul patrimoniului său, cât și persoana care a beneficiat de mărire¹⁸. Din momentul cunoașterii faptului mării patrimoniului părâtului în detrimentul

¹² A se vedea: T.S. col. civ. dec. nr. 102 din 17 ianuarie 1968, în R.R.D. nr. 6/1968, p. 171; Trib. Jud. Hunedoara, dec. civ. nr. 899 din 28 septembrie 1984, în R.R.D. nr. 2/1985, p. 70.

¹³ A se vedea: T.S. s. civ., dec. nr. 1168 din 9 noiembrie 1966, în C.D. 1966, p. 197.

¹⁴ A se vedea: T.S. col. civ., dec. nr. 898 din 11 mai 1956 în „Justiția Nouă” nr. 8/1956, p. 1476, *idem* dec. nr. 470 din 19 martie 1960, *cit. supra*; *idem* dec. nr. 254 din 6 martie 1961, în I. Mihuța, *Repertoriu...* 1952-1969, p. 197.

¹⁵ A se vedea: T.S. col. civ., dec. nr. 470/1960 *cit. supra*.

¹⁶ A se vedea: Trib. Jud. Hunedoara, dec. civ. nr. 899/1984, *cit. supra*.

¹⁷ A se vedea: T.S. col. civ., dec. nr. 470/1960, *cit. supra*.

¹⁸ A se vedea: O. Popa, Prescripția acțiunii întemeiate pe îmbogățirea fără just temei, în R.R.D. nr. 1/1968, p. 65-67; T.S., s. civ., dec. nr. 717 din 20 martie 1973, în C.D. 1973, p. 152-153.

patrimoniului său, pentru reclamant curge timpul cerut pentru a prescrie, iar curgerea termenului nu poate fi împiedicată decât în cazurile prevăzute de lege¹⁹.

4. Efectele îmbogățirii fără justă cauză

Îmbogățirea fără justă cauză are ca principal efect obligația de restituire a persoanei care s-a îmbogățit față de cel sărăcit, restituire care, de regulă, se face în natură.

Restituirea prin echivalent se produce numai dacă nu este posibilă restituirea în natură.

Aplicarea principiului îmbogățirii fără justă cauză impune, pentru obligația de restituire, o dublă limitare²⁰:

a) Valoarea la plata căreia este obligat părâtul nu poate depăși îmbogățirea lui efectivă, mărirea patrimoniului acestuia fiind apreciată la data introducerii acțiunii.

În doctrină, s-a susținut că regula stabilirii obligației de restituire a părâtului în funcție de momentul introducerii acțiunii ar constitui un caz de aplicare a teoriei impreviziunii²¹. Teoria impreviziunii privește însă exclusiv raporturile contractuale, ea nefiind aplicată în cazul raporturilor obligaționale ce se nasc dintr-o faptă licită cum este îmbogățirea fără justă cauză.

Dacă până la momentul chemării în judecată bunul a pierit din caz fortuit sau forță majoră, părâtul nu mai poate fi obligat la restituire, iar dacă bunul a fost înstrăinat se restituie suma încasată de părât ca preț al bunului, aceasta fiind valoarea cu care i-a crescut patrimoniul.

b) Cel sărăcit nu poate primi decât valoarea cu care patrimoniul său a fost micșorat, deoarece, dacă ar obține mai mult, s-ar îmbogăți fără justă cauză²².

5. Natura juridică a îmbogățirii fără justă cauză

Îmbogățirea fără justă cauză este un izvor distinct de obligații. Este un fapt licit, care fiind exclusiv de orice culpă, deosebește raportul juridic izvorât din îmbogățirea fără justă cauză de răspundere civilă delictuală, care întotdeauna presupune culpa debitorului.

Îmbogățirea fără justă cauză se deosebește și de gestiunea de afaceri, deși ambele se întemeiază pe echitate, principiu conform căruia nimănui nu-i este permis să-și sporească patrimoniul în detrimentul patrimoniului altei persoane.

În cazul îmbogățirii fără justă cauză obligația de restituire este limitată la sporirea efectivă a patrimoniului celui îmbogățit, în timp ce la gestiunea de afaceri gerantul are obligația să restituie toate cheltuielile necesare și utile făcute de gerant, indiferent de avantajele obținute de acesta.

¹⁹ A se vedea: Al. I. Oproiu, *Prescripția acțiunii întemeiate pe principiul îmbogățirii fără justă temei*, în R.R.D. nr. 11/1968, p. 84-86.

²⁰ A se vedea: T.S., col. civ., dec. nr. 102 din 17 ianuarie 1968, *cit. supra*.

²¹ A se vedea: L. Pop, *op. cit.*, p. 141.

²² A se vedea: Trib. Jud. Vaslui, dec. civ. nr. 293 din 27 mai 1983, în R.R.D. nr. 1/1984, p. 57.

Gestiunea de afaceri este rodul manifestării de voință a gerantului, pe când îmbogățirea fără justă cauză poate lua naștere și prin fapta unui terț, caz fortuit sau forță majoră.

Cu plata nedatorată, îmbogățirea fără justă cauză are elemente comune doar dacă accipiensul a fost de bună credință, adică a primit plata cu convingerea că îi este datorată. În această situație accipiensul este ținut să restituie prestația numai în limita îmbogățirii realizate, el neputând fi prejudiciat.

Întrucât dispozițiile Codului civil trebuie să se constituie într-un instrument juridic coerent, care să acopere, ca sferă de aplicare, diversitatea și multitudinea raporturilor sociale civile, credem că îmbogățirea fără justă cauză, în viitorul Cod civil, va trebui să primească o enunțare de principiu.

THEORETISCHE UND PRAKTISCHE GESICHTSPUNKTE BETREFFS DER BEREICHERUNG OHNE GERECHTEN GRUND

– Zusammenfassung –

Der Artikel umfasst theoretische und praktische Ansichten betreffs der Bereicherung ohne gerechten Grund, gesetzliche Tat, die im Zivilgesetzbuch nicht in dem Quellen der Pflichten vorgesehen ist.

Dank des Wertes der Institution schätzt die Autorin, dass in dem zukünftigen Zivilgesetzbuch die Bereicherung ohne gerechten Grund eine Prinzipaussage bekommen werden muss.

DISCUȚIE ASUPRA ORDINII DE PREFERINȚĂ A PRIVILEGIILOR

DE

DAN CONSTANTIN TUDURACHE

1. Prin ordonanța guvernului nr. 11/1996¹ s-a stabilit procedura de executare a creanțelor bugetare, iar în art. 71 al acestui act normativ s-a reglementat modul de distribuire a sumelor rezultate în urma vânzării bunurilor debitorului, în cazul în care executarea silită a fost pornită de mai mulți creditori sau când până la eliberarea sau distribuirea sumei rezultate din executare au depus și alți creditori tilturile lor executorii.

Astfel, în cazul în care are loc executarea silită de către organele prevăzute de art. 24 din Ordonanță, distribuirea sumei rezultate din vânzarea bunurilor debitorului se face în următoarea ordine:

a) creanțe reprezentând cheltuielile de orice fel, făcute cu urmărirea și conservarea bunurilor al căror preț se distribuie;

b) creanțe reprezentând salarii și alte datorii asimilate acestora, pensii, ajutoare pentru incapacitate temporară de muncă, pentru prevenirea îmbolnăvirilor, refacerea sau întărirea sănătății, acordate în cadrul asigurărilor sociale de stat, precum și creanțele reprezentând obligația de reparare a pagubelor cauzate prin moarte, vătămarea integrității corporale sau a sănătății;

c) creanțele rezultând din obligații de întreținere, alocații pentru copii sau de plată a altor sume periodice destinate asigurării mijloacelor de existență;

d) creanțele statului provenite din impozite, taxe și din alte obligații fiscale stabilite potrivit legii, din contribuții la bugetul asigurărilor sociale de stat, precum și la fondurile speciale;

e) creanțele rezultând din împrumuturi acordate de stat;

f) creanțele reprezentând despăgubiri pentru repararea pagubelor pricinuite proprietății publice prin fapte ilicite;

g) creanțele rezultând din împrumuturi bancare, din livrări de produse, prestări de servicii sau alte lucrări, precum și din chirii;

¹ Publicată în M.Of. nr. 23 din 31 ianuarie 1996.

h) creanțe reprezentând amenzi cuvenite bugetului de stat sau bugetelor locale, după caz;

i) alte creanțe.

Dacă există creditori care, asupra lucrului vândut, au drepturi de preferință conservate, în condițiile prevăzute de lege, la distribuirea sumei rezultate din vânzarea bunului, creanțele lor vor fi plătite înaintea creanțelor prevăzute la art. 71 alin. 1 lit. g), iar creanțele garantate prin gaj sau prin ipotecă, constituite asupra bunului urmărit, vor fi plătite din prețul acestui bun, chiar înaintea creanțelor prevăzute la art. 71 alin. 1 lit. b)-i) inclusiv, dacă restul bunurilor și veniturilor urmăribile ale debitorului asigură plata acestor din urmă creanțe.

2. Ordinea de preferință cuprinsă în cadrul art. 71 și 72 din O. G. nr. 11/1996 este apropiată de ordinea de preferință stabilită în Decretul nr. 221/1960. În perioada cât a fost în vigoare acest din urmă act normativ, s-a susținut că ordinea de preferință cuprinsă în ale sale art. 34 și 36 ar fi înlocuit ordinea de preferință cuprinsă în Codul civil².

Se pune întrebarea dacă sub imperiul ordonanței guvernului nr. 11/1996 poate fi primită o asemenea opinie. Considerăm că ordinea stabilită în art. 71 și 72 ale O. G. nr. 11/1996 este aplicabilă numai în cazul unei urmăriri desfășurată de organele competente să realizeze executarea silită a creanțelor bugetare, iar atunci când executarea se efectuează de către instanța de drept comun, distribuția prețului se face potrivit prevederilor Codului civil.

Ne sprijinim în susținerea acestui punct de vedere pe argumentul desprins din textul art. 71 care arată, în mod deslușit, că ordinea de preferință pe care o conține este aplicabilă în cazul executării silite de competența organelor prevăzute la art. 24 din ordonanță. Per a contrario atunci când executarea este desfășurată prin intermediul altor organe de executare, nu se aplică această ordine de preferință, ci aceea cuprinsă în Codul civil.

3. Este adevărat că ordinea de preferință din Codul civil ar trebui să fie îmbunătățită întrucât lasă ca fiind creanțe chirografare acele creanțe ce reprezintă obligația de reparare a pagubelor cauzate prin moarte, vătămarea integrității corporale sau a sănătății, precum și pe cele ce rezultă din obligații de întreținere, alocații pentru copii sau de plată a altor sume periodice destinate asigurării mijloacelor de existență, și ar trebui ca în lege să fie prevăzută o ordine de preferință unică, indiferent de organul de executare, dar aceasta nu înseamnă extinderea nejustificată a unor norme la situații pe care legea nu le are în vedere.

4. Este de observat că, raportată la ordinea de preferință cuprinsă în Decretul nr. 221/1960, ordinea de preferință statornicită prin prevederile O.G. nr. 11/1996 este judicios concepută în ce privește creanțele reprezentând amenzile cuvenite bugetului de stat sau bugetelor locale, după caz. Astfel, dacă în art. 34 al Decretului nr. 221/1960 acestea

² A se vedea Constantin Stătescu, Corneliu Bărsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura ALL, București, 1993, p. 392-394.

erau prevăzute a fi satisfăcute înaintea creanțelor provenite din livrări de produse, prestări de servicii și executări de lucrări, potrivit art. 71 din O. G. nr. 11/1996, creanțele reprezentând amenzii sunt plătite după acoperirea creanțelor rezultând din împrumuturi bancare, din livrări de produse, prestări de servicii sau alte lucrări, precum și din chirii, modalitate care asigură caracterul de sancțiune exclusiv personală a amenzii, dat fiind că, potrivit ordinii Decretului nr. 221/1960, sancțiunea amenzii se răsfrângea în cele din urmă în patrimoniul creditorilor menționați la lit. b) din art. 34 al decretului, ale căror creanțe ajungeau să nu poată fi acoperite datorită plății amenzilor aplicate debitorului lor.

5. Este criticabil, însă, faptul că ordinea de preferință menționată de art. 71-72 din O.G. nr. 11/1996 rămâne tributară reglementării Decretului nr. 221/1960 în privința creditorilor gajiști și ipotecari. Astfel, în alineatul 2 al art. 72 se arată că creanțele garantate prin gaj sau prin ipotecă, constituite asupra bunului urmărit, vor fi plătite din prețul acestui bun chiar înaintea creanțelor prevăzute la art. 71 alin. 1 lit. b)-i) inclusiv, dacă restul bunurilor și veniturilor urmăribile ale debitorului asigură plata acestor din urmă creanțe. În caz contrar, plata fiecărei creanțe se va face potrivit ordinii de preferință stabilite de art. 71.

Nu poate fi ridicată vreo obiecție în ce privește plata înaintea creditorilor gajiști și ipotecari a creditorilor ce dețin creanțe din acelea menționate la lit. a)-f). Însă nu vedem de ce un creditor ipotecar sau gajist trebuie să fie satisfăcut în urma unui creditor chirografar a cărui creanță s-ar înscrie la lit. g) a art. 71 sau după ce s-ar plăti amenzile pe care le are debitorul, ceea ce înseamnă anularea efectului ipotecii în mod cu totul nejustificat.

În ce privește creanțele menționate la lit. g) (cele care rezultă din împrumuturi bancare, din livrări de produse, prestări de servicii sau alte lucrări, precum și din chirii), considerăm că pot fi plătite înaintea creditorilor ipotecari sau gajiști, numai dacă se încadrează în categoria creanțelor privilegiate (la care se referă, de altfel, art. 72 alin. 1); poate fi vorba de un privilegiu al vânzătorului neplătit al lucrului pe care ulterior s-a înscris o ipotecă ori a fost dat în gaj, un privilegiu al constructorului ori arhitectului sau al persoanei care a împrumutat bani pentru cumpărarea ori construcția imobilului care ulterior a fost ipotecat, sau un privilegiu al locatorului.

6. Acest neajuns al ordinii de preferință menționată în Ordonanța Guvernului privind executarea creanțelor bugetare ar putea fi înlăturat prin abrogarea alineatului 2 al art. 72, operațiune ce ar fi indicat să fie realizată simultan cu completarea dispozițiilor Codului civil, în sensul recunoașterii drept privilegii generale asupra tuturor bunurilor mobile și imobile ale debitorului a creanțelor la care ne-am referit la nr. 3 al articolului nostru, pentru a se crea o unitate de reglementare în privința ordinii de preferință indiferent de organul de executare.

L'ORDRE DE PRÉFÉRENCE DES PRIVILÈGES

– Résumé –

En ce qui concerne la procédure de l'exécution des créances budgétaire on a réglementé un ordre de préférence pou payment des créiteurs quand ils sont en concours, différent de celui établi par le Code civil.

En dépit de la nécessité d'amélioration des réglementations du Code civil concernant les privilèges, (parce que ses règles traitent d'une série de créances comme créances chirographaires, pendant que la réglementation de l'Ordonnance de Gouvernement no. 11/1996 les considère comme créances privilégiées), on ne peut pas appliquer d'une façon extensive les dispositions de l'ordonnance en question.

La réglementation de l'Ordonnance du Gouvernement no. 11/1996 est mieux formulée en ce qui concerne la situation des créances qui représentent les amendes dues aux budget de l'Etat ou les budgets locaux, par rapport à la réglementation du Décret no. 221/1960, parce qu'elles sont rangées après les créances résultées des emprunts bancaires, livraison de produits, prestation de services ou n'importe quel ouvrage, de sorte qu'on respecte le caractère de sanction de l'amende.

Il est regrettable que la réglementation de l'Ordonnance applique un traitement défavorable au créiteurs qui ont créances garanties par gage ou hypothèque, parce qu'elle prescrit le payment d'une série de créiteurs chirographaires devant eux.

ASPECTE PRIVIND RAPORTURILE DE FAMILIE ÎN ISLAM

DE

SEPTIMIU VASILE PANAINTE

1. Adecvarea metodei comparatiste

În aplicarea lor seculară, sistemele juridice tradiționale au creat în țările în cauză o puternică mentalitate caracteristică, o optică juridică inconfundabilă ce și-a pus în multe cazuri amprenta asupra întregii dezvoltări a acestor țări. Dincolo de aceste mentalități însă, de regimurile sociale și de zonele geografice, sistemele tradiționale asiatice au dovedit mereu o uimitoare capacitate de a transporta, traversând spațiile și secolele, câteva principii imuabile prin care ele se definesc și prin care se recunosc. Sesizarea acestor principii ar putea duce la o reflecție asupra constantelor dreptului, asupra particulelor juridice elementare.

Prin forța împrejurărilor, literatura juridică franceză¹ s-a preocupat mai mult de studiul sistemelor juridice tradiționale. S-a discutat despre adecvarea metodei comparatiste susținându-se astfel fie că „dreptul islamic nu va putea susține în întregime comparația cu marile construcții pe care ni le-a lăsat Roma sau Napoleon; Islamul este în cele din urmă o religie, apoi un stat și în sfârșit o cultură”², fie că, reflectând o mentalitate complet străină lumii occidentale, instituțiile și reglementările sistemelor tradiționale ar fi imposibil de comparat cu cele din dreptul francez³.

Aceste afirmații sugerează necesitatea reevaluării din perspective diferite a sistemelor tradiționale și nu pot fi acceptate decât în parte. Acceptând viziunea teleologică a

¹ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de Droit musulman compare*, Paris - La Haye, 1965, t. 1: 458p; t. 2: 483 p., Maurice Borrmans, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Université de Lille III, 1972, 693 p.; Charnay Jean-Paul, *La vie musulmane en Algérie, d'après jurisprudence de la première moitié du XX-ème siècle*, Paris, P.U.F., 1965, 393 p.; L. Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Recueil Sirey, 1953, 822 p. etc.

² Victor Dan Zlătescu, *Panorama marilor sisteme contemporane de drept*, Ed. Continent XXI, București, 1994, p. 210.

³ Ibidem.

lui Dietrich Loeber asupra diferitelor forme ale comparației sistemelor de drept⁴ putem spune că afirmațiile de mai sus sunt valabile dacă privim dreptul prin prisma comparației descriptive, dogmatice sau aplicate, adică a lui *ius conditum*. Dintr-un alt punct de vedere însă, a lui *ius condendum*, o comparație contrastantă este necesară, iar studierea acestor mari sisteme de drept este indicată și mereu interesantă.

Pentru a avea o perspectivă adecvată de analiză a celei mai importante și complexe instituții din dreptul tradițional islamic – căsătoria – este necesară prezentarea izvoarelor acestui sistem de drept. În acest fel se poate releva natura și forța normelor juridico-religioase privitoare la familie.

2. Izvoarele dreptului islamic

Complexitatea Islamului (văzut adesea ca un sincretism religie-morală-drept) rezidă, înainte de toate, în diversitatea sa⁵. Astfel se poate spune că este multiplu în timp (există un Islam al originilor, al timpurilor de geneză, dar și un Islam clasic sau reformist al secolului al XIX-lea), multiplu în spațiu (există un Islam al satelor și orașelor, al populației sedentare și unul al deșertului – al populației nomade) și multiplu prin școli (se deosebesc ramura sunnită ortodoxă cu riturile hanefit, malekit, safeit și hanbalit și ramura șiiită)⁶.

Această diversitate se raportează totuși la niște valori comune, imuabile. Aceste valori trebuie sesizate în mesajul religios care este elementul unificator al acestei lumi și, în același timp, principiu de organizare al statului, armătură în raporturile puterii cu credincioșii, sursă de inspirație sau interdicții în artă.

În sistemul islamic (ca de altfel în toate sistemele tradiționale: hindus, ebraic și altele) geneza și dezvoltarea dreptului au avut loc în strânsă legătură cu religia (acest lucru ne amintește de o altă evoluție paradigmatică: aceea a dreptului roman). Prin urmare, în delimitarea izvoarelor dreptului islamic trebuie plecat de la religia islamică, în cadrul căreia distingem, pe de o parte, o teologie care fixează dogmele, adică principiile în care trebuie să creadă fiecare musulman și, pe de altă parte, legislația canonică musulmană denumită, în integralitatea ei, Shari'a (inițial „drum care duce la apă”, „cale”, „credință dreaptă”). Shari'a cuprinde regulile de practicare a credinței, de comportare în viața cotidiană – un îndreptar care pune în ordine viața comunității musulmane.

La acestea se adaugă Figh-ul („cunoaștere, înțelegere”) care reprezintă știința legii și jurisprudenței islamice. În anumite condiții, acesta poate fi completat cu diferite cutume sau obiceiuri locale.

⁴ Yolanda Eminescu, *Cu privire la problema comparabilității unor sisteme de drept diferite*, în S.C.J., nr. 1/1974, p. 83.

⁵ Pentru o prezentare mai detaliată, a se vedea Seyyid Ebul A'la el-Meududi, *Introducere în Islam*, Ed. S.C. Vamessa SRL, Timișoara, 1995, pp. 91-94; Nadia Angheliescu, *Introducere în Islam*, Ed. Enciclopedică, București, 1993, pp. 67-70; Mircea Eliade, *Istoria credințelor și ideilor religioase*, Ed. Științifică, București, 1991, vol. 3, pp. 65-86.

⁶ André Miquel, *Islamul și civilizația sa*, Ed. Meridiane, București, 1994, vol. 1, p. 16.

a) Între izvoarele formale ale dreptului Islamic se înscrie în primul rând *Coranul* (Al Qur'an = a recita, a predica, ceea ce trebuie citit) care asigură principiile fundamentale ale dreptului.

b) Al doilea izvor este *Sunnah* sau tradiția care se întemeiază pe activitatea și cuvintele lui Mahomed (Muhammad = cel prea lăudat, alesul lui Dumnezeu) și asigură detaliile aplicării principiilor coranice. Fiecare din principiile de credință cuprinse în *Sunnah* formează obiectul *hadith*-urilor („obicei”, „comunicare”, „istorisire”). Fiecare *hadith* cuprinde atât textul propriu-zis, principiul (matn), cât și lanțul de transmițeri orale succesive de la Profet până la receptori (în secolul III de la Hegira⁷-Bokhâri, m. 870; Muslim, m. 875 etc.).

c) La aceste izvoare se adaugă *iğma*, adică un consensus al mărturiilor aduse de tovarășii lui Mahomed, numit și „acordul mujtahedinilor” (autorități religioase) ce exercitau *iğtihād*-ul – reflecția personală, activitatea intelectuală de interpretare a Coranului sau a *Sunnei*. *Iğtihād*-ul a dezvoltat în final chiar o știință: Al. Tafzîr. Interesant este că acordul mujtahedinilor a fost valabil până în secolul IV după Hegira, când „*bab-el-iğtihād*” („poarta efortului creator”) a fost închisă. El se bazează în principal pe o maximă atribuită Profetului ce se găsește într-un *hadith* („Comunitatea mea nu va cădea niciodată de acord asupra unei erori”) și este valabil numai atunci când Coranul sau *Sunnah* tac.

d) Metoda de exercitare a *iğtihād*-ului a fost *qiyās*, adică raționamentul analogic ridicat la rangul de izvor secundar de drept. Printre altele, importanța raționamentului analogic și a interpretării explică diversitatea de școli din Islam.

Privit în ansamblu, sistemul islamic nu este un sistem juridic încheiat, ci mai degrabă un jurism, o alăturare de reguli de comportare⁸. În general nu e acceptată ideea de normă juridică elaborată de către stat pentru că, în concepția musulmanului, legile sale au fost revelate și sunt complete. Ar fi deci un sacrilegiu a încerca să completezi sau să modifice aceste legi. Negarea rolului statului se desprinde și din aplicarea personală (și nu teritorială) a legii. Este vorba aici despre o concepție semitică.

Shari'a e considerată de musulmani ca fiind expresia voinței lui Alah, o călăuză importantă în ordonarea vieții oamenilor în modul cel mai adecvat principiilor islamice.

V. D. Zlătescu a remarcat că Shari'a e un sistem de reguli de conduită care nu distinge între obligațiile ce revin credinciosului față de divinitate și cele către stat și semenii săi. El include atât obligații civile de plată sau restituirea împrumutului, cât și obligații de a-i ajuta pe sărăci, de a ține Ramadhanul etc.⁹. În cadrul acestui sistem operează o dublă sancțiune: o sancțiune juridică, concretă, imediată și o sancțiune de ordin

⁷ Era mahomedană începe cu Hegira (iunie 622); termenul provine de la „hijra” (emigrare) și desemnează marea fugă a profetului Mahomed de la Mecca la Iathreb (care devine ulterior Medina: „Madinat an-Nabi” = orașul profetului).

⁸ Victor Dan Zlătescu, *Geografie juridică contemporană*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1981, p. 174

⁹ *Ibidem*.

religios care constă în starea de păcat în care cade musulmanul ce a greșit, acesta urmând să răspundă, după moarte, în fața lui Alah.

Figh-ul clasifică actele umane ca fiind obligatorii (wajib), meritorii și recomandate (mandub), îngăduite (mubah), condamnabile (makruh) și interzise (haram)¹⁰. În felul acesta Islamul integrează întreaga viață, iar musulmanul poate să-și modeleze existența. Această tendință relevă o dimensiune fundamentală a lumii islamice.

Date fiind aceste repere, ni se relevă modul în care trebuie abordată și înțeleasă concepția musulmanului despre drept și despre familie¹¹.

3. Familia islamică

3.1. Contractul de căsătorie

Căsătoria este un contract civil sinalagmatic. O definiție sintetică ar putea fi aceea conform căreia „căsătoria este un contract prin care bărbatul se angajează să dea o dotă unei femei și să o întrețină, pentru ca, în contrapartidă, să aibă dreptul de a întreține legitim raporturi intime”¹².

Două elemente se desprind imediat din această definiție preluată din Shari'a: căsătoria nu are valoare religioasă, iar scopul ei este legitimarea relațiilor sexuale.

Iată cum se reflectă această definiție în Codul statutului persoanelor al lui Mudawwana (1958, Maroc): „Mariajul e un pact legal de uniune mutuală și de atașament mutual între un bărbat și o femeie având ca scop crearea unei familii, aflate sub îndrumarea soțului, pe baze stabile care să permită cocontractanților exercitarea drepturilor și îndeplinirea obligațiilor lor într-un climat de securitate, pace, afecțiune și respect”¹³.

Condițiile ad validitatem ale contractului de căsătorie sunt:

- să nu existe piedici în calea căsătoriei;
- să existe consimțământ valabil exprimat;
- să se constituie dota;
- să se îndeplinească anumite formalități legale (să existe doi martori)¹⁴.

a) Impedimentele la căsătorie pot fi permanente sau temporare și sunt în general prevăzute expres în Coran. Piedicile permanente sunt: înrudirea de sânge, prin alianță și colactație, consumarea căsătoriei în perioada numită idda, jurământul de anatema (Coran 4: 27; 2: 228-234)¹⁵. Piedicile temporare pot fi: religia, condiția socială, poligamia, înrudirea între soțiile aceluiași soț, perioada de idda, tripla repudiere.

¹⁰ Pentru o clasificare mai elaborată a se vedea Seyyid Ebul A'la el-Meududi, *op. cit.*, pp. 96-108; Nadia Angheliescu, *op. cit.*, p. 67.

¹¹ A se vedea și Maurice Borrmans, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Université de Lille III, 1972, pp. 15-50.

¹² Y. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 23, apud M. Borrmans, *op. cit.*, p. 15.

¹³ M. Borrmans, *op. cit.*, p. 198.

¹⁴ Nadia Angheliescu, *op. cit.*, p. 98.

¹⁵ Referințele la Coran s-au făcut prin raportare la traducerea după originalul arabic a lui St. O. Isopescu, *Coranul*, Cernăuți, 1912.

b) În ceea ce privește consimțământul necesar încheierii contractului de căsătorie, acesta aparține de obicei tutorilor legali, dar în anumite condiții și persoanelor în cauză.

De regulă, tutorele legal este tatăl care își exercită dreptul de constrângere (jabr) asupra fiului până la perioada pubertății și asupra fiicei până la contractarea primei căsătorii. În afara acestei perioade în care se exercită tutela legală părțile interesate trebuie să-și dea direct consimțământul.

Problema capacității de a încheia o căsătorie este foarte controversată și tratată distinct de diferite ruri. Shari'a nu prevede un minim de vârstă pentru căsătorie (perfecta aetas), acordul tutorilor (walî) fiind suficient. În principiu, există posibilitatea să fie căsătorii și copii (în condițiile în care tutorii se înțeleg între ei), evident consumarea căsătoriei urmând să aibă loc în momentul în care cei doi ating vârsta legală.

În ritul hanefit se consideră că, dacă femeia nu e puberă, tutorele are voie să o mărite cu cine consideră de cuviință. Dacă aceasta e puberă, i se recunoaște dreptul de a opta în sensul că ea poate confirma sau infirma alegerea tutorelui care însă nu trebuie să fie tatăl sau bunicul ei (autoritatea lor în familie este foarte puternică).

Ritul malekit (ca și cel hanbalit sau cel safiit) tratează diferit problema. Impuberii și incapabilii sunt constrânși la căsătorie de către tutori (walî) fără să li se recunoască vreun drept de opțiune. Toate femeile, cele pubere inclusiv, cad sub puterea de constrângere a celei mai apropiate rude agnatice, de preferință bărbat (agnatus proximus din dreptul roman). Femeia nu poate consimți în persoană sau prin mandatar la propria sa căsătorie mai ales dacă a mai fost căsătorită sau a pătat onoarea familiei (se disting astfel două categorii de tutori care, în funcție de starea viitoare a soției, vor negocia mărirea dotei acesteia cu viitorul soț sau cu tatăl acestuia).

Totuși, chiar și în ritul malekit, pentru femeia impuberă sau virgină este „recomandat” tutorelui să-i ceară avizul, deși ultimul cuvânt îi aparține în exclusivitate lui.

c) Constituirea dotei (mahr, sadaq) este o condiție obligatorie pentru căsătorie: este interzis orice acord între părți în vederea renunțării la aceasta. Mai mult, dota trebuie să fie serioasă (nu simbolică), conformă cu condiția socială și educația viitoarei soții, să nu presupună în schimb nici un fel de zestre din partea femeii și să-i aparțină în întregime acesteia. Având în vedere mărirea dotei, ea poate fi plătită în întregime sau numai în parte la încheierea căsătoriei, restul urmând a fi plătit la desfacerea căsătoriei sau, de preferință, la moartea soțului. Până la vărsarea dotei în întregime sau în parte, soțul nu poate pretinde consumarea căsătoriei.

Coranul (2: 238) stabilește strict regimul dotei. Astfel, femeia are dreptul la întregă dota în cazul în care căsătoria a fost consumată (sau doar este prezumată de a fi consumată) și dacă soțul moare chiar înainte de consumarea efectivă: ea are dreptul la jumătate din dota în condițiile în care căsătoria se desface înainte de consumare și nu are drept la dota în condițiile în care căsătoria a fost anulată.

Shari'a (și Coranul) afirmă clar că dota e proprietatea absolută a femeii. Realitatea ne arată că foarte adesea ea ajunge la părinții soției sau în familia tutorelui care a negociat căsătoria. Pe de altă parte, în unele medii s-a consacrat obiceiul ca viitoarea soție să

aducă în casa soțului o zestre (ğihaf) care este dată de tatăl ei sau de tutorele matrimonial (o rudă sau un terț) și poate fi uneori comparabilă cu dota. Aceasta nu este decât o donație ce are caracter irevocabil, nefiind însă obligatorie.

d) O altă condiție pentru încheierea valabilă a unei căsătorii este prezența a doi martori, musulmani, liberi, sănătoși la minte și de sex masculin. În ritul hanefit este permisă înlocuirea unui martor bărbat cu două femei. Ca orice contract, căsătoria poate fi supusă unor modalități. Astfel, în ramura šiită e admisă o formă de căsătorie temporară (muta) care produce efectele unei căsătorii obișnuite, mai puțin vocația succesorală reciprocă a soților. În ramura sunnită e cunoscut repudiul condiționat sau la termen, stabilit în contractul de căsătorie de către bărbat¹⁶.

3.2. Efectele căsătoriei

În ceea ce privește poziția soților în familie, bărbatului i se recunoaște rolul de șef al familiei, în ideea că „nici o instituție nu funcționează în condiții optime fără un conducător”¹⁷. Există atât în Coran (ex. 2: 228), cât și în Sunnah destule date care atestă statutul inferior al femeii în raport cu bărbatul.

Există mai multe categorii de *drepturi și obligații nepatrimoniale* ale soților în cadrul familiei islamice.

Soțul trebuie să o întrețină pe soție, să-i asigure o viață decentă, în conformitate cu rangul ei social (el datorează alimentație, îmbrăcăminte, locuință și îngrijire medicală atât soției, cât și copiilor) chiar și după desfacerea căsătoriei, în perioada de continență (idda), iar în caz de maternitate pe o perioadă mai lungă. De asemenea, soțul fixează domiciliul conjugal, dispune de libertatea fizică a soției (Coran 4: 38), îi poate cenzura ieșirile sau primirile în vizită. El mai poate cere soției fidelitate, supunere și respect, alăptarea la sân a copiilor, grija pentru bunul mers al căminului, respect pentru tatăl său, mama sa și rudele apropiate.

Soția are dreptul la întreținere și, în caz de poligamie, soțul trebuie să-i asigure un tratament egal cu al celorlalte soții, precum și un domiciliu propriu, distinct. Ea are libertatea de a face vizite părinților ei și de a-i primi pe aceștia în vizită, de a-și administra bunurile fără control din partea soțului (în familia islamică acționează principiul separației de bunuri). În unele rituri femeia are dreptul la raporturi sexuale cu soțul.

Totalitatea drepturilor femeii (nafaqa) este imprescriptibilă și acționează chiar când soțul e absent. Neîndeplinirea obligațiilor corespunzătoare de către soț poate atrage intervenția judecătorilor. În ritul malekit, pentru a scăpa de obligațiile ce derivă din nafaqa, soțul a fost pus în situația de a planifica divorțul sau de a folosi o repudiere convenită.

În ceea ce privește *drepturile patrimoniale ale soților*, am menționat că aceștia trăiesc în regimul separației de bunuri, soția neavând nevoie de o autorizație maritală

¹⁶ Victor Dan Zlătescu, *op. cit.*, p. 175.

¹⁷ Seyyid Ebul A'la el-Meududi, *op. cit.*, p. 102.

pentru a-și administra bunurile. Cu toate acestea în dreptul malekit soția e lovită de incapacitate parțială: soțul poate cere anularea unor donații făcute de soție în favoarea unor terți, străini de familie.

În ceea ce privește *filiația* (istilhâq), remarcăm că în legea musulmană nu există decât copii legitimi, acționând principiul conform căruia „copilul aparține patului conjugal” (al-walad li-l firâs), cu mențiunea că acesta trebuie să se nască după minimum 6 luni de la încheierea căsătoriei sau în perioada de continență – idda (4 luni și 10 zile după pronunțarea repudierii).

Acuzația dovedită de adulter adusă soției duce inevitabil la desfacerea căsătoriei și nerecunoașterea paternității asupra copilului ce s-ar putea naște. Adulterul soțului este privit cu multă îngăduință.

Filiația (nasab) angajează drepturi și obligații atât din partea părinților, cât și din partea copiilor¹⁸. Părinții (de regulă tatăl) exercită o triplă tutelă (wilâya):

- tutelă în vederea educației (tarbiya);
- tutelă asupra persoanei ('ala-l nafts);
- tutelă asupra bunurilor ('ala-l māl).

Referiri la tutela asupra persoanei am făcut când am tratat consimțământul în vederea căsătoriei.

În virtutea tutelei asupra bunurilor, tatăl își exercită dreptul său de constrângere patrimonială (jabr) asupra fiului până la emanciparea totală sau parțială a acestuia (care intervine la vârsta de 25 de ani sau când tatăl consideră oportun).

Tutela în vederea educației se consumă într-o primă etapă sub ocrotirea maternă, după care tatăl va asigura copilului o educație în conformitate cu rangul său social.

Mama are un drept de gardă (hadana) asupra copiilor câtă vreme aceștia au nevoie de îngrijirea ei (de exemplu în ritul hanefit acest drept se exercită până la vârsta de 7 ani pentru băieți și 9 ani pentru fete). Acest drept este exercitat de mamă chiar și în cazul în care căsătoria a fost desfăcută, cu condiția să nu se recăsătorească în această perioadă.

3.3. Desfacerea căsătoriei

Desfacerea căsătoriei se poate produce printr-o repudiere unilaterală ori convenită sau printr-un divorț judiciar propriu-zis pronunțat la cererea bărbatului sau a femeii¹⁹.

A. *Repudierea* este o instituție a dreptului islamic extrem de complexă și semnificativă pentru evidențierea stării de superioritate a bărbatului asupra femeii.

Formele majore ale repudierii sunt:

- a) repudierea unilaterală (talaq în sens strict);
- b) repudierea convenită de părți (hul').

a) *Repudierea unilaterală* reprezintă privilegiul recunoscut numai soțului de a

¹⁸ Maurice Bormans, *op. cit.*, pp. 31-33.

¹⁹ A se vedea și Victor Dan Zlătescu, *op. cit.*, pp. 188-189; M. Bormans, *op. cit.*, pp. 23-30.

pune sfârșit căsătoriei de o manieră discretă, adică fără a fi obligat să motiveze decizia sa și fără a fi nevoie să recurgă la ajutorul justiției. Așa fiind consimțământul femeii nu este necesar.

Repudierea este un act licit, dar respins de morala islamică ca fiind „detestat de Alah”. Ea presupune o voință unilaterală și este efectivă prin simpla pronunțare a formulei de repudiere, chiar și superficial, fără o intenție reală, ca în cazul unor incapacități naturale vremelnice, cum sunt furia puternică sau beția.

Coranul prevede ca între momentul intenției primare și cel al desfacerii efective a căsătoriei (adică întreruperea legăturii conjugale (talaq) și rezilierea contractului (fash)) să existe o perioadă de timp în care soțul să-și poată revoca hotărârea, revenind asupra deciziei sale printr-o formulă explicită sau figurată. Avem în vedere aici repudierea *revocabilă*, adică acel tip de repudiere care lasă să subziste posibilitatea revenirii asupra deciziei în perioada de continență – idda. În cazul revocării deciziei nu e necesar ca femeia să fie informată expres sau să fie rechemată martorii.

Prin opoziție, există și repudierea *irevocabilă* (bain) care poate fi minoră sau majoră. Repudierea irevocabilă majoră constă în pronunțarea succesivă a formulei de repudiere de trei ori, fără a se aștepta perioada de continență.

Este important faptul că, în contra acestui drept de repudiere recunoscut soțului, soția nu are nici o garanție juridică.

b) *Repudierea convenită* e o formă specială de repudiere, diferită atât de repudierea unilaterală, cât și de divorțul prin consimțământ mutual. Ea este consecința unei situații de fapt și se bazează pe un compromis, având la bază un acord între soți sau reprezentanții acestora.

Acest acord se poate realiza la inițiativa oricărui dintre soți. De obicei soția (renunțând în tot sau în parte la dotal) face o propunere compensatorie soțului care va face un jurământ de repudiere. Odată acceptată astfel propunerea, ea are, pentru soție, valoarea unui act patrimonial asemănător liberalităților. Ea trebuie să fie capabilă să dispună de bunurile sale prin acte cu titlu gratuit, iar consimțământul ei să nu fie viciat.

Pentru eludarea dispozițiilor inconvenabile ale shariatului, în unele țări musulmane (exemplu: Siria) se admite că soții pot să stipuleze, cu ocazia căsătoriei, că femeia se poate repudia singură, exercitând prin aceasta o prerogativă a bărbatului, sau că ea ar avea această facultate dacă soțul nu ar rămâne monogam²⁰.

B. *Desfacerea judiciară a căsătoriei* (talliq sau tafriq) trebuie să fie bine motivată. Această modalitate e în general folosită de soții, soțul dispunând de soluția facilă a repudierii (care nu trebuie motivată). Totuși, uneori și soțul apelează la desfacerea judiciară a căsătoriei, în acest caz el trebuind să dovedească încălcarea vinovată a obligațiilor familiale de către soție. În acest fel el își poate recupera în tot sau în parte dotal (care ar fi rămas soției în caz de repudiere).

Cadiul poate pronunța desfacerea căsătoriei în cazul violării de către una din părți a unei *obligații esențiale* (nepatrimonială sau patrimonială) rezultată din contract.

²⁰ Victor Dan Zlătescu, *op. cit.*, p. 186.

Astfel, adulterul sau apostazia atrag desfacerea imediată a căsătoriei; soția poate invoca și abuzul de autoritate maritală, relele tratamente, injuriile și, uneori, impotența soțului (necunoscută în momentul încheierii căsătoriei). Scopul căsătoriei fiind procrearea, sterilitatea femeii poate constitui motiv temeinic pentru divorț (recuperându-se astfel dota).

Rolul judecătorului este de arbitru care trebuie să concilieze între părți, să salveze mariajul. Astfel în anumite condiții (ca de exemplu când soțul a dispărut în război pe pământ islamic, și soția, invocând absența soțului și implicit neîndeplinirea obligației de întreținere, cere divorțul), judecătorul poate să dispună întreținerea materială a femeii timp de 4 ani și abia după această perioadă să se pronunțe.

Marele flagel care amenință și în zilele noastre familia arabă este repudierea. În multe țări arabe numărul divorțurilor înregistrate reprezintă în fiecare an circa 20-25% din totalul căsătoriilor înregistrate în același an²¹. Încercările de a introduce în statutul femeilor din diverse țări arabe dreptul egal pentru bărbați și femei de a solicita divorțul sunt încă timide și se lovesc de o opoziție constantă din partea cercurilor conservatoare.

3.4. Statutul femeii musulmane. Poligamia

Reprezentanții tradiției islamice insistă asupra ideii ameliorării pe care legislația musulmană a aduce statutului femeii în toate privințele față de situația anterioară. Aceste îmbunătățiri provin din deplasarea accentului nu atât către inovație, cât către anumite aspecte preexistente și neglijate care ar putea ameliora situația femeii.

- asigurarea unui sistem de succesiune în care femeile moștenesc de la tată, mamă și rudele colaterale o proporție de 1/2 față de bărbați (prevedere aflată de altfel în Coran 4:8; 12); bărbații au însă datoria de a întreține casa și plăti impozitul;

- regimul de separație a bunurilor soților asigură femeii posibilitatea de a-și păstra sau amplifica averea; astfel ea are sentimentul unei libertăți și independențe materiale, viitorul fiindu-i asigurat (inclusiv prin dotă) în caz de repudiere;

- poligamia și repudierea sunt tolerate și nu recomandate (înregistrând în timp unele scăderi)²².

Un subiect interesant și extrem de controversat este poligamia. Se știe că, înainte de apariția Islamului, poligamia era răspândită printre arabi așa cum era răspândită și la alte popoare din jurul Mediteranei, din Asia sau Africa. Legislația islamică este cea care limitează numărul soțiilor la 4 și se spune că mulți musulmani s-au găsit în situația de a-și repudia soțiile prin care depășeau această limită. Este adevărat că Raymond Charles, reputat jurist ce a studiat și dreptul islamic, remarcă la nivelul teoretic o dublă poligamie. Astfel, pe lângă această poligamie care ține de simultaneitate, limitată, mai există și o „poliganie în timp” (rezultată din facilitatea repudierii soției), nelimitată²³.

²¹ Nadia Angheliescu, *op. cit.*, pp. 111-112.

²² *Ibidem*, p. 103.

²³ Victor Dan Zlătescu, *op. cit.*, p. 175.

Dar câți oare dintre musulmani își pot permite acest lux? Dacă, pe de o parte, dota pe care soțul trebuie să o asigure fiecărei soții este considerabilă²⁴, pe de altă parte îndatoririle bărbatului poligam (nafaqa) sunt foarte dure: e obligat să asigure un tratament egal tuturor soțiilor. Astfel fiecare soție trebuie să aibă o casă separată și să beneficieze de o întreținere la nivelul cerut de condiția sa socială (azi ea trebuie să aibă toate dotările moderne necesare gospodăriei, lucru care nu e la îndemâna oricui și cu atât mai puțin a unui tânăr); de asemenea, fiecare soție trebuie să beneficieze de un număr de nopți egal cu al celorlalte, cu excepția celei proaspăt căsătorie, care are dreptul la 7 nopți succesive imediat după căsătorie. Atât Coranul, cât și Sunnah insistă asupra importanței acestui tratament egal. Musulmanul care nu-l poate asigura, material sau psihic, trebuie să se limiteze la o singură soție (Coran: 4: 3). Poligamia de altfel nu a fost niciodată răspândită în Islam.

Când examinăm poligamia nu trebuie uitat că avem de-a face cu *legalizarea*, cu acceptarea de către societate a unui tip de uniune care poate să existe foarte bine și în alte zone ale lumii (fie în forma raporturilor extraconjugale, fie, în timp, prin divorțuri și căsătorii succesive). Astfel, în unele sisteme de drept (de exemplu: nord-american), simplificarea și grăbirea procedurii de divorț ar putea duce, pe de o parte, la evitarea adulterului sau concubinajului, dar, pe de altă parte, și la acea poligamie în timp pe care Raymond Charles o impută sistemului islamic.

Reproșurile civilizației europene privind statutul femeii s-au îndreptat, în mod nejustificat poate, asupra religiei islamice, asupra Coranului sau asupra lui Mahomed. Trebuie însă considerat raportul între realitatea preislamică, opera Profetului și realitatea secolului XX.

Astfel, „pecetea profeților” a trebuit să țină cont de cutumele preislamice existente, adânc înrădăcinate în caracterul puternic, inflexibil al beduinului. Religia islamică a trebuit să asimileze în mod constructiv, să reorienteze convergent aceste cutume pentru a da lumii arabe acea unitate atât de necesară. Din acest punct de vedere, în acel moment, opera Profetului era, incontestabil, un pas înainte, o evoluție ce ameliorea excese (limitarea poligamiei sau descurajarea și condiționarea repudierii, spre exemplu) și deschidea noi drumuri.

Această operă poate fi sau nu viabilă astăzi, când civilizațiile se raportează la alte ierarhii valorice în toate domeniile. Nu trebuie neglijat că și Coranul ne face să receptăm o altă realitate materială, morală, socială, politică sau economică, ce aparține acelor timpuri de geneză ale revelației divine (e cunoscută strictețea cu care a fost conservat textul sacru al musulmanilor). De altfel, islamul maselor e dominat încă de gândul paradisului pierdut, existând convingerea intimă că propria sa perfecțiune se situează la origini și că orice demers nu se justifică decât în măsura în care se apropie

²⁴ Aici trebuie observat că dota, nu de puține ori, constituie un impediment chiar pentru musulmanul necăsătorit care vrea să se căsătorească în condițiile de respectabilitate cerute de clasa socială a căreia îi aparține; acesta este poate și motivul pentru care mulți musulmani rămân celibatari până târziu, iar cei aflați la studii se căsătoresc în țările europene.

de paradigmă, înscriindu-se astfel în atemporalitate. Agresiunii modernismului i se opune această tenacitate în a păstra legătura cu sursa primordială a adevărului. Fără această legătură, poate civilizația islamică nu și-ar mai găsi rațiunea de a fi.

Un exemplu edificator pentru această suprapunere de realități este familia islamică. Familia tradițională, fidelă păstrătoare a unor maniere de a gândi și de a trăi specifice, nu se va putea sustrage acestei somații a modernității. Membrii săi nu pot și nu rămân indiferenți la avantajele, tentațiile sau presiunile lumii moderne, căreia vor trebui să-i supraviețuiască, adaptându-i-se eventual.

ASPECTS REGARDING FAMILY RELATIONSHIPS IN ISLAM

– Summary –

The present study pursues to make a summary presentation, from a comparative angle and even, sometimes, endeavors to analyze some institutions in the traditional Islamic system of law.

The study begins with a concise account over the sources of the Islamic system of law, on purpose to point out that the Islam is, in its essence, a syncretism religion-moral-law, and also, eventually, on purpose to suggest the juxtaposition of the present reality (XXth century) over another one, that of the past, signifying the genesis of such and agitated civilization over the centuries.

So, in order to limit the sources of the Islamic system of law, our startingpoint must be the Islamic religion, where we should distinguish, as a part of it, a theology that settles the dogma (the rules all Moslems must believe in) and also as a part of the religion, the Moslem canonical legislation, called, in its integrality, Shari'a. Then, it is the Fiqh, the science of the Islamic law and jurisprudence, that we may add to that theology.

One can distinguish, as formal sources of the Islamic traditional law: the Coran, the Sunnah, the igma, the giyas. Even the activity of interpretation of the Coran and of the Sunnah has developed a science: Al Tafzir.

Consequently, the study deals with one of the juridical aspects regarding the family relationships, in Islam, in conformity to Shari'a.

In the Islamic system of law, the marriage is a civil contract, a synalagmatic one, concluded even by the couple – to – be or by their legal tutors.

Shari'a defines the marriage as being a contract by which the man is obliged to give a dota to a woman and to satisfy her material needs, in order to be able to have intimate relation in legitimacy.

We can enumerate such fundamental validity conditions of the marriage, as:

1. the non-existence of the impediments;
2. the valid consensus;
3. a made-up dota;

4. the fulfillment of the legal formalities.

Afterwards we have analyzed the effects of the marriage considering the husband's and the wife's patrimonial and non-patrimonial rights and obligations.

We have also encompassed some aspects referring to filiation and the exercise of the tutory by the parents over the child's person and his fortune, and over his education, also.

We have also revealed that the institution of divorce combines elements belonging to the specific Islamic institution of repudiation decided unilaterally or by the two parts. On the other side, the paper hereby aims to compare the Islamic divorce with the divorce procedure we are accustomed to in the European system.

Finally, the study deals with Moslem female's status today and the possibilities to improve it. The institution of polygamy is also analyzed, considering the reproach the European civilization brings to the Islamic mentality.

As a conclusion, the Islamic traditional family is a devoted keeper, today as yesterday, of a certain manner of thinking and a specific „modus vivendi“. But this kind of family will not be able to elude the imperatives of the material progresses, the summons of the modernity which it well have to survive, eventually adapting itself.

RECENZII

Augustin UNGUREANU, Aurel CIOPRAGA, *Dispoziții penale din legi speciale române*, vol. I-IX, Editura Lumina Lex, București, 1996-1998

Specialiști de necontestată valoare, autorii au elaborat un adevărat tratat privind faptele de pericol social incriminate prin legile speciale. Pe parcursul celor 6222 de pagini sunt prezentate, comentate și adnotate, pe baza doctrinei și jurisprudenței în materie, toate infracțiunile care exced incriminările din Codul penal, infracțiuni care au o frecvență sporită în realitatea vieții sociale.

Lucrarea cuprinde legislația în vigoare la data de 31 decembrie 1997. Această problemă a fost, și probabil va mai fi, abordată în literatura de specialitate. Autorii tratatului au meritul de a fi reușit prima analiză completă a tuturor infracțiunilor din legile speciale. În acest sens a fost valorificată întreaga literatură publicată în materie. Practica judiciară folosită este semnificativă în raport cu aspectele controversate supuse analizei. Sunt prezentate numeroase soluții nepublicate, aparținând Curții de Apel Bacău ori celorlalte instanțe arondate teritorial.

O asemenea abordare era necesară atât pentru teoreticienii, cât și pentru practicienii dreptului, în condițiile în care legea penală este chemată să prevină și să combată noile forme de manifestare ale fenomenului infracțional. În privința conținutului noilor incriminări, opiniile formulate în literatura de specialitate sunt, adesea, diferite iar practica judiciară nu a ajuns, încă, la un punct de vedere unitar. Evaziunea fiscală, – consacrată prin legea nr. 87/1994 și analizată în volumul al III-lea, p.100-161 –, concurența neloială – consacrată prin legea nr. 11/1991 și analizată în volumul al II-lea, p. 19-45 –, proprietatea intelectuală – consacrată în principal prin legea nr. 8/1996 și analizată în volumul al V-lea, p. 23-173 – sunt doar câteva astfel de exemple.

Incriminările mai vechi sunt prezentate prin prisma concordanței lor cu prev. art. 150 alin. 1 din noua Constituție. Dispozițiile constituționale cu implicații în aplicarea normelor penale precum și Convențiile internaționale cu aceeași incidență sunt prezentate în cuprinsul volumului I. În același volum sunt analizate și infracțiunile săvârșite în legătură cu desfășurarea alegerilor locale, parlamentare și prezidențiale. Actele și faptele de comerț constituie obiectul volumului al II-lea. Constituie infracțiuni unele fapte în legătură cu activitatea gestionarilor, societăților comerciale, registrul comerțului, protejarea populației împotriva unor activități comerciale ilicite etc.

Incriminările în legătură cu activitatea bancară, contabilă, financiară și fiscală se regăsesc în volumul al III-lea. În același volum sunt analizate și infracțiunile la regimul circulației rutiere, aeriene și navale.

Regimul juridic privind mediul înconjurător, agricultura și alimentația constituie obiectul volumului al IV-lea. Răspunderea penală pentru încălcarea normelor privind proprietatea intelectuală – dreptul de autor, desenele și modelele industriale, invenții, etc. este consacrată în volumul al V-lea. Alte fapte de pericol social îndreptate împotriva siguranței naționale, ordinii și liniștii publice, regimul armelor de foc și munițiilor, materiilor explozive, regimul frontierei de stat sunt analizate în volumul al VI-lea. Volumul al VII-lea este consacrat infracțiunilor săvârșite în legătură cu regimul adopțiilor, activitatea în avocatură, metalele prețioase, fondul locativ, sănătatea publică, stupefiante, substanțele și produsele toxice. Volumele VIII și IX sunt consacrate modificărilor precum și noilor incriminări survenite în perioada 31 august 1996 – 31 decembrie 1997.

Avem convingerea că activitatea laborioasă desfășurată până în prezent va fi continuată, iar noua ediție va fi revăzută. Ne exprimăm unele rezerve în privința republicării actelor normative abrogate, chiar dacă se face referire la aplicarea legii penale în timp.

Grigore Gr. Theodoru, Tudorel Toader

Ștefan RĂUSCHI, Tamara UNGUREANU. *Drept civil. Partea generală. Persoana fizică. Persoana juridică*, Editura Fundației Chemarea Iași, 1995, 275 p.

Lucrarea pe care o prezentăm reprezintă un însemnat eveniment editorial. La elaborarea lucrării au fost avute în vedere cele mai diverse opinii din literatura de specialitate și cele mai interesante și actuale probleme din practica judiciară în materie.

Ca un element de noutate și utilitate semnalăm prezența la sfârșitul fiecărui capitol a celor mai reprezentative și recente spețe și soluții specifice problematicei abordate.

Autorii au structurat lucrarea în trei părți – Partea generală, persoana fizică și persoana juridică –, fiecare parte fiind împărțită pe capitole și paragrafe.

În prima parte a lucrării, care cuprinde opt capitole, au fost abordate următoarele probleme: prezentarea dreptului civil ca ramură a sistemului dreptului românesc, izvoarele dreptului civil, acțiunea legii civile, interpretarea normelor de drept civil, raportul juridic civil, faptul și actul juridic civil, dovada drepturilor civile și prescripția extincitivă.

În legătură cu izvoarele dreptului civil, autorii, într-o opinie bine argumentată, susțin că practica judiciară nu are calitatea de izvor de drept și consideră ca neconsti-

tuțională prevederea din art. 329 din Codul de procedură civilă prin care instanțele judecătorești sunt obligate să respecte deciziile Curții Supreme de Justiție, pronunțate când judecă recursul în interesul legii.

În partea a doua, intitulată „Persoana fizică”, structurată pe șase capitole (IX-XIV), autorii au făcut o analiză pertinentă în legătură cu: capacitatea de folosință și de exercițiu a persoanelor fizice, atributele persoanei fizice, ocrotirea minorului, ocrotirea bolnavilor psihici și curatela.

O instituție deosebit de importantă a dreptului civil o constituie capacitatea de exercițiu a persoanei fizice și, în aceeași măsură, actele juridice civile. Autorii, cu o mare claritate și precizie, fac o interesantă clasificare a actelor juridice, pe care le poate încheia minorul între 14 și 18 ani.

Astfel, minorul cu capacitatea restrânsă de exercițiu poate încheia personal și singur: acte de conservare și mărunte, un testament (dacă a împlinit 16 ani și fără să dispună de mai mult de jumătate din bunuri și neidecum în favoarea tutorelui său), acte de administrare și tot astfel poate face depuneri la C.E.C. și să dispună de aceste sume.

O altă categorie de acte – de administrare a patrimoniului său – pot fi încheiate de către minorul între 14 și 18 ani, dar cu încuviințarea prealabilă a ocrotitorului legal.

În categoria actelor juridice civile pe care minorul cu capacitate restrânsă de exercițiu le poate încheia numai cu încuviințarea prealabilă a ocrotitorului legal și autorității tutelare intră actele de dispoziție (de înstrăinare, gajare, renunțare etc.).

În fine, art. 128 și 133 alin. 3, din Codul familiei prevăd actele juridice civile care sunt interzise minorului de la 14 la 18 ani.

„Persoana juridică” se intitulază ultima parte a lucrării recenzate, care cuprinde șase capitole, și anume: noțiunea și elementele constitutive ale persoanei juridice, atributele de identificare ale acesteia, înființarea persoanei juridice, capacitatea persoanei juridice, reorganizarea și încetarea persoanei juridice.

Autorii fac precizări importante în materia înființării, reorganizării și încetării persoanei juridice, avându-se în vedere toate reglementările cuprinse în noile acte normative apărute în această materie, dintre care menționăm câteva, Legea nr. 15/1990, Legea nr. 31/1990, Legea nr. 36/1991, Legea nr. 54/1991 și altele, la care se poate adăuga reactivarea Legii nr. 21/1924.

În centrul atenției autorilor a stat preocuparea de a elabora concepții teoretice și de a da soluții clădite pe argumente de pe terenul faptelor. Volumul realizat se ridică în mod sigur la un nivel înalt de apreciere, determinat de consistența și rigoarea științifică, de spiritul profund analitic cu care au fost abordate toate problemele.

Gheorghe Durac

**Mircea DUȚU, *Dreptul mediului*, Editura Economică,
București, 1996, 380 p.**

Este o realitate evidentă că dreptul mediului se afirmă astăzi ca o disciplină juridică de sine stătătoare, fiind o ramură de drept cu un profund caracter interdisciplinar și cu un domeniu inedit de cercetare științifică.

Cu atât mai mult salutăm apariția acestei lucrări care vine să deschidă și să croiască o cale spre orizontul cunoașterii în domeniul ecologiei, din punctul de vedere al juridicului. Într-o astfel de încercare dificultățile sunt mari, având în vedere faptul că încă nu există o legislație completă a mediului în țara noastră.

Autorul a reușit însă în mod strălucit să completeze fizionomia acestui volum, apelând la doctrina și legislația din alte țări, la dreptul comunitar european și chiar la dreptul internațional al mediului.

Lucrarea este structurată în patru părți, fiecare parte fiind împărțită în secțiuni și paragrafe.

Partea întâi face o introducere în dreptul mediului prin prezentarea unor noțiuni cu caracter general în cinci capitole. Iată care sunt noțiunile puse în discuție: istoricul dreptului mediului în România, trăsăturile și definirea dreptului mediului, delimitarea acestei discipline de alte ramuri ale dreptului, principiile fundamentale și funcțiile dreptului mediului, izvoarele dreptului mediului.

În a doua parte, care cuprinde cinci capitole, sunt expuse tehnici și modalități generale de realizare a protecției mediului. Sunt făcute comentarii interesante și originale în legătură cu strategiile și politicile de mediu, cu pârghiile economice și fiscale de protecție a mediului, sunt prezentate reglementări tehnice și procedurale privind activitățile economice și sociale cu impact asupra mediului.

De asemenea, autorul tratează în mod detaliat problematica răspunderii juridice, în special a răspunderii civile în domeniul protecției mediului și totodată face o prezentare amplă a instituțiilor cu atribuții și răspunderi în materie de mediu.

Lăudabilă este intenția autorului de a propune, în această parte a volumului pe care îl recenzăm, construirea unui sistem specific al răspunderii civile în domeniul ecologic, având ca elemente definitorii un concept clar, coerent al noțiunii de daună ecologică, consacrarea unui fundament obiectiv, întemeiat pe ideea de risc în cazul răspunderii; în cazul pluralității autorilor prejudiciului se susține instituirea unei răspunderi solidare. De asemenea, autorul propune recunoașterea dreptului la acțiune a tuturor cetățenilor – și nu numai lor – pentru repararea prejudiciilor aduse mediului în virtutea dreptului fundamental al omului la un mediu sănătos.

În viziunea autorului, dauna ecologică ridică, mai degrabă, o problemă de reparație decât de răspundere, urmând a fi substituită cu asigurarea activităților cu risc major pentru mediu.

Dreptul protecției naturii este tematica abordată în partea a treia a volumului prezentat de noi. Autorul analizează cadrul juridic prin care se asigură protecția apelor și a

ecosistemelor acvatice, a atmosferei, a solului, subsolului și ecosistemelor terestre, protecția fondului cinegetic și a fondului piscicol, a așezărilor umane și, de asemenea, prezintă regimul ariilor protejate și al monumentelor naturii.

În ultima parte a lucrării este supus analizei dreptul prevenirii și combaterii poluării. Dintre problemele supuse atenției, menționăm: regimul substanțelor și deșeurilor periculoase, precum și al altor deșeuri, regimul îngrășămintelor chimice și al produselor antiparazitare, regimul privind asigurarea împotriva radiațiilor ionice și securității surselor de radiații și regimul de protecție împotriva dezastrelor.

Volumul recenzat are meritul de a fi realizat o „radiografiere” a multiplelor și complexelor probleme juridice ale protecției mediului și conservării naturii, demers care, cu siguranță, va fi completat și îmbogățit în permanență.

Gheorghe Durac

Rainer HOFMANN, *Minderheitenschutz in Europa: völker- und staatsrechtliche Lage im Überblick*, Gebrüder Mann Verlag, Berlin 1995 (Forschungsergebnisse der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht/Kulturstiftung der Deutschen Vertriebenen; Bd. 19) 290 p.

Lucrarea reprezintă versiunea amplificată, adusă la zi și însoțită de o anexă documentară, a unui substanțial studiu, având același titlu, pe care autorul l-a publicat anterior în „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht”. Efortul, în bună măsură încununat de reușită, al autorului, de a se desprinde de clișeele abundenței literaturi din domeniul minorităților este vizibil, încă de la examinarea structurii cărții.

Prima parte este consacrată expunerii aspectelor generale (universale și regional-europene) ale protecției minorităților, ponderea având-o, în acest caz, prezentarea evoluțiilor recente pe plan european. În cele ce urmează, este trecută în revistă situația din anumite țări europene, și anume din cele pe care autorul le-a găsit relevante pentru obiectul studiului său (Belgia, Bulgaria, Danemarca, Germania, Estonia, Finlanda, Franța, Grecia, Italia, Croația, Letonia, Lituania, Australia, Polonia, România, Elveția, Serbia – autorul nu precizează motivul pentru care examinează doar această republică și nu întreaga federație, Iugoslavia, – Slovacia, Slovenia, Spania, Cehia, Turcia, Ucraina și Ungaria). Datele privind aceste state sunt ordonate, în general, conform aceleiași scheme: date factice (populație, structură demografică, repartizare în teritoriu); cadrul constituțional; reglementări privind folosirea limbii materne; învățământul; drepturile politice, iar în final se încearcă o estimare generală a situației. Acolo unde este cazul autorul face referire la statutul special al anumitor regiuni (Valle d'Aosta în Italia, Insulele Aland în Finlanda, regiunile Kosovo și Voievodina în Serbia) sau la legile speciale privind minoritățile (legea lituaniană din 1989 sau cea maghiară din 1993).

Concluziile sunt formulate succint (pp. 195-197) și vizează în special evaluarea celor mai recente tendințe manifestate, în acest domeniu, pe plan european. Convenția-cadru a Consiliului Europei privind protecția minorităților naționale, adoptată, probabil, după elaborarea lucrării, este analizată într-un capitol suplimentar (pp. 199-217), după o prezentare de ansamblu, autorul discută acest text pe articole, pe baza raportului explicativ asupra convenției.

Anexa documentară întregeste acest volum sumar dar consistent. Sunt reproduse, integral sau în extras, acte și documente de referință în privința protecției minorităților, adoptate în cursul anilor '90, dintre care amintim: Rezoluția Adunării Generale a ONU privind Declarația asupra drepturilor persoanelor aparținând minorităților naționale sau etnice, religioase și lingvistice (18 decembrie 1992), Documentul Reuniunii de la Copenhaga a Conferinței asupra Dimensiunii Umane în cadrul CSCE (29 iunie 1990), Carta Europeană a Limbilor Regionale și Minoritare (5 noiembrie 1993) și, în fine, convenția-cadru menționată anterior.

Soluția lejeră a examinării generale a instrumentelor internaționale în acest domeniu, urmată de menționarea câtorva elemente concrete din legislația sau administrația anumitor state europene, a fost evitată de autor. Facilitatea unui asemenea demers este una din cauzele principale (alături, evident, de interesul actual al temei) ale proliferării amănunțite a literaturii privind minoritățile. Examinarea sistematică și coerentă a legislației majorității statelor europene, găsirea și aplicarea consecvență a unor standarde unitare de apreciere precum și obiectivitatea manifestată în evaluarea situației din fiecare stat sunt doar câteva din elementele care impun volumul ca lucrare de referință în domeniu.

În privința conținutului cărții considerăm că ar mai fi necesare câteva observații și anume:

- expunând fundalul politico-diplomatic al adoptării unor acte privind protecția minorităților pe plan regional european, autorul menționează opoziția unui grup de state (Franța, Belgia, România, Grecia, Bulgaria și Turcia) față de o interpretare extensivă a obligațiilor statelor având minorități și desemnează, la un moment dat (p. 37) acest grup drept „unheilige” Allianz». Formularea aceasta ambiguă nu constituie expresia unei atitudini ostile, dar graba cu care, probabil, s-a preluat o formulare din „argoul” funcționarilor internaționali contrastează cu preocuparea notabilă pentru obiectivitate și echilibru, manifestată în tot restul lucrării.

- situația din România este apreciată obiectiv și, în general pozitiv (pp. 122-125). Sub acest aspect, Rainer Hofmann diferă de majoritatea autorilor, pe plan extern sau intern, care insistă asupra elementelor criticabile. Explicația acestei atitudini constă în obiectivul pe care și l-a propus autorul (expunerea sumară a faptelor și a reglementărilor), precum și în viziunea mai largă, comparativă, oferită de examinarea situației dintr-un număr mai mare de state. Această viziune comparativă este de natură a relativiza elementele criticabile din legislația sau administrația României în domeniul minorităților. Poziția autorului e cu atât mai notabilă, cu cât a fost formulată într-un moment în care tratatele de cooperare și de bună vecinătate ale României cu Ungaria și cu

Ucraina încă nu fuseseră semnate (și păreau, de altfel, mai departe ca oricând de momentul semnării). Aprecierile pozitive, reținute, sunt formulate prudent și cu referire la circumstanțe:

– este regretabilă pentru o carte de o asemenea anvergură științifică lipsa unei bibliografii alfabetică și a indexului, lipsă greu de imaginat la o lucrare științifică editată în Occident.

Cartea profesorului Rainer Hofmann reprezintă, în ciuda obiecțiilor formulate mai sus, un punct de reper imposibil de ignorat în aria atât de vastă a literaturii dedicate minorităților naționale.

Marius Bălan

Michael FREEDEN, *Drepturile*, Editura DU Style,

București, 1998, 185 p.

După cum declară autorul, această lucrare nu are drept scop constituirea unei teorii a drepturilor, ci doar studiul felului în care drepturile sunt folosite sau practicate. Folosirea lor provine din ceea ce cred oamenii că sunt de fapt drepturile lor, acest lucru generând o anumită raportare la realitatea politică.

Chiar din prefața autorului aflăm temele pe care acesta va încerca să le surprindă și care sunt în număr de trei și anume: implicațiile majore ale teoriei contemporane a drepturilor, ansamblul teoriilor și enunțurilor despre drepturi și, partea cea mai importantă a cărții, încercarea de decodificare ideologică a rolului pe care îl joacă conceptul de drepturi în discursul politic.

Primul capitol surprinde încercarea lui Feeden de a elabora o definiție prescriptivă a drepturilor omului, fiind, pe tot parcursul lucrării, consecvent încercării sale. El ne oferă apoi opt consecințe ale acceptării proiectului său, acestea asigurând în fapt conturul poziției teoretice pe care o adoptă. În partea dedicată apariției drepturilor ar putea să surprindă lipsa analizei unor gânditori cu mult mai influenți decât cei aleși de autor, cum ar fi Montesquieu, Rousseau, Kant sau Hegel. Dar trebuie să avem în vedere faptul că, prin poziția lor teoretică, analiștii drepturilor din spațiul anglo-saxon sunt mult mai apropiați de autori ca Th. Hobbes, J. Locke (cu teoria sa după care legea naturală este un plan al lui Dumnezeu pentru om), Edmund Burke (care deconspiră caracterul abstract și simplist al drepturilor naturale pe care le opune drepturilor reale ale oamenilor, legate de istoria lor specifică și de circumstanțele complexe), Thomas Paine (care considera, asemenea lui Locke, că originea drepturilor este divină și că drepturile naturale – adică dreptul de libertate, proprietate, securitate și, derivat din acestea, dreptul de rezistență la opresiune – sunt imprescriptibile), Jeremy Bentham (care considera drepturile naturale și imprescriptibile drept «absurdități retorice», ele putând exista numai în cadrul unor legi – o invenție omenească necesară în viața socială), Thomas Hill Green

(care nu acceptă nici el doctrina drepturilor naturale, ci le consideră ca emanând din viața socială, din nevoia de cooperare a indivizilor) și Karl Marx (pentru care drepturile omului erau doar niște drepturi ale burghezului, adică «ale omului egoist, separat de alți oameni și de comunitate»).

Studiind în continuare caracterele drepturilor, M. Freedman se oprește la ceea ce comportă ele înăscut, absolut sau universal. Are în vedere problema caracterului lor evident, inalienabil, indestructibil și presocial. Acesta din urmă ridică două chestiuni, anume cea a egalității în drepturi și cea a diversității culturale. Acordarea de drepturi egale, în viziunea autorului, s-ar putea baza fie pe trăsăturile majore pe care le împărtășesc ființele umane, fie pe baza diferențelor dintre ele.

În ultimii ani se observă o tot mai accentuată tendință de acordare a unor drepturi specifice anumitor categorii de persoane (cum ar fi femeile însărcinate, mamele, tinerii ș.a.). Chiar în Constituția României adoptată în 1991 acest lucru este prevăzut în art. 38, al. 2 (privind măsurile de protecție a regimului de muncă al femeilor și al tinerilor) sau în art. 52, al. 2, privind îndatoririle fundamentale ale cetățenilor, cu specificarea faptului că «serviciul militar este obligatoriu pentru bărbați, cetățeni români, care au împlinit vârsta de 20 de ani...». În al. 3 se prevede vârsta maximă pentru încorporare și anume 35 de ani. Acordarea de drepturi specifice este văzută de obicei de către unii filosofi ca o situație supradeterminată: există mai mult decât o rațiune suficientă pentru a acorda drepturi anumitor categorii de persoane în funcție de vârstă, sex, necesități biologice ș.a. Prevederi asemănătoare se pot regăsi în «Declarația Universală a Drepturilor Omului», adoptată la 10 dec. 1948 la Geneva. Art. 25, al. 2, din această Declarație, prevede «*Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection*».

Un alt mod de «încălcare» a principiului egalității în drepturi, întâlnit în statele occidentale, îl constituie programul numit *affirmative action*, a cărui manifestare în plan practic o reprezintă «positive discrimination» (discriminarea pozitivă). Acesta este un drept aparte de o natură compensatorie, bazat pe o privațiune din trecut. El poate fi revendicat ca o încercare de a egaliza, printr-o protecție specială, șansele omenești care au fost anterior negate. Dar aceste prevederi ridică anumite probleme. În primul rând, printr-o asemenea politică socială s-ar putea ca discriminările rasiale sau de altă natură să se amplifice, prin suportarea de o parte din populație a așa-numitelor *job-hiring programmes*, care prevăd ca patronii să angajeze membri ai minorităților sau femei în locul categoriilor favorizate în trecut. Astfel, pentru a îndeplini cerințele acestor măsuri, vor fi angajate persoane mai slabe din punct de vedere al pregătirii. Un alt aspect este acela, inevitabil, al discriminării altor persoane, cum ar fi cazul lui Alan Bakke, respins în două rânduri (1973 și 1974) de către Universitatea din California, Davis, deși fuseseră admiși alți candidați cu punctaj mai mic, toate acestea în urma programelor de «discriminare pozitivă».

Problema diversității culturale se pune îndeosebi în coordonata numită «timp».

Este evident că drepturile se pot modifica treptat în timp și spațiu, la fel cum se schimbă și atributele umane, deși aceasta se întâmplă mai greu. Astfel, se impune în timp un sistem mobil de drepturi (*changing right system*).

În capitolul intitulat *Alegere și bunăstare*, autorul ridică o serie de probleme interesante. Una din ele ia forma următoarei întrebări: dacă am dreptul să renunț la un anumit drept, să nu-l exercit, atunci am dreptul să nu exercit alegerea în general, adică să nu fiu rațional sau autonom? Ca să răspundă la această întrebare, Freedman distinge între (1) drepturile a căror acceptare de către cineva nu este înjustă și (2) drepturile necesare pentru prosperitatea omenească. Această delimitare este importantă deoarece se consideră că «drepturile (2) pot fi asigurate chiar și împotriva voinței posesorului de drepturi pentru că se consideră că protejează atributele omenești; drepturile (1) nu determină decât protecția împotriva posibilei sale violări de către alte persoane».

Alte probleme tratate în acest capitol privesc interesele și nevoile oamenilor, drepturile lor de bunăstare sau situația posesorilor de drepturi. Este într-adevăr important să știm care sunt atributele pe baza cărora se revindică anumite drepturi: capacitatea de alegere, de autonomie, caracteristicile omenești exclusive sau alte proprietăți fizice, psihologice, emoționale mentale și/sau morale.

În partea dedicată dezvoltării naturii umane și ideii de comunitate autorul analizează diferitele poziții ale unor importanți teoreticieni. Dezvoltarea calității omenești este văzută fie ca naturală, nedepinzând de voința noastră, fie autodeterminată, ca o funcție a exercitării propriei voințe individuale. Punctul lor comun este acela al dreptului la libertate, o libertate nealterată de nici o intervenție în procesul dezvoltării, adică autonomie în exercitarea drepturilor. Sunt revăzute numeroase opinii cu privire la comunitate, concepție mai atașată de noțiunea drepturilor decât de cea a drepturilor de alegere. Dintre cei care și-au exprimat opinia cu privire la acest aspect nu lipsesc Th. Green, M. Sandel, J. Humphrey, Suarez, Tuck, J. S. Mill, D. G. Ritchie, J.A. Hobson și colaboratorul său L. T. Hobhouse.

Utilitarismul este studiat într-un capitol aparte. Acesta, după expresia lui Nozick, înțelege drepturile în sensul de constrângeri parțiale în acțiune. Fiind teleologie, el este bazat pe scopuri și interesat de maximizare, opus teoriilor deontologice. Utilitarismul identifică în noțiunea de medie a bunăstării colective un scop al acțiunii omenești. După opinia lui Dworkin, el ocolește preferințele egale ale persoanelor, preferințe ce pot fi însumate pentru a se ajunge la o decizie restrictivă. Se pune problema dacă argumentele utilitarismului subminează sau dimpotrivă susțin drepturile omului. Autorul studiului în discuție crede că utilitarismul modificat și restrâns se apropie de cea din urmă variantă, prin disocierea de utilitarismul clasic și prin păstrarea unei angajări la acele acțiuni și reguli ce permit valorilor umane susținute să fie satisfăcătoare din punct de vedere uman și recomandabile din punct de vedere social.

Capitolul final trece în revistă câteva din cele mai importante documente care au enunțat drepturile omului. Printre acestea, Declarația Universală a Drepturilor Omului (1948), care cuprinde drepturile «convenționale» ale indivizilor, drepturi specifice

acestui secol (protecția împotriva torturii, dreptul la azil ș.a.), drepturi economice, sociale, culturale, drepturi specifice destinate mamelor și copiilor. Alte acte surprinse în această parte sunt «Convenția Internațională asupra Drepturilor politice și civile» (ICCPR, din 1966), «Convenția Internațională a drepturilor economice, sociale și culturale» (ICSECR, din 1966), «Charta Socială europeană» (din 1961), «Convenția americană» (1948), «Charta africană a drepturilor oamenilor și popoarelor» (1981), «Declarația dreptului de dezvoltare și de asociere generală a Națiunilor Unite» (1986) ș.a.

Lucrarea *Drepturile* este binevenită într-un domeniu în care majoritatea aparițiilor par cel mai adesea ezoterice pentru cititori. Nu trebuie să fii un bun cunoscător sau practician în domeniul juridic pentru a înțelege mesajul sau pentru a-ți asuma responsabilitatea unei analize proprii, măcar asupra câtorva dintre ideile profesorului Michael Freedon. Cu toate că unele din afirmațiile sale par șocante, ele relevă totuși ceea ce este propriu sistemului legislativ în care suntem prinși cu toții ca într-o pânză de păianjen. Iată, spre ilustrare, doar două secvențe din cartea autorului englez: „Orice drept comportă o obligație și orice obligație presupune un drept”; „Un drept există doar atunci când există o lege care îl stabilește; o libertate există doar atunci când nu există lege”. Nimic mai simplu în definirea drepturilor și a libertăților noastre.

Dionisie Afloroaie

Redactor:
MIHAI COZMA

Tehnoredactare computerizată:
DANIELA CIOBOTARU

†

TIPARUL EXECUTAT LA
IMPRIMERIA EDITURII UNIVERSITĂȚII
„ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAȘI

6600 Iași, Str. Păcurarii nr. 9, tel. 032-114947

Format: 70×100/16
Coli tip: 7,25
Apărut: 2000
Comanda: 1107

