

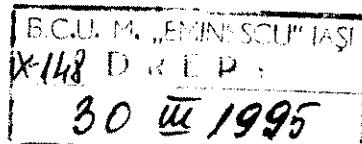
ANALELE ȘTIINȚIFICE
ALE
UNIVERSITĂȚII «AL. I. CUZA»
DIN IAȘI
(SERIE NOUĂ)

ȘTIINȚE JURIDICE

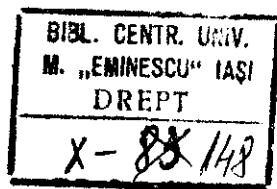


X 148
TOMUL XXXVIII-XXXIX, s. III d

1992-1993



Editura Universității «Al. I. Cuza»



X-~~85~~148

Iuv
6659

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

ȘTIINȚE JURIDICE



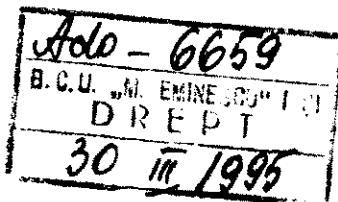
4010600
Periodice

TOMUL XXXVIII-XXXIX, s. III d

1992-1993



Editura Universității «Al. I. Cuza»



— COMITETUL DE REDACȚIE —

Prof. dr. M. JACOTĂ, Prof. dr. O. LOGHIN, Prof. dr. I. MACOVEI,
Prof. dr. D. RADU, Prof. dr. ȘT. RÄUSCHI, Prof. dr. Gr. THEODORU

Prof. dr. O. LOGHIN
Prof. dr. I. MACOVEI

Redactor responsabil
Secretar de redacție

S U M A R

Pag.

GENOVEVA VRABIE – Controlul constituționalității legilor, mijloc de asigurare a supremăției Constituției	5
GABRIELA LUPȘAN și DAN TUDORACHE – Considerații asupra dreptului de proprietate	17
DUMITRU MACOVEI – Perfectionarea legislației în materia moștenirii legale	25
DUMITRU RADU și GHEORGHE DURAC – Unele aspecte în legătură cu sarcina probei în litigiile de muncă	35
GHEORGHE FILIP – Cazurile de neresponsabilitate disciplinară	45
IOAN MACOVEI și ELENA IFTIMIE – Soluții de drept internațional privat în domeniul raporturilor de familie	59
GRIGORE GR. THEODORU – Casarea hotărîrii penale atacate cu recurs pe temeiul lipsei de conformitate dintre soluția dată și prevederile legii	67
TOADER TUDOREL – Calitatea procesual penală de parte vătămată	83
MARIA-IOANA MICHINICI – Reflectii asupra pedepsei cu moartea	89
NARCIS GIURGIU – Principiile fundamentale ale dreptului penal. I	103
MIHAI JACOTĂ și IOAN MACOVEI – La littérature juridique sur l'administration de la province	129
ȘTEFAN RÂUSCHI – Personalitatea juridică a societăților agricole	153
IN MEMORIAM – Octavian Ionescu	161
RECENZII	167

Format: 70 x 100/16 Coli tipo: 11,50
 Apărut: 1994 Comanda: 229



**CONTROLUL CONSTITUȚIONALITĂȚII LEGILOR,
MIJLOC DE ASIGURARE A SUPREMAȚIEI
CONSTITUȚIEI**

DE

GENOVEVA VRABIE

1. Despre necesitatea și felurile controlului constituționalității legilor

1. După cum este știut, constituția este apreciată ca act juridic fundamental care se bucură de *supremație* în raport cu celelalte izvoare ale dreptului. Această poziție de vârf este determinată, în primul rând, de faptul că prin constituție se pun bazele juridice ale statului, se stabilește modul de organizare a societății în stat și modalitățile de ocrotire a cetățenilor, de asigurare a drepturilor și libertăților lor. În al doilea rând, dacă admitem – și trebuie să admitem – existența unei ierarhii a formelor organizaționale statale, în fruntea cărora se plasează adunarea constituuantă – organ creat special pentru a traduce voința națiunii într-o lege fundamentală – trebuie să admitem și faptul că actul juridic care provine de la acest organ are întărietate față de toate celelalte.

Afirmarea supremației constituției implică existența unor mecanisme de control al conformității legilor cu constituția, în lipsa cărora acest principiu rămâne literă moartă. Este deci necesară asigurarea controlului constituționalității legilor, al regulilor juridice subordonate¹. Fără existența unei sanctiuni a violării normelor constituționale de către una dintre puterile constituite, distincția de principiu dintre constituție și legi ordinare (și legi organice, acolo unde se face o distincție între aceste două categorii de legi) cedează locul unei confuzii de fapt. Un control care să ducă la anularea regulilor juridice neconstituționale apare astfel ca singura modalitate de asigurare a supremației constituției².

Încă de la începutul secolului XIX judecătorul Marshall din S.U.A. – pe atunci președinte al Curții Supreme – având a se pronunța în litigiul MARBURY versus MADISON, a pus următoarea alternativă; sau constituția este lege superioară și suverană, imposibil de modificat prin legi ordinare, sau este situată la același nivel cu acestea și poate fi schimbată oricând de legiuitor (de parlament). Trebuie de ales, ori un act contrar constituției nu este o lege ori constituțiile sunt tentative absurde de limitare a puterii unui organ care prin natura ei este nelimitată.

Admitându-se ideea necesității controlului constituționalității legilor, încă de la începutul secolului trecut s-au manifestat constante eforturi în sensul rezolvării unor probleme referitoare la stabilirea organelor competente a-l efectua, la modul în care acestea pot acționa, la momentul în care poate interveni controlul, la efectele pronunțării neconstituționalității legii și a întinderii lor etc.

Logic, legea neconstituțională trebuie anulată; ea nu poate obliga nici un organ de stat să o aplice, nici un cetățean să i se supună. Totuși, soluția aceasta – anularea – a ridicat foarte multe obiecții. S-a spus că parlamentul este format din reprezentanți ai națiunii și că deci voința sa nu poate fi astfel infrântă. Alții au răspuns că parlamentul nu reprezintă voința națională decât dacă activitatea sa se exercită în cadrul determinat de constituție. Și, totuși, acest contraargument nu a exercitat nici o influență asupra unor sisteme juridice naționale. Peste tot s-a manifestat teama legitimă³ ca nu cumva organul chemat să controleze constituționalitatea legilor să se transforme într-o putere supraordonată, să devină un adevarat judecător atât al acțiunii parlamentului cât și al guvernului; să nu se ajungă la un “guvernământ al judecătorilor”. Această teamă s-a manifestat cu atât mai puternic cu cât nu se punea numai problema controlului activității normativ-juridice în conformitate cu constituția, ci și problema protejării drepturilor și libertăților publice, împotriva activității abuzive a unor organe de stat. Dar, se pare că pericolul adoptării și aplicării unor legi care limitează drepturile și libertățile publice, care derogă de la regulile fundamentale privind organizarea politică a societății este mai mare decât cel al erijării unui organ în “judecător suprem” al tuturor celorlalte, situație care, de altfel, poate fi evitată printr-o reglementare foarte precisă a modului și limitelor controlului constituționalității legilor. De aceea în toate statele moderne s-a organizat un astfel de control.

2. Dacă în ceea ce privește necesitatea efectuării controlului constituționalității legilor s-a realizat în general o convergență a opinilor, în ceea ce privește stabilirea organului competent a-l efectua există nu numai o mare diversitate de opinii, ci și o mare diversitate de soluții la care s-a ajuns⁴. În

funcție de soluțiile oferite, de organul propus a efectua această operațiune, controlul constituționalității legilor a fost clasificat în mai multe categorii.

Intr-o opinie, ar exista trei feluri de control: 1) control prin opinia publică, 2) control politic și 3) control jurisdicțional⁵.

Controlul prin opinia publică este controlul elementar, este reacția opiniei publice în momentul încălcării unei prevederi constituționale de către puterile publice (constituuite) cu ocazia adoptării unor reguli juridice. Această formă de control și-a găsit fundamentele ideologice în teoria rezistenței la opresiune⁶, iar fundamentele juridice în acele constituții care au consacrat dreptul la insurecție. Astfel, de exemplu, Constituția franceză din 1793 prevedea că în caz de violare a drepturilor poporului din partea guvernantilor, insurecția este pentru popor și pentru fiecare membru al națiunii cel mai scump drept și cea mai indispensabilă dintre datorii⁷. Revolta individuală și colectivă devine sanctiunea legitimă a ilegalității și inconstituționalității, în primul rând. Această formă de control este, însă, considerată ca primitivă, deoarece implică sau presupune violență.

Intr-o altă opinie se vorbește de 1) control politic și 2) control jurisdicțional⁸, iar într-o alta de 1) control politic, 2) control parlamentar și 3) control judiciar. Unii includ, deci, în cadrul aceleiași forme controlul politic și cel parlamentar, pe cind alții le consideră două forme distincte, argumentând această idee prin faptul că, în cazul controlului politic, competența de control este atribuită unui organ politic, altul decât parlamentul, cum a fost, de exemplu, Senatul conservator prevăzut de Constituția anului VIII din Franța. Trebuie, de asemenea, să amintim și opinia acelora care deosebesc controlul politic de cel "semi-politic sau semi-jurisdicțional", specific celei de a IV-a Republii franceze și primei perioade a celei de a V-a Republii, acordând un loc aparte controlului efectuat în Franța de către Consiliul constituțional, după revizuirea Constituției efectuată în 1974. În sfîrșit, trebuie să facem referire și la o altă clasificare făcută recent în literatura de specialitate din țara noastră, și anume: 1) controlul exercitat prin opinia publică, 2) controlul prin referendum, 3) controlul printr-un organ politic, 4) controlul printr-un organ jurisdicțional și 5) controlul printr-un organ unic, special și specializat⁹.

3. *Controlul politic* a fost întâlnit în Franța sub primul și cel de-al doilea imperiu. El revine Senatului¹⁰ așa cum era organizat de Constituția anului VIII (1799). Acesta avea sarcina de a aprecia constituționalitatea unei legi după adoptarea ei de către corpul legislativ și înaintea promulgării. Dar Senatul nu putea fi sesizat decât de împărat și Tribunat, în așa fel încât rolul său, în acest domeniu, a fost nul, mai ales după suprimarea Tribunatului (1807)¹¹. Același rol l-a avut Senatul și în cadrul celui de-al doilea Imperiu. Acesta era sesizat atunci automat, cu privire la orice lege, înaintea promulgării ei. În art. 25 din

Constituția din 1852 se prevedea că "Senatul este păzitorul factorului fundamental și al libertăților publice. Nici o lege nu poate fi promulgată înainte de a-i fi supusă". Dar, dacă avem în vedere modul cum era constituit Senatul și faptul că era complet devotat lui Napoleon al III-lea, înțelegem de ce acesta nu a declarat nici o lege neconstituțională.¹²

Unii autori vorbesc de un control politic al constituționalității legilor în Franța și sub imperiul Constituției din 1946. În acest sens s-a arătat că legea fundamentală amintită a stabilit un COMITET CONSTITUȚIONAL, adică *un organ politic compus din Președintele Republicii, Președintele Adunării Naționale etc.* ce avea în sarcina sa un control al legilor care, însă, "nu era un veritabil control al constituționalității legilor"¹³.

4. *Controlul parlamentar* a fost întâlnit îndeosebi în statele socialiste, unde se considera, cu unele mici excepții¹⁴, că parlamentul este organul suprem căruia trebuie să i se subordoneze toate celelalte, lui revenindu-i în exclusivitate competența controlului constituționalității legilor.¹⁵ Controlul exercitat de parlament era, după caz, explicit sau implicit, anterior adoptării legilor sau posterior. El era efectuat asupra legilor, dar și asupra altor acte normativ-juridice. În U.R.S.S. acest control era exercitat de Sovietul Suprem, în Albania de Prezidiul Adunării Populare, în România de Marea Adunare Națională etc. De remarcat că și acest sistem de control, ca și cel politic, în practică a avut un rol neânsemnat.

5. *Controlul judiciar* este încredințat, după caz, fie unui ansamblu de tribunale, cu căi de recurs care permit unei Curți Supreme să unifice jurisprudența (exemplu S.U.A.), fie unui singur tribunal care se află în vârful ierarhiei instanțelor ordinare (exemplu România, conform Constituției din 1923 și Elveția), fie unor tribunale speciale, denumite tribunale sau curți constituționale¹⁶ (Exemplu Austria, Italia, Germania, România azi etc.). În situația unui control jurisdicțional, acesta poate fi realizat, după caz, fie pe cale de excepție, fie pe cale de acțiune, adică fie că legea va fi examinată cu ocazia unui proces, când o parte ridică excepția de neconstituționalitate (exemplu S.U.A.)¹⁷, fie că procesul va avea ca obiect o lege ce este considerată neconstituțională (exemplu Germania, Italia etc.). *Și totuși, în unele state controlul se poate realiza și pe cale de acțiune și pe cale de excepție*, ca în Germania și Italia. Dreptul de a sesiza poate apartine, după caz, fie numai unor organe de stat – de regulă celor mai importante (exemplu Franța)^{17bis}, fie atât unor organe cât și cetățenilor (exemplu Germania, Elveția, Austria). Controlul poate fi efectuat în unele sisteme înainte de promulgarea legii, în altele este un control A POSTERIORI, iar în altele controlul se efectuează și înainte și după adoptarea legii. El poate avea efecte ERGA OMNES, ca în Statele Unite, sau numai între părțile litigante, ca în România sub imperiul Constituției din 1923. Prin intermediul acestei in-

CONTROLUL CONSTITUȚIONALITĂȚII LEGILOR

stituții pot fi supuse controlului legile și regulamentele, toate legile sau numai deciziile ce emană de la adunările legislative autonome sau numai legile ce provin de la autoritățile cantonale. Astfel, de exemplu, în Spania cetățenii beneficiază de recursul de "Amparo" prin care poate fi atacată o decizie sau un act emanând de la comunitățile autonome (și nu o lege provenind de la parlament), după cum în Elveția cetățenii pot sesiza Tribunalul federal doar în legătură cu legile cantonale – care violează, după caz, constituția federală sau constituția cantonală.

Controlul judiciar este considerat de mulți autori ca cel mai eficace.¹⁸ El s-a realizat pentru prima oară în *Statele Unite ale Americii*. Competența judecătorilor de aici de a efectua controlul constituționalității legilor decurge dintr-o hotărâre judecătorească din 1803¹⁹. Președintele Curții Supreme a S.U.A., judecătorul *Marshall*, cu ocazia procesului *MARBURY versus MADISON*, argumenta obligația curților de a veghea la respectarea constituției, ca izvor de drept superior legilor adoptate de Congres. Sistemul american este, așa cum mulți o spun, cel mai liberal din toate. Cu ocazia unui litigiu, în fața oricărui tribunal, o parte se poate apăra împotriva aplicării unei legi care-i aduce prejudicii, o lege pe care o consideră contrară constituției. Tribunalul în cauză, dacă îi dă dreptate, nu va anula legea, dar ve refuza să o aplice. Curtea Supremă, sesizată pe cale de recurs, dacă confirmă decizia primei instanțe, va exercita o autoritate care se va impune în fapt legiuitorului; acesta va retrage legea în cauză²⁰ (regulă creată pe baza practicii). Ca să se ajungă la declararea neconstituționalității unei legi, trebuie deci să existe un proces.

După remarcabila inițiativă a șefului justiției John Marshall²¹ și pînă la sfîrșitul războiului de secesiune (1865), Curtea Supremă a aplicat destul de rar regula – stabilită pe calea precedentului judiciar – a controlului constituționalității legilor. Dar, începând cu secolul XX, Înalta Curte s-a servit intens de ea pentru menținerea condițiilor juridice ale liberalismului. Se vorbea de instaurarea "guvernământului judecătorilor", conform cu faimoasa formulă a lui Eduard Lambert. Apoi, după președinția lui Franklin Roosevelt, s-a manifestat tendința de a afirma scăderii rolului politic al Curții Supreme. Totuși, odată cu numirea lui Earl Warren în fruntea acesteia (1953) și mai ales după celebra hotărîre *BROWN versus BOARD EDUCATION*, (1954) referitoare la lupta împotriva segregării, s-a asistat la o reactivare a controlului constituționalității legilor²².

Spre deosebire de sistemul S.U.A., care a constituit un model și pentru țara noastră în 1923, *în multe state controlul constituționalității legii este realizat de instanțe (organe) speciale*, de tribunale sau curți care au în competență lor nu numai acest control, ci și alte atribuții privind realizarea unui echilibru în funcționarea autorităților publice, prin soluționarea conflictelor de competență

dintre puterea legiuitoră și cea executivă, dintre autoritățile centrale și cele locale, dintre autorități și cetățeni etc.

În Franța controlul a fost încredințat, potrivit Constituției din 1946, Comitetului constituțional, organ ce era considerat de unii autori "semi-politic și semi-jurisdicțional" iar de alții politic, iar potrivit Constituției din 1958 Consiliului Constituțional, care se prezintă mai mult ca organism jurisdicțional decât politic²³. Compoziția sa este pur politică; el cuprinde vechii președinti ai Republicii, plus nouă membri desemnați de șeful statului, președintele Adunării Naționale și președintele Senatului. Președintele Consiliului este numit de șeful statului. Având atribuții în mai multe domenii, Consiliul Constituțional are în competență să își controlul constituționalității legilor, înaintea promulgării lor, și a regulamentelor celor două adunări, înainte de punerea lor în aplicare. Dacă controlul legilor organice este obligatoriu, cel al legilor ordinare este facultativ. Legile referendare nu pot fi controlate. Până la revizuirea din 1974, sesizarea neconstituționalității legilor ordinare²⁴ nu putea fi făcută decât de Președintele Republicii, președintele Adunării Naționale, președintele Senatului și primul-ministru. De la această dată mai au drept de sesizare și deputații celor două camere (60 de senatori sau 60 de deputați). Astăzi se preconizează o revizuire a constituției care să prevadă dreptul cetățenilor de a sesiza direct Consiliul Constituțional în caz de neconstituționalitate a legilor.

II. Controlul constituționalității legilor în țara noastră

1. ÎN ȚARA NOASTRĂ prima prevedere juridică în domeniul controlului constituționalității legilor o întîlnim în Statutul Dezvoltător al Convenției de la Paris ("Statutul lui Cuza") din 1864 (art.12), unde se arată că Statutul și legile constituționale sunt puse sub ocrotirea Corpului ponderos²⁵. Prima noastră constituție, cea din 1866, nu cuprindea o astfel de prevedere. Totuși, sub egida acesteia s-a ajuns la crearea – pe cale jurisprudențială – a unor reguli privind controlul constituționalității legilor. Este vorba de renumita sentință din 1912 referitoare la afacerea tramvaielor. Declărând o lege neconstituțională, această decizie nu a dus la anularea ei, ci la inaplicabilitate față de părțile aflate în litigiu. În consecință, orice altă instanță, având a se pronunța pe baza acestei legi, putea să dea o decizie deosebită, cea anterioară neavând efecte ERGA OMNES²⁶. Rupând cu această tradiție potrivit căreia orice instanță se poate pronunța cu privire la constituționalitatea legii și decide neaplicarea ei într-un caz concret, Constituția din 1923 prevedea că numai Curtea de Casație în secțiuni unite are dreptul de judecă constituționalitatea legilor și a declara inaplicabile pe acelea care sunt contrare Constituției (art.103). Se preciza de asemenea și intinderea efectelor unei astfel de decizii, prevăzându-se că ele se

mărginesc la cazul judecat. Potrivit acestei Constituții și Legii privind Curtea de Casătie din 1925, instanța în fața căreia se ridică excepția de neconstituționalitate continua să judece procesul, rămânând ca problema de neconstituționalitate să fie soluționată la sfârșit (după ce procesul s-a încheiat) de instanță supremă. Totuși, dacă cu ocazia procesului în care s-a ridicat excepția de neconstituționalitate reclamantul era de acord, instanța de fond suspenda judecarea procesului și trimitea dosarul Curții de Casătie. S-a admis regulă – prin mai multe decizii ale instanței supreme – că motivul de neconstituționalitate nu putea fi invocat pentru prima oară cu ocazia judecării recursului, dacă nu s-a propus înaintea instanței de fond²⁷.

Constituțiile din 1948 și 1952 nu au prevăzut un control explicit al constituționalității legilor²⁸. Se spunea că acest control se realizează în procesul de adoptare, de către comisiile Marii Adunări Naționale care aveau în competența lor avizarea proiectelor de lege.

Constituția din 1965, cu modificările ce i-au fost aduse în 1975, și Regulamentul de funcționare al M.A.N. au reglementat explicit controlul constituționalității legilor. Potrivit acestor două acte normative, existau două categorii de control; a) controlul constituționalității legilor adoptate de M.A.N. și b) controlul constituționalității decretelor ce cuprindeau norme cu putere de lege adoptate de Consiliul de Stat și al hotărârilor Consiliului de Miniștrii²⁹. Era vorba de un control explicit și posterior pentru ambele categorii amintite. De asemenea, în ambele cazuri pregătirea lucrărilor cu privire la control era încredințată Comisiei constituționale și juridice a M.A.N., comisie formată din deputați, dar și din specialiști din domeniul dreptului constituțional. Deosebita dintre cele două forme de control constă în aceea că, în primul caz se pronunță M.A.N., pe când în cel de al doilea, Consiliul de Stat pentru decrete și Consiliul de Miniștri pentru hotărâri. S-a spus, totuși, că un veritabil control privește numai legea în accepțiunea ei restrânsă, ca act al parlamentului³⁰. De asemenea s-a spus că Marea Adunare Națională, fiind organ suprem al puterii de stat, organ direct reprezentativ căruia î se subordonează toate celelalte, nu este posibilă organizarea unui control al constituționalității legilor care să fie dat în competență altui organ.

În afara de acest control explicit și posterior, sub imperiul Constituției din 1965 s-a vorbit de un control implicit care se exercita asupra proiectelor de lege cu ocazia avizării lor când se observau – ar fi trebuit să se observe – și aspectele legate de conformitatea legilor, decretelor și hotărârilor cu constituția.

2. *După evenimentele din decembrie 1989*, cu ocazia adoptării noii Constituții a României, s-a discutat revenirea la sistemul controlului judiciar exercitat de Curtea Supremă, potrivit experienței noastre mai vechi. Soluția la care s-a oprit constituantul este însă diferită. Exercitarea controlului constituționalității

legilor este încredințată Curții Constituționale.³¹ S-a avut în vedere, pe de o parte, experiența unor state din Europa, precum Austria, Italia, Germania, Franța etc. și, pe de altă parte, specificul contenciosului constituțional care impune crearea unui organ specializat, care să prezinte garanții sporite de competență.

Controlul constituționalității legilor efectuat de această Curte poate fi, potrivit art.144 și 145 din Constituția României, atât *un control anterior* cât și *unul posterior*. El se poate efectua, după caz, *din oficiu sau la cerere*. Se exercită *asupra legilor, dar și asupra regulamentelor celor două Camere ale Parlamentului și a ordonanțelor adoptate de Guvern*. Rolul decisiv în aprecierea neconstituționalității unuia din actele normative enumerate revine, după caz, Parlamentului sau Curții Constituționale, în condițiile legii.

Se efectuează un control ANTERIOR, potrivit cerințelor privind prevenirea fenomenelor normative neconstituționale, asupra legilor, înainte de promulgarea lor, la sesizarea Președintelui României, a unuia dintre președinții celor două Camere ale Parlamentului, a Guvernului, a Curții Supreme de Justiție, a unui număr de cel puțin 50 de deputați sau de cel puțin 25 de senatori. De asemenea, se efectuează *din oficiu* un control asupra inițiativelor de revizuire a Constituției.

Se efectuează un control POSTERIOR asupra regulamentelor Parlamentului, la sesizarea unuia dintre președinții celor două Camere, a unui grup parlamentar sau a unui număr de cel puțin 50 de deputați sau 25 de senatori. Tot posterior se efectuează controlul constituționalității legilor și ordonanțelor în cazul în care în fața instanțelor judecătoarești *s-au ridicat excepții* de neconstituționalitate, potrivit art.144 lit.c.

Se pune întrebarea dacă organul nou creat pentru efectuarea controlului constituționalității legilor are sau nu "putere de decizie" în acest domeniu. Soluția oferită de legiuitor în acest domeniu este complexă. Pentru situația controlului anterior, s-a prevăzut trimiterea legii pentru a fi reexaminată de Parlament, acesta fiind chemat să decidă în final asupra constituționalității³². Decizia trebuie luată, conform art.145, cu o majoritate de cel puțin două treimi din numărul membrilor fiecărei Camere, și nu cu majoritatea obișnuită – pentru adoptarea legilor – prevăzută de art.74 al.1 și 2. În situația controlului posterior efectuat asupra regulamentelor Parlamentului, decizia finală urmează a fi luată, cu majoritate de două treimi, de una din cele două Camere, a cărui regulament urmează a fi reexaminat. Dar dacă controlul se efectuează în urma ridicării unei excepții de neconstituționalitate în fața instanțelor judecătoarești, Curtea Constituțională este aceea care decide, legea sau ordonanța asupra căreia s-a realizat acest control urmând să-și înceteze acțiunea. (art.144 lit.c). În acest sens, în art.145 al.2 se prevede că "deciziile Curții Constituționale sunt obligatorii și au putere numai pentru viitor", ele trebuind

a fi publicate în Monitorul Oficial, pentru ca încetarea efectelor legii să fie adusă la cunoștința cetățenilor.

Având la îndemâna mai multe modele, Adunarea constituantă nu s-a oprit la unul pe care să-l copie, ci a căutat o soluție de realizare a controlului constituționalității legilor care să fructifice experiența acumulată în acest domeniu de alte state dar și de statul nostru. Astfel, observăm că s-a revenit la situația existentă sub imperiul Constituției din 1923, considerată cea mai democratică lege fundamentală a României, adică la posibilitatea ridicării, în fața oricărei instanțe de judecată, a excepției de neconstituționalitate a legii, dar concomitent s-a recurs la soluția, întâlnită în mai multe state europene, a creării unui anume organ care să soluționeze astfel de cazuri. Ne întrebăm de ce nu s-a reglementat și controlul pe cale de acțiune la inițiativa cetățenilor, care este considerat cel mai democratic, întrebare legitimă dacă ne gândim că în unele state se pregătește revizuirea constituției în acest sens³³.

NOTE

¹ Vezi Ch.Debbasch, J.Bourdon, J.M.Pontier, J.C.Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3^e édit., Economica, Paris, 1980, p. 96.

² Vezi, M.Prélot, J.Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Sixième édition, Paris, 1975, p.218. În literatura de specialitate s-au adus argumente atât pentru a demonstra necesitatea controlului constituționalității legilor cât și pentru a demonstra imposibilitatea instituirii lui. În favoarea existenței unui control s-a spus că legiuitorul este și el supus greșelii, că înăști constituția este interpretabilă, că și aceasta are lacune ca orice lege, că avantajele politice ce ar decurge din faptul inexistenței unui control nu pot compensa dezavantajele juridice pe care același fapt le-ar atrage, că inexistența controlului constituționalității legilor lasă loc instabilității juridice și confuziilor de fapt, că nu există nici o rațiune pentru a trata normele cuprinse în legi altfel decât celelalte norme care trebuie să se conformeze ierarhic, că rezervând exclusiv parlamentului dreptul de a aprecia constituționalitatea legilor s-ar ajunge la confundarea judecătorului cu partea și excluderea noțiunii de control din start etc. Absența controlului constituționalității legilor a fost argumentată plecând de la ideea că nu se poate admite ierarhia normelor pentru că aceasta presupune ierarhia organelor, ceea ce contravine principiului separației puterilor în stat, că nu se poate admite controlul legilor, legea fiind expresia voinei generale care este suverană, că nu se poate admite că un alt organ să controleze parlamentul care reprezintă poporul și răspunde numai în fața acestuia, că insuși parlamentul efectuează acest control cu ocazia adoptării legilor, control ce nu mai trebuie, deci, exercitat de un alt organ etc. (Vezi I. Deleanu, *Sancțiunea supremă a constituției*, în "Dreptul" nr.7-8/1991, p.21-23).

³ Vezi Ch.Debbaach s.a., *op.cit.*, p.62.

⁴ Trecând în revistă, toate organele care ar putea efectua controlul constituționalității legilor, J. F. Aubert ajunge la concluzia că acesta ar trebui conferit unui alt organ decât cel ce face legea, unui organ politic sau judiciar. El arată că parlamentul nu poate efectua acest control pentru că face lege și deci nu îl poate efectua. Dar nici una din camerele acestuia nu poate efectua controlul, pentru că, într-o astfel de situație, său ar fi vorba de un autocontrol, sau, dacă această cameră are deosebite sarcini de control (precum Senatul în cel de al doilea imperiu francez), nu mai potem vorbi de

bicameralism. Corpul electoral, cu ocazia referendumului, este consultat de regulă asupra oportunității unei legi și nu asupra constitucionalității ei. Executivul, acolo unde are un drept de veto, ca în S.U.A., se bazează pe motiv de inopportunitate și nu pe neconstitucionalitate. Statele membre, în cazul unui stat federal, nu pot înălța aplicarea unei legi pe motiv de neconstitucionalitate, deoarece se ajunge la inegalitate între ele. Dreptul de rezistență nu poate fi invocat, pentru că nimici nu se poate face judecător al legii. (J. F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Edit. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967, p.165).

⁵ Vedi M. Prélod, J. Boulouis, op.cit., p.219.

⁶ Vedi Ch. Debrasch s.a., op.cit., p.98 §.u.; Vedi și J. F. Aubert, op.cit., p.166.

⁷ Cf. M. Prélod, J. Boulouis, op.cit., p.219.

⁸ Vedi, de exemplu, Ch. Debrasch s.a., op.cit., p.82. La noi, vedi I. Muraru, *Drept constituțional*, Universitatea din București, 1987, p.68 §.u.

⁹ Vedi I. Deleanu, op.cit., p.22-26.

¹⁰ Ideea unei adunări care să aibă în competență să controlul constitucionalității legilor se găsește în cuvântarea lui Sieyès din termidor anul III (1796) care propunea un corp de reprezentanți cu misiunea specială de a judeca reclamațiile contra oricărei atingeri aduse constituției. Unii autori susțin că această propunere și-a găsit reflectarea în Constituția Anului III (Vedi M. Prélod și J. Boulouis, op.cit., p.220-221).

¹¹ Ibidem, p.221. Vedi și C. Leclercq, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Septième édition, LITEC, Paris, 1990, p.117. Tribunatul, cameră a puterii legislative, alături de Corpul legislativ, organizat pe baza Constituției Anului VIII în Franță, era format dintr-o sută de membri care discutau proiectele de lege, dar nu le votau (Vedi Debrasch s.a., op.cit., p.430).

¹² Vedi C. Leclercq, op.cit., p.117.

¹³ Vedi Ch. Debrasch s.a., op.cit., p.89.

¹⁴ Astfel, în Iugoslavia și Cehoslovacia au existat tribunale constituționale.

¹⁵ Și în alte state decât cele socialiste competența de a se pronunța asupra constitucionalității legilor revine organului legiuitor, precum în Olanda, Israel, Noua Zeelandă etc.

¹⁶ Unii autori, vorbind de acest ultim sistem de control – din Austria, Germania, Italia etc. – nu-l denumește control judiciar, ci “control printr-un organ unic, special și specializat” (Vedi I. Deleanu, op.cit., p.25).

¹⁷ Controlul constituționalității legilor în S.U.A. nu se exercită numai pe cale de excepție, chiar dacă această modalitate este esențială în practică. Există alte două procedee tehnice; 1) INJONCȚI-UNEA, prin care un cetățean cere judecătorului să interzică unui funcționar să execute o lege care-i provoacă un prejudiciu, pentru că e contrară constituției și 2) JUDECATA DECLARATORIE, de date recentă, procedeu tehnic și procedural mai perfectionat. El intervene înaintea oricărei aplicări a legii față de un particular, care cere judecătorului să se pronunțe asupra eventualității neconstitucionalității legii. În această situație, având în vedere rolul deosebit de important pe care îl joacă judecătorii în S.U.A., să-a vorbit de substituirea puterii politice și de guvernământul judecătorilor. (Vedi C. Leclercq, op.cit., p.115-116).

^{17bis} Până la ultima modificare a art. 61 din Constituția Franței, aveau dreptul de a sesiza Consiliul Constituțional; Președintele Republicii, Primul ministru, Președintele Adunării Naționale, Președintele Senatului și șaizeci de deputați sau șaizeci de senatori. Cele două alineate adăugate azi articolului 61 – prin revizuirea Constituției – se referă la ridicarea excepției de neconstitucionalitate în fața instanțelor judecătoarești, privitor la legile care privesc drepturile fundamentale ale cetățenilor.

¹⁸ Vedi M. Prélod și J. Boulouis, op.cit., p.221.

CONTROLUL CONSTITUȚIONALITĂȚII LEGILOR

¹⁹ Această hotărâre este deosebit de importantă pentru crearea instituției controlului constituționalității legii în SUA și în întreaga lume. J. Marshall, care era atunci președintele Curții Supreme, a pronunțat o hotărâre prin care a decis asupra incompetenței tribunalului. Se stabilea că Legea din 1789 – care a atribuit instanței supreme competența de a da, împotriva unui ministru, o injoncțiune scrisă (“writ of mandamus”) – este neconstituțională, o astfel de injoncțiune trebuind să fi dată, potrivit Constituției, de o curte de district, nu de cea supremă. Declaratându-se necompetentă într-o chestiune minoră, Curtea Supremă devinea prin însăși acest fapt, titulatura unui drept incomparabil mai important: acela de a declara neconstituționale legi elaborate de parlament și, deci de a contracara puterea acestuia, manifestându-se adesea ca putere superioară lui. (Vezi Ch. Debbasch s.a., *op.cit.*, p.85 și A. Hauriou, J. Gicquel, *op.cit.*, p.460 s.u.).

²⁰ Vezi Ch. Debbasch s.a., *op.cit.*, p.115; vezi și M. Prélot, J. Boulouis, *op.cit.*, p.223.

²¹ John Marshall, ca urmare a importanței principiului formulat în renumitul proces *Marbury v. Madison*, a fost denumit “al doilea fondator al constituției”.

²² Vezi A. Hauriou et J. Gicquel, *op.cit.*, p.460-462. Autorii arată că odată cu “președinția imperială” a lui NIXON, care a numit 4 noi judecători, s-a manifestat teama unei schimbări. Dar liberalismul a fost menținut și apărat. Pretinsul privilegiu în numele căruia șeful executivului încerca să se sustragă legii, a fost înălțat. (*UNITED STATES v.RICHARD NIXON*, 24 iulie 1974). Căteva zile după aceea scandalul de la WATERGATE cunoștea, de altfel, epilogul său. Aceasta ne subliniază măsura autorității Curții Supreme.

²³ Vezi C. Leclercq, *op.cit.*, p.118.

²⁴ O astfel de sesizare a fost făcută, de exemplu, de Președintele ţării în 1971. Ca urmare, s-a ajuns la anularea unei dispoziții legislative ce aducea atingere libertății de asociere. Se spune că această decizie prezintă pentru dreptul constituțional francez importanță pe care a avut-o decizia judecătorului Marshall pentru dreptul constituțional al S.U.A. (Vezi C. Leclercq, *op.cit.*, p.119).

²⁵ Corpul ponderator și Adunarea electivă constituiau cele două camere ale parlamentului, potrivit Statutului lui Cuza. Anterior, în Convenția de la Paris (art.33) s-a prevăzut în sarcina Comisiei centrale de la Focșani para noii constituții.

²⁶ Vezi M. Prélot, J. Boulouis, *op.cit.*, p.222 și 228.

²⁷ Vezi P. Negulescu, *op.cit.*, p. 493.

²⁸ Vezi N. Prisca, *Drept constituțional*, EDP, București, 1977, p.55.

²⁹ Vezi I. Muraru, *Drept constituțional*, Univ. Buc., 1987, p.72.

³⁰ Idem.

³¹ Curtea Constituțională se compune, potrivit art.140 din Constituția României, din nouă judecători, numiți pentru un mandat de nouă ani (cu excepția celor ce au fost numiți, pentru început, potrivit art.152, pe trei ani și, respectiv, pe șase ani). Camera Deputaților, Senatul și Președintele României numesc câte trei judecători care, prin vot secret, aleg un președinte pe o perioadă de trei ani. Curtea Constituțională se înnoiește cu o treime din judecătorii ei, din trei în trei ani.

³² Dar, nu se poate contesta și un anume rol al Curții Constituționale în hotărârea pe care o va lua Parlamentul cu ocazia reexaminării legii.

³³ Vezi C. Leclercq, *op.cit.*, p.117.



CONSIDERAȚII ASUPRA DREPTULUI DE PROPRIETATE

DE

GABRIELA LUPȘAN și DAN TUDORACHE

Perioada de tranziție pe care o parcurge România – trecerea de la o economie hipercentralizată, bazată pe proprietatea socialistă sub cele două forme, de stat și cooperativistă, la o economie de piață ce are ca fundament cererea și oferta – a impus, pe de o parte, îmbogățirea legislației cu noi instituții juridice, iar pe de altă parte, reevaluarea tuturor instituțiilor juridice care reflectă noile realități din societatea noastră.

Semnificativ pentru acest proces este și reglementarea, inițial în Legea fondului funciar¹, ulterior în Constituția României², a domeniului public și domeniul privat și, implicit, a dreptului de proprietate.

Astfel, în art.135 alin. 2 din Constituție, se prevede că "Proprietatea este publică sau privată". Cu alte cuvinte, dreptul de proprietate, ca principal drept real, poate fi drept de proprietate publică sau drept de proprietate privată.

Din interpretarea corelativă a dispozițiilor art.135 alin. 2 și ale art. 41 alin. 2 din Constituție care prevede că "Proprietatea privată este ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular", rezultă că dreptul de proprietate publică are ca unic titular statul sau unitățile administrativ-teritoriale (județ, municipiu, oraș, comună), iar dreptul de proprietate privată aparține oricărui titular, inclusiv statului.

Așa fiind, statul poate avea asupra bunurilor un drept de proprietate publică și un drept de proprietate privată. Deci, proprietatea lui cuprinde, în funcție de bunurile asupra cărora își exercită dreptul de proprietate, două domenii – domeniul public și domeniul privat.

Problema dreptului de proprietate, principal drept real în sistemul drepturilor subiective patrimoniale, a făcut și face obiectul unor preocupări deosebite atât pe plan legislativ, cât și doctrinar. Precizăm că, în studiul de față, după

unele succinte idei cu privire la istoricul domeniului public și privat, vom analiza criteriul distincției dintre acestea, ocupându-ne apoi de fiecare domeniu în parte, de bunurile ce le includ și de regimul juridic al dreptului de proprietate publică și privată.

I. Scurt istoric al domeniului public și domeniului privat

Originea distincției dintre domeniul public și domeniul privat trebuie căutată în dreptul roman, unde ea avea însă un aspect nu prea apropiat de acel pe care îl atribuie dreptul modern. Astfel, în categoria bunurilor *extrapatrium nesusceptibile de insuſire*, juriștii romani includeau: *res divini iuris* (*res sacrae*, *res religiosae*, *res sanctae*), *res omnium communes*, *res publicae*, *res universitatis*.

În ceea ce privește categoria bunurilor *res publicae*³, dreptul roman punea deoparte lucrurile care erau afectate uzului public – *res quae sunt in usu publico* – considerate ca aparținând tuturor cetățenilor romani, de unde și denumirea de *res publicae* sau *loco publica* (fluviale, țărmurile, drumurile, porturile, teatrele, școlile, piețele și grădinile publice), de lucrurile care constituiau domeniul privat al statului roman – *res fisci sau res fiscales* – care erau în *pecunia populi* sau *res quae sunt in patrimonio fisci* (sclavii publici, ager publicus, sumele de bani provenite din impozite). Aceste din urmă bunuri pot fi înstrăinate, așa încât ele diferă de *res privatae* numai prin calitatea proprietarului.

Deosebirea dintre cele două domenii și-a pierdut importanța în vechiul drept francez, unde bunurile din domeniul privat (*res fisci*) aparțineau, în calitate de suveran, regelui. Spre deosebire de domeniul public care înainte de Revoluția franceză din 1789 se reducea la căile de comunicație terestre, fluviale și la țărmurile marii, domeniul regal avea un conținut foarte bogat (terenuri, păduri, castele și les écheoites casuelles: drepturile de *confiscation*, de *déshérence*, d'*aubain*, de *bâtardise*), fiind o importantă sursă de venituri.

Ideile revoluționare de la 1789 deschid un nou drum în evoluția noțiunii de domeniu public și domeniu privat. Noul principiu, în baza căruia domeniul coroanei este proprietatea națiunii, își găsește afirmarea în Legea domenală din 22 noiembrie 1790. Prin această lege, bunurile fostului domeniu privat al regelui devin bunuri ale domeniului național, iar vechile bunuri publice (căi de comunicație etc.) sunt considerate numai ca “depinzând de domeniul public”, deoarece nu sunt capabile, spre deosebire de primele, de a produce venituri.

Plecând de la această concepție, s-a ajuns la o confuzie între domeniul public și domeniul privat al statului, confuzie oglindită în textele Codului civil francez și preluată, ulterior, de legiuitorul român de la 1864.

Aceasta este explicația enumerării greșite pe care o găsim în art.538 – 540 C.civ.francez și art.476 – 478 C.civ.român, texte în care, alături de bunuri, care aparțin domeniului public, figurează și bunuri care, fără săgădă, fac parte din domeniul privat, cum ar fi, adăugirile către mal și locurile de unde s-a retras marea. Toate acestea concură la ideea că, în concepția redactorilor codului nostru civil, domeniul public este alcătuit din totalitatea bunurilor ce aparțin statului.

Meritul de a stabili criteriul distincției dintre domeniul privat și domeniul public, ca și consecințele practice ce decurg din acestea revine doctrinii și jurisprudenței de la sfârșitul secolului trecut și începutul secolului nostru⁴.

Doctrina socialistă a renunțat în mod tacit la teoria celor două domenii ale statului și, implicit, la noțiunea de drept de proprietate publică și privată, apreciindu-se că noțiunile de domeniu public și domeniu privat al statului au devenit desuete.

Explicația acestei situații o găsim, pe de altă parte, în teza din teoria generală a dreptului după care societatea socialistă nu cunoaște împărțirea dreptului în drept public și drept privat, iar pe de altă parte, în orientările ideologice potrivit căroră în aceeași societate, n-ar exista diferențe, contradicții între interesele publice și interesele particulare.

Așa fiind, în ediția oficială din 1958 a Codului civil, la art.476 consacrat sferei bunurilor domeniului public, se face următorul comentariu: "În urma transformărilor succesive ale structurii statului și dreptului nostru, nu mai există domeniu public și domeniu privat, ci numai fondul unic al proprietății socialiste de stat", făcându-se trimitere la dispozițiile art.7 din Constituție privitoare la categoriile de bunuri ce constituie proprietate de stat.

Același punct de vedere este exprimat și în ediția oficială din 1981 a Codului civil, unde se face trimitere la articolele privitoare la proprietatea socialistă din constituțiile ulterioare ale României (1952, 1965).

Noile acte normative⁵ emise după Decembrie 1989 au produs adevărate și profunde mutații în materia dreptului de proprietate, marcând dispariția proprietății socialiste sub cele două forme: de stat și cooperativă și consacrand proprietatea publică și cea privată.

II. Criteriul distincției dintre domeniul public și domeniul privat

Enumerarea bunurilor incluse de legiuitor în domeniul public prin actele normative în vigoare (art.135 alin.4 din Constituție, art.5 alin.1 din Legea fondului funciar) nu poate fi exhaustivă. Referitor la aceasta, se pune întrebarea după ce criteriu se pot distinge bunurile care aparțin domeniului public de cele care sunt incluse în domeniul privat.

Într-o opinie⁶, apartenența bunurilor la unul din cele două domenii, trebuie făcută după natura acestora. Cu alte cuvinte, domeniul public ar trebui să cuprindă toate lucrurile care, prin însăși natura lor, nu sunt susceptibile de proprietate privată; iar domeniul privat pe acelea care, prin natura lor, sunt susceptibile de o asemenea proprietate.

Potrivit acestui punct de vedere, pe de altă parte, se neagă posibilitatea, ca un bun din domeniul public să treacă în domeniul privat, posibilitate, de altfel, recunoscută de lege. Ea există atunci când un bun încetează să fie afectat unei utilități publice, potrivit dispozițiilor alineatului ultim al art. 4 din Legea nr.18/1991. Pe de altă parte, concepția menționată nu poate explica existența în domeniul public și a bunurilor care sunt susceptibile de a fi obiect al dreptului de proprietate publică, cât și al dreptului de proprietate privată.

O altă opinie⁷ consideră că un bun face parte din domeniul public dacă este afectat unui serviciu public, iar alta⁸, dacă bunul este afectat "... nu la uzul unui simplu serviciu public sau de utilitate publică ... ci la uzul direct al întregului public: din moment ce un lucru este destinat să servească la uzul tuturor, el face parte din domeniul public".

Acest din urmă criteriu restrâng foarte mult sfera bunurilor ce fac parte din domeniul public, considerându-le astfel numai pe acelea care sunt accesibile în mod direct și permanent publicului, cum sunt piețele, străzile, fluviile și râurile și excluzând bunurile care, deși nu sunt accesibile publicului sau nu sunt accesibile în mod permanent, sunt de interes public: sediile organelor de stat, teatre, școli, muzee, biblioteci, cazărmări, penitenciare.

Considerăm că un bun face parte din domeniul public dacă este afectat unui serviciu public, soluție pe care, de altfel, o adoptă și Legea nr.18/1991 în art. 4 alineatul ultim "terenurile din domeniul public sunt cele afectate unei utilități publice", iar în art. 5, după ce declară unele categorii de bunuri ca făcând parte din domeniul public, arată că aparțin domeniului public și terenurile care "... potrivit legii, sunt de domeniu public ori care, prin natura lor, sunt de uz sau interes public".

Din cele arătate, rezultă că există două moduri, de determinare a bunurilor care fac parte din domeniul public. O primă modalitate este aceea declarării de către legiuitor în mod explicit și enunciativ a categoriilor de bunuri care fac parte din domeniul public, modalitate folosită în cuprinsul art. 135 alin. 4 din Constituție și art. 5 din Legea fondului funciar.

Cea de-a doua modalitate folosește ca reper natura bunului, adică un bun face parte din domeniul public dacă, după natura sa, este de uz sau interes public (art. 4 alin. ultim din Legea nr.18/1991).

III. Domeniul public

Noțiunea de domeniu public desemnează acele bunuri care, prin natura lor sau printr-o dispoziție expresă a legii, sunt destinate uzului public sau satisfacerii unui interes public.

În lipsa unui text de lege este necesar să stabilim ce se înțelege prin uz public și interes public.

Prin bunuri de uz public se înțeleg acele bunuri care, prin natura lor, sunt destinate a fi folosite de către toți membrii societății. Cu alte cuvinte, la aceste bunuri au acces toate persoanele fizice și juridice. Fac parte din această categorie, cu titlu de exemplu: piețele, căile de comunicație, rețelele stradale, parcurile publice.

Prin bunuri de interes public se înțeleg acele bunuri care, deși nu pot fi folosite de orice persoană, sunt destinate a fi folosite în cadrul unei activități care interesează pe toți membrii societății. Intră în această categorie terenurile pe care sunt amplasate sediile organelor de stat.

Art. 135 alin. 4 din Constituție prevede că fac obiectul exclusiv al proprietății publice "bogățiile de orice natură ale subsolului, căile de comunicație, spațiul aerian, apele cu potențial energetic valorificabil și acelea ce pot fi folosite în interes public, plajele, marea teritorială, resursele naturale ale zonei economice și ale platoului continental, precum și alte bunuri stabilite de lege".

Alături de acestea, art. 5 alin. 1 din Legea fondului funciar mai enumera: terenurile pe care sunt amplasate construcții de interes public, piețe, rețele stradale și parcuri publice, porturi și aeroporturi, terenurile cu destinație forestieră, terenurile pentru rezervații naturale și parcuri naționale, monumentele, ansamblurile și siturile arheologice și istorice, monumentele naturii, terenurile pentru nevoile apărării.

În funcție de natura și funcționalitatea bunurilor, pot fi identificate patru subdiviziuni ale domeniului public: domeniul public teritorial (terestru, fluvial, maritim), aerian, cultural și militar.

De asemenea, în baza dispozițiilor art. 135 alin. 3 din Constituție și ale art. 4 alin. 2 din Legea fondului funciar, domeniul public este de interes național sau de interes local. Dreptul de proprietate asupra bunurilor incluse în domeniul public de interes național are un unic titular statul, iar domeniul public de interes local are ca proprietar unitățile administrativ-teritoriale (județ, oraș, comună).

Administrarea bunurilor din domeniul public poate fi încredințată, în condițiile legii, regilor autonome sau instituțiilor publice (art. 145 alin. 5 din Constituție). Totodată, în baza dispozițiilor Legii nr.15/1990, aceste bunuri pot fi închiriate sau concesionate.

Cu referire strictă la terenurile din domeniul public art. 4 alin. 3 din Legea fondului funciar stabilește că sarcina administrării acestora revine, după caz, prefecturilor sau primăriilor.

IV. Domeniul privat

În literatura de specialitate, s-a arătat că domeniul privat al statului este format “în genere, din bunuri pe care statul le stăpânește ca orice proprietar particular, adică de care se folosește, care îi produc venituri și pe care, de obicei, le poate înstrăina. Ele nu se deosebesc de bunurile patrimoniale particulare decât prin aceea că proprietarul lor este statul, județul, comuna, în loc de a fi proprietatea particulară”⁹ sau “Bunurile din domeniul privat, cu toate că sunt considerate proprietatea statului, departamentului sau comunei, sunt assimilate proprietăți particulare. Ele nu fac obiectul nici unei reguli particulare”.¹⁰

Din domeniul privat al statului fac parte:

- bunurile care au incetat de a mai servi uzului sau serviciului public, fiind astfel scoase din domeniul public al statului și redat circuitului civil;
- bunurile pe care statul le dobândește ca orice particular, prin donații, testamente, acte de vânzare-cumpărare, prescripție;
- terenurile din extravidanul localităților rămase neatribuite la dispoziția comisiilor (art.17 alin. 3 din Legea nr.18/1991).

Așadar, domeniul privat al statului cuprinde orice bunuri – mobile sau imobile – care nu sunt afectate uzului public.

La rândul lor, unitățile administrativ-teritoriale – comunele, orașele, municipiile, județele – au, potrivit dispozițiilor art.6 din Legea fondului funciar și art. 4 alin. 2 din Legea administrației publice¹¹ un domeniu privat, pe lângă cel public.

Din conținutul Legii nr.18/1991, reiese că fac parte din domeniul privat al unităților administrativ-teritoriale, următoarele:

- a) terenurile din intravidanul localității care au aparținut unor persoane ce au decedat și nu au moștenitori (art. 25);
- b) terenurile din intravidanul localității aflate în proprietatea și administrația primăriilor (art. 35);
- c) terenurile proprietate de stat aflate în folosință CAP-ului și neatribuite (art. 30 alin. 2);
- d) terenurile provenite din fostele șlăzuri comunale – pajiști și arabil – care s-au aflat în folosință CAP-ului sau în proprietatea unităților de stat (art.32 și 40);
- e) construcțiile agrozootehnice, ateliere de industrie mică, mașini, utilaje și alte asemenea mijloace fixe, terenurile de sub acestea și cele necesare utilizării lor normale sau au aparținut CAP-urilor desființate, în cazul în care nu s-au constituit asociații de tip privat cu personalitate juridică și nu s-au vândut prin

licitație publică în termen de un an de la data desființării cooperativei (art. 28 alin. 1, 4 și 7).

V. Privire generală asupra dreptului de proprietate

Din analiza actelor normative la care am făcut referire în prezentul studiu, rezultă că legiuitorul a utilizat frecvent expresile "proprietate publică", "proprietate privată", mai rar "drept de proprietate", "drept de proprietate privată" și niciodată, în mod expres "drept de proprietate publică".

Dacă distincția dintre domeniul public și domeniul privat nu poate fi contestată, în ceea ce privește dreptul de proprietate exercitat de stat asupra bunurilor din cele două domenii, se pot purta discuții.

Există vreo deosebire între dreptul de proprietate privată, de vreme ce legiuitorul folosește ambii termeni? Este o deosebire doar de nuanță, noțiunile suprapunându-se? Ce fel de drept exercită statul asupra bunurilor din domeniul public?

Iată numai câteva întrebări la care vom încerca, în cele ce urmează, să dăm succinte răspunsuri:

În cuprinsul art. 135 din Constituție, intitulat "Proprietatea", legiuitorul a avut în vedere, categoria economică a proprietății.

Un prim argument tehnico-juridic privește însăși așezarea articolului în ansamblul dispozițiilor constituționale. Astfel, art. 135 este inclus în titlul IV "Economia și finanțele publice", iar în cuprinsul lui nu se folosește noțiunea de drept de proprietate, ci doar de proprietate.

Pe de altă parte, art. 41 "Protecția proprietății private", situat în capitolul II, "Drepturi și libertăți fundamentale" ale titlului II, folosește expresia "drept de proprietate", deci o noțiune juridică.

Proprietatea, categorie economică, are corespondent pe plan juridic în dreptul de proprietate. Așa fiind, transpus pe tărâm juridic, art. 135 alin. 2 din Constituție prevede că dreptul de proprietate poate fi drept de proprietate privată sau drept de proprietate publică. Cu alte cuvinte, dreptul de proprietate, ca principal drept real, îmbracă două forme: drept de proprietate publică și drept de proprietate privată.

Indiscutabil, drept de proprietate exercitat asupra bunurilor susceptibile de apropiere privată și neincluse în domeniul public aparțin oricărui titular (art. 41 alin. 2 din Constituție). Deci statul poate avea, ca orice persoană fizică sau juridică, un drept de proprietate asupra bunurilor excluse din domeniul public. Acest drept de proprietate, potrivit art. 6 din Legea fondului funciar, este "supus dispozițiilor de drept comun, dacă prin lege nu se prevede altfel".

Așa fiind, bunurile din domeniul privat se află în circuitul civil și, ca atare, pot constitui obiectul unor acte de înstrâinare respectându-se, bineneîles,

formalitățile impuse de lege. Referindu-se la terenurile incluse în domeniul privat al statului, acestea pot fi înstrăinatate, cu restricția prevăzută de art. 41 alin. 2 din Constituție și art. 47 din Legea nr.18/1991.

În concluzie, domeniul privat este obiectul unui drept de proprietate – drept de proprietate privată – căruia îi sunt aplicabile normele de drept comun și care are ca unic titular statul sau unitățile administrativ-teritoriale.

În ceea ce privește domeniul public, cele trei atribute – usus, fructus, abusus – se regăsesc în exercițiul dreptului de proprietate al statului asupra bunurilor incluse în acest domeniu.

Dreptul de proprietate asupra bunurilor aparținând domeniului public – drept de proprietate publică – prezintă următoarele caractere juridice:

- a) drept absolut, opozabil ergo omnes;
- b) drept exclusiv, nefiind, în principiu, susceptibil de dezmembrare;
- c) drept inalienabil, bunurile neputând fi înstrăinatate atât timp cât își păstrează destinația, dacă prin lege nu se prevede altfel;
- d) drept imprescriptibil, atât din punct de vedere extinctiv, cât și achizitiv;
- e) drept insensibil, creditorii statului neputând urmări bunurile din domeniul public.

Excusivitatea, inalienabilitatea, imprescriptibilitatea sub aspect achizitiv sunt trăsături care deosebesc dreptul de proprietate publică de cea privată.

NOTE

¹ Legea nr.18 din 20 februarie 1991, publicată în Monitorul Oficial al României nr.37/1991.

² Publicată în Monitorul Oficial nr.233 din 21 noiembrie 1991.

³ A se vedea Vladimir Hanga, *Drept privat roman*, E.D.P., Buc., 1971, p.170; Mihai Jacotă, *Drept roman. Ius Personarum. Ius rerum*, Litografia Universitații "Al.I.Cuza" Iași, 1976, p.168-169.

⁴ Proudhon, *Traité du domaine public*, 1836. Haurion, *Traité de droit administratif*, ed. VII-a, p.650, 910. Berthélemy, *Traité de droit administratif*, ed. XIII-a, p.471.

⁵ Cronologic, Legea nr.15 din 7 august 1990 privind reorganizarea unităților economice de stat ca regii autonome și societăți comerciale, publicată în Monitorul Oficial nr.98/1990, Legea fondului funciar, Constituția României.

⁶ C. Hamangiu, *Tratat de drept civil român*, vol.I, Ed. Națională, Buc., 1928, p.921.

⁷ C. Hamangiu, *op.cit.*, p.919 – 921.

⁸ D. Alexandrescu, *Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român*, tom.III, ed.2, Buc., 1909, p.211-212; M. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil român*, Buc., 1921, p.56; P. Negulescu, *Tratat de drept administrativ*, ed.IV-a, p.231.

⁹ C. Hamangiu, *op.cit.*, p.918; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, tom. I, p.705.

¹⁰ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, ed.a VII-a, p.966.

¹¹ Legea nr.69/1991, publicată în "Monitorul Oficial" nr.238/1991.

PERFECTIONAREA LEGISLAȚIEI ÎN MATERIA MOȘTENIRII LEGALE

DE

DUMITRU MACOVEI

Legitimarea puterii legislative și a celei executive, prin alegerile din 20 mai 1990, primele alegeri libere din țara noastră după mai bine de o jumătate de secol, a permis legiuitorului întreprinderea unei multiple și permanente activități de elaborare a cadrului juridic necesar tranzitiei spre o societate bazată pe statul de drept. Astfel, legislația românească s-a îmbogățit cu o serie de instituții juridice noi, corespunzătoare stadiului actual de dezvoltare a societății românești și totodată care permit un progres real al acesteia în viitor; apoi alte instituții tradiționale ale dreptului românesc sunt supuse unui proces de corectă reevaluare, de adaptare la imperativele timpului.

În prezența lucrare ne-am propus a prezenta succint – în limita spațiului acordat – unele sugestii de perfecționare a legislației în materia moștenirii legale, necesare, și care, după părerea noastră, vizează atât îmbunătățirea tehnicii juridice, cât și aspecte de drept material.

1. O primă observație asupra căreia ne oprim, privește folosirea, adeseori, improprii a termenului "defunct" și de aici preluarea în unele lucrări de specialitate, uneori de certă valoare¹, ajungându-se la formulări total improprii și nu numai din punctul de vedere al limbii române.

Astfel, art. 655 din Codul civil, reglementând nedemnitatea (nevrednicia) ca o condiție negativă pentru ca o persoană să poată deveni moștenitor legal, dispune că: "Sunt nedemni de a succede și prin urmare excluși de la succesiune:

1. Condamnatul pentru că a omorât sau a încercat să omoare pe defuncț,
2. Acela care a făcut în contra defuncțului o acuzație capitală, declarată de judecăță calomnioasă²,

3. Moștenitorul major care, având cunoștință de omorul defuncțului, nu a denunțat aceasta justiției".

Această formulare necorespunzătoare ne apare chiar de la o primă lectură a textului, astfel că se impune o nouă redactare a articolului în discuție fie în Codul civil actual, fie – într-o ipoteză și mai fericită – într-un viitor Cod civil. Evident, este ilogic a afirma "a omorât sau a încercat să omoare pe defuncț" sau "omorul defuncțului". De aceea, suntem de părere că folosirea unor expresii ca "ce despre a cărui moștenire este vorba" (de *cujus*), ori "pe cel care lasă moștenirea" ar fi preferabile.

2. Ce este nedemnitatea succesorială? În literatura juridică de specialitate³ s-a tratat că nedemnitatea sau nevrednicia constă în decădere, cu efect retroactiv, a unui moștenitor legal – și a descendenților acestuia care ar veni la succesiune, prin reprezentare – care s-a făcut vinovat, față de *cujus* sau față de memoria acestuia, de o faptă gravă, din dreptul de a-l moșteni.

Ca natură juridică, nedemnitatea succesorială în dreptul nostru actual se prezintă ca o pedeapsă civilă aplicabilă nedemnului culpabil de săvârsirea unei fapte grave față de cel care lasă moștenirea ori față de memoria acestuia.

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

Din calificarea nedemnității ca sanctiune civilă decurg următoarele consecințe:

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

În literatura de specialitate⁴ s-a exprimat opinia potrivit căreia "dacă defuncțul a înțeles ca ulterior comiterii faptei să gratifice prin testament pe succesibilul nedemn, o asemenea dispoziție testamentară ar trebui să fie considerată valabilă".

În ce ne privește, nu putem împărtăși o asemenea opinie, deoarece instituirea ca legatar al nedemnului de către de *cujus* este de natură a eluda legea, adică, prin voința unei persoane (testator), s-ar admite să se înlăture sanctiunea legală a nedemnității succesorale. De aceea, în toate cazurile de nedemnitate succesorială, partea din moștenire care ar fi revenit succesibilului dacă n-ar fi fost nedemn, va reveni acelor moștenitori care erau înlăturați de la succesiune datorită prezenței nedemnului sau partea aceasta va mări, pe cale de acrăscământ, părțile cuvenite celor cu care venea în concurs la succesiune.

3. O altă chestiune care ar trebui să stea în atenția legiuitorului la care dorim să ne referim în cele ce urmează privește unele din efectele constatării nedemnității și anume acelea dintre nedemn și descendenții săi.

De vreme ce nedemnitatea succesoră este o sanctiune civilă – având deci caracter personal – ar trebui ca efectele acesteia să nu producă nici un fel de repercuziuni asupra descendenților nevrednicului.

Cu toate acestea, potrivit art. 658 C.civ., pentru a cunoaște dacă descendenții nedemnului au sau nu dimpotrivă drepturi cu privire la moștenirea lăsată de cel față de care părintele lor a fost declarat nedemn, va fi nevoie să se aibă în vedere două împrejurări și anume:

- a) dacă descendenții nedemnului sunt chemați la moștenire în nume propriu;
- b) dacă descendenții nedemnului sunt chemați la moștenire prin reprezentare, adică cu ajutorul acelui beneficiu al legii în temeiul căruia un succesibil de grad mai îndepărtat poate să urce în locul și gradul unui ascendent al său predecedat pentru a veni la moștenire în concurs cu rudele lui de căuză de grad mai apropiat.

Referindu-ne la prima ipoteză, precizăm că art. 658 C.civ., prevede că copiii nedemnului nu sunt înălțurați de la succesiune⁵, dacă ei vin la aceasta în virtutea proprietății lor drept, fără ajutorul reprezentării. În această împrejurare, nedemnitatea – cum este și firesc – produce efecte care privesc pe nedemn. Nici Codul civil francez de la 1804 și nici Codul civil român de la 1864 în vigoare nu au preluat maxima vechiului drept francez, după care l'indignité est dans le sang. Așa fiind, descendenții nedemnului, pe bună dreptate, nu suportă consecințele faptei grave de care s-a făcut vinovat ascendentul lor față de de căuză.

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

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

În dreptul nostru actual reprezentarea operează numai în cazul în care părintele predecedat ar fi avut dreptul să culeagă moștenirea dacă ar fi fost în viață la momentul deschiderii succesiunii lui de căuză. Dacă, însă, părintele predecedat s-a făcut nedemn față de de căuză, nedemnitatea se va răsfrângă și asupra descendenților săi, astfel că nu le mai poate împrumuta gradul spre a veni la moștenirea de la care părintele lor a fost înălțurat pentru nedemnitatea succesoră⁶.

În vechiul drept românesc, o asemenea prevedere singură nu era cunoscută. Astfel, de exemplu, Codul Calimach, în art. 696 dispunea, cu drept cuvânt, că "Dacă cineva, făcându-se nevrednic moștenirii, va muri înaintea aceluia de la

care le-au rămas moștenirea, nu se depărtează dintr-acea moștenire copiii lui, ci vor lua parte cât urma să ia acela, de nu s-ar fi făcut nevrednic ...”.

Or, în zilele noastre, cu toate că nedemnitatea succesorălă este o sănctiune civilă cu caracter personal, ea produce totuși efecte și asupra descendenților nedemnului, împiedicându-i să poată veni la moștenirea ascendentului lor pe calea reprezentării părintelui lor predecedat, dacă acesta s-a dovedit a fi nedemn.

Această soluție impusă de art. 658 C.civ. este injustă, iar legiuitorul ar trebui să o înălțure cât mai curând într-o nouă reglementare.

4. Modificări ale legislației succesorale se impun și în privința drepturilor succesorale ale soțului supraviețuitor.

Drepturile succesorale ale acestuia sunt reglementate prin Legea nr. 319 pentru dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor, publicată în Monitorul Oficial nr. 133 din 10 iunie 1944. Această lege a abrogat implicit art. 769, 681 - 684 din Codul civil referitoare la succesiunea soțului supraviețuitor.

Situația succesorălă a soțului supraviețuitor în reglementarea anterioară Legii nr. 319/1944 era foarte defavorabilă, criticiile autorilor de specialitate manifestându-se încă de la începutul secolului al XX-lea. Astfel, Dimitrie Alexandresco⁷ arăta că: “soțul supraviețuitor nu este chemat la moștenirea celuilalt soț decât în lipsă de alți moștenitori; aşa că, dacă ar exista un moștenitor, oricât de depărtat, fie chiar în gradul al doisprezecelea, acest moștenitor pe care poate chiar defunctul nici nu l-a cunoscut, ar exclude pe soțul rămas în viață de la averea a cărei agonisire a contribuit de bună seamă și el, prin munca sa și sacrificiile sale. Această soluție este nedreaptă...” și mai departe, referindu-se la art. 684 C.civ., arăta că: “lasă de dorit, căci legea are aerul de a-și face o pomană față cu văduva defuncțului, pe când ea ar trebui să aibă un drept la moștenirea lăsată de soțul său”.

Limitarea chemării succesorale a rudenelor colaterale până la gradul al IV-lea inclusiv nu a fost de natură să rezolve în fond chestiunea drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor. Tot astfel, nici recunoașterea unor drepturi văduvei sărace, prin art. 684 C.civ.⁸ nu scutea de critici justificate această reglementare.

Abia prin Legea nr. 319/1944 fi va fi recunoscută soțului supraviețuitor vocația succesorălă legală în concurs cu moștenitorii lui de către până la gradul al patrulea inclusiv. Deși în actuala reglementare soțul supraviețuitor nu face parte din nici o clasă de moștenitori legali, fapt criticabil în opinia noastră, totuși el are vocație succesorălă în concurs cu succesorii legali din cele patru clase de moștenitori.

În proiectele de coduri civile din 1971 și 1985 se făcea un pas pozitiv înainte propunându-se ca în viitor soțul supraviețuitor să constituie o clasă distinctă

de moștenitori, și anume clasa a III-a, intercalată între actuala clasă a II-a a ascendenților privilegiați și a colateralilor privilegiați ori descendenților acestora până la gradul al patrulea și actuala clasă a III-a a ascendenților ordinari. În acest fel, ar urma ca în viitorul cod civil să avem cinci clase de moștenitori, iar de la principiul priorității clasei de moștenitori se crează o excepție și anume: soțul supraviețuitor vine în concurs cu moștenitorii din clasa I a descendenților, iar în lipsa acestora, ori dacă aceștia sunt renunțători sau nedemni cu moștenitorii din clasa a II-a mixtă a ascendenților privilegiați și a colateralilor privilegiați. Evident, în lipsa moștenitorilor din primele două clase, ori, deși există, aceștia sunt renunțători ori nedemni, soțul supraviețuitor culege singur moștenirea, principiul priorității claselor de moștenitori reîntrând în acțiune, altfel că, prezența soțului supraviețuitor înlătură de la moștenire pe succesorii subsecvenți din următoarele două clase și anume: ascendenții ordinari (clasa a IV-a) și colateralii ordinari (clasa a V-a).

Însușirea de către legiuitor a acestui punct de vedere ar corespunde într-un grad mai mare voinței prezumate a soțului predecedat de dragoste, de afecțiune pentru soțul rămas în viață, ar fi de natură să răsplătească mai corect eforturile, renunțările și nu de puține ori chiar sacrificiile materiale la alcătuirea averii comune a soților și totodată asigurându-i soțului supraviețuitor, într-o măsură mai mare, o continuitate a condițiilor materiale de trai.

5. Cu privire la condițiile cerute de lege soțului supraviețuitor pentru a succede.

Potrivit legii civile române, alături de rudele din căsătorie, din afara căsătoriei și din infiere, la moștenire este chemat și soțul supraviețuitor. Soțul rămas în viață este chemat la moștenirea soțului său predecedat, indiferent de sex, de durata căsătoriei, dacă are sau nu mijloace de existență, dacă din căsătorie au rezultat sau nu copii, dacă soții conviețuiesc sau, din contra, erau la momentul deschiderii succesiunii despărțiti în fapt.

Pentru a culege moștenirea la care este chemat, soțul supraviețuitor trebuie să îndeplinească condițiile generale cerute de legea civilă oricărei persoane pentru a moșteni și anume: capacitatea succesororală, vocație succesororală și să nu fie nedemn. Alături de aceste cerințe generale, pentru a putea moșteni pe soțul predecedat, legiuitorul a instituit și o condiție specială, și anume; el trebuie să aibă calitatea de soț la data deschiderii succesiunii⁹.

Spre deosebire de rudenie, calitatea de soț, dobândită prin căsătorie, se poate pierde ca efect al desfacerii căsătoriei prin divorț ori ca efect al desființării căsătoriei prin nulitate sau anulare.

Absența unei căsătorii valabil încheiate sau desfacerea acesteia anterior deschiderii succesiunii soțului predecedat atrage încetarea de drept a calității de succesor a fostului soț, acesta fiind străin de moștenirea în cauză.

Astfel, în ipoteza în care, la data deschiderii succesiunii, căsătoria fusese desfăcută prin divorț, fostul soț al lui de căjus nu mai are vocație succesorală, datorită pierderii calității de soț.

Potrivit art. 39 din Codul familiei, căsătoria este desfăcută din ziua când hotărârea prin care s-a pronunțat divorțul a rămas definitivă. Aceasta înseamnă că, dacă unul din soți incetează din viață după ce s-a pronunțat divorțul, dar înainte ca hotărârea să fi rămas definitivă, efectele ei nu se mai pot produce, căsătoria nedesfăcându-se prin divorț, ci incetând prin decesul unuia dintre soți¹⁰, iar cel rămas în viață își păstrează calitatea de soț, având chemare la moștenire.

În dreptul francez și a altor state¹¹ se consideră că formularea anterior decesului unuia din soți a unei acțiuni de divorț aflată în curs de judecată în fața instanțelor judecătoarești are drept consecință stingerea dreptului succesoral al soțului supraviețuitor, dacă în cauza respectivă motivele de divorț invocate de soțul predecedat au fost intemeiate.

În literatura noastră de specialitate¹² această soluție a fost criticată, “deoarece aparent se prelungește procesul de divorț după incetarea căsătoriei prin deces”.

O analiză mai atentă a soluției oferite de legislația franceză ne conduce la concluzia că printr-o astfel de reglementare s-a urmărit a se oferi în domeniul relațiilor de familie realizarea unei stări de fapt urmărite de soți și care să corespundă și regulilor de morală a societății, iar în planul dreptului succesoral sanctificarea soțului culpabil prin înlăturarea de la moștenirea celui predecedat și totodată întregirea cotei succesorale cuvenite celorlalți moștenitori legali.

Suntem de părere că într-o viitoare reglementare – s-ar impune finanțarea și de către legiuitorul nostru a acestei soluții, ceea ce ar însemna și modificarea sistemului procesual.

6. Cu privire la caracterele generale ale drepturilor succesorale ale soțului supraviețuitor.

În prezent, regimul juridic al drepturilor succesorale ale soțului supraviețuitor este reglementat de Legea nr. 319/1944, care au abrogat, implicit, sistemul conținut de Codul civil care-l defavoriza pe soțul rămas în viață față de moștenitorii legali.

Astfel, dacă potrivit Codului civil soțul supraviețuitor era considerat ca făcând parte din categoria moștenitorilor neregulați, din întreaga economie a Legii nr. 319/1944 reiese că acesta este plasat în categoria moștenitorilor regulați¹³, astfel că el nu mai este obligat – aşa cum prevedea art. 681 și 682 C.civ., implicit abrogate – să ceară punerea peceților, întocmirea inventarului, transformarea în bani a bunurilor mișcătoare sau să dea cauțiune pentru

restituirea moștenirii, în caz că s-ar prezenta moștenitor, ai lui de cujus. De asemenea, soțul supraviețuitor a fost instituit ca moștenitor rezervatar, dobândind dreptul, la fel ca și descendenții de a putea pretinde raportul bunurilor la masa succesorala¹⁴.

Soțul supraviețuitor vine la moștenire în nume propriu, nu și prin reprezentare succesorala.

În fine, soțul supraviețuitor nu a devenit și moștenitor sezinar. De aceea, pentru a intra în posesia bunurilor succesorale, acesta va trebui să se adreseze Notariatului de Stat competent în vederea deschiderii procedurii succesorale notariale pentru obținerea în final a certificatului de moștenitor.

Certificatul de moștenitor deși nu constituie titlu de proprietate asupra bunurilor transmise pe cale succesorala, el permite soțului supraviețuitor să intre în posesia bunurilor moștenite și să dobândească totodată exercițiul drepturilor și acțiunilor care revin succesiunii.

Reticența legiuitorului în a nu-i recunoaște soțului supraviețuitor calitatea de moștenitor sezinar considerăm că nu se justifică cu nimic într-o viitoare reglementare, fapt care ar fi de natură să-l scutească pe acesta de cheltuieli materiale și de timp, iar execuțiunea testamentară nu s-ar tergiversa inutil.

7. În legătură cu întinderea drepturilor succesorale cuvenite unor categorii de moștenitori.

Întinderea drepturilor succesorale ale ascendenților privilegiați diferă după cum aceștia vor veni singuri la succesiune – caz în care soluția este simplă, ei culegând întreaga moștenire, împărțirea făcându-se în părți egale (pe capete), sau în concurs cu colateralii privilegiați.

În această din urmă ipoteză, adică a concursului cu colateralii privilegiați, întinderea drepturilor succesorale ale ascendenților privilegiați va fi:

a) dacă există ambii părinți – sau atât părinți firești, cât și infiori (în cazul infierii cu efecte restrânse) în concurs cu frații și surorile lui de cujus sau descendenții acestora, părinților li se cuvine împreună o jumătate din moștenire, iar cealaltă jumătate va fi atribuită colateralilor privilegiați ai lui de cujus ori descendenților acestora;

b) dacă există un singur părinte în concurs cu frații și surorile lui de cujus sau descendenții acestora, părintele va primi 1/4 din moștenire, restul de 3/4 revenind colateralilor privilegiați.

Această din urmă prevedere, conținută de art. 673 C.civ., apare ca necorespunzătoare, inechitabilă, neînținând seama nici de afecțiunea dintre de cujus și succesiibili, nici de investițiile materiale făcute de părinte cu creșterea și educarea copilului, în comparație cu un colateral privilegiat și adesea nici de nevoile celor între care se împarte patrimoniul succesoral.

De lege ferenda, o asemenea inechitate se impune a fi înălțurată în sensul adoptării unei prevederi potrivit cu care părinții – indiferent de numărul lor – când vin la succesiune în concurs cu colateralii privilegiați sau descendenții acestora din urmă, au drept la 1/2 din moștenire, iar restul de 1/2 se cuvine fraților și surorilor sau descendenților acestora.

În actuala reglementare soțul supraviețuitor are vocația de a veni la moștenire cu oricare din cele patru clase de moștenitori legali, întinderea drepturilor sale succesoriale fiind stabilită de lege prin cote variabile în funcție de clasa succesorală cu care vine în concurs. Legiuitorul a stabilit aceste cote în considerarea unei prezumate afecțiuni a lui de către față de diferitele sale rude și tot astfel și față de soțul supraviețuitor.

Această soluție nu realizează în toate ipotezele cea mai bună formulă de împărțire a moștenirii, după cum am văzut și mai sus, dar și în cazurile când soțul supraviețuitor vine la concurs cu rudele din clasele mai îndepărtate (a III-a și a IV-a) pe care în concepția noastră ar trebui ca prezența sa, să le excludă, și chiar când vine în concurs cu unul sau doi descendenți (moștenitori din clasa I) când soțului îi revine doar 1/4 din moștenire, ori, mai echitabil ni s-ar părea să-i revină, în asemenea situații o parte egală cu a unui descendant, adică 1/2, respectiv 1/3 din moștenire.

Desigur, acestea sunt doar unele propuneri de lege ferenda menite, după părerea noastră a îmbunătății legislației civilă succesorale corespunzător noilor exigențe a timpurilor noastre.

NOTE

¹ Mihai Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul Republicii Socialiste România*, Ed. Academiei, București, 1966, p.73, 74, 75 și a.

² În prezent, datorită abolirii pedepsei cu moartea – ca unul din primele acte de respectare a drepturilor omului aduse de Revoluția din decembrie 1989, acest caz de nedemnitate – formulat necorespunzător din mai multe puncte de vedere – nu-și mai găsește aplicabilitatea.

³ Mihai Eliescu, op.cit., p.72; Constantin Stătescu, *Drept civil*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1967, p.115; Ioan Zinveliu, *Dreptul la moștenire în Republica Socialistă România*, Ed.Dacia, Cluj-Napoca, 1975, p.17; Julieta Manoliu, Ștefan Răuschi, *Drept civil, Succesiuni*, Iași, 1983, p.14; Stanciu Cărpénaru și a., *Drept civil (Dreptul de moștenire)*, București, 1983, p.389; Dumitru Macovei, *Drept civil (Succesiuni)*, Iași, 1989, p.28.

⁴ Constantin Stătescu, op.cit., p.115.

⁵ Art. 658 C.civ., în prima sa parte, dispune că: "Copii nedemnului, viind la succesiune, în virtutea dreptului lor propriu, fără ajutorul reprezentării, nu sunt depărați pentru greșeala tatălui lor..." Deși textul face referire doar la tată, este indubitat că această dispoziție se aplică și mamei.

⁶ De exemplu, cel despre a căru moștenire este vorba decedează și lăsă moștenitorii doi nepoți și unuia fiu predecedat și doi fii. Nepoții nu vor putea veni la moștenire prin reprezentarea tatălui

PERFECTIONAREA LEGISLAȚIEI ÎN MATERIA MOȘTENIRII LEGALE

lor nedemn în concurs cu unchii lor – fiii lui de căjus – ci moștenirea se deferă celor doi fii ai lui de căjus.

⁷ Dimitrie Alexandrescu, *Explicațiunea teoretică și practică a Dreptului civil român*, Tomul III, partea a II-a, București, 1912, p.188-189.

⁸ Văduva săracă avea dreptul la 1/3 de moștenire în uzufruct, dacă venea la moștenire cu un descendenter; la o parte de copil în uzufruct, dacă venea în concurs cu mai mulți descendenți; la 1/4 din moștenire în plină proprietate, în toate celelalte cazuri.

⁹ A se vedea și V.Economu, *Dreptul de succesiune al soțului supraviețuitor*, în *Legalitatea Populară* nr.5/1957, p.530 – 531; Raul Petrescu, Victor Scherer, Gheorghe Nichita, *Probleme teoretice și practice de drept civil*, Editura Scrisul Românesc, Craiova, 1987, p.95 și urm.

¹⁰ Trib.Supr., s.civ., dec.nr.197/1982, citată de Raul Petrescu, §.a., op.cit., p.98.

¹¹ Henry Léon et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome quatrième, deuxième volume, Ed. Montchrestien, Paris, 1971, p.104.

¹² Raul Petrescu, §.a., op.cit., p.98.

¹³ Potrivit Codului civil, cei care veneau la moștenirea cuiva se împărteau între moștenitori regulați și succesiuni neregulați. Moștenitorii regulați sunt numai moștenitorii legali (legitimi), adică cei care își au dreptul lor din legătura de rudenie cu cel despre a cărui moștenire este vorba (descendenți-ascendenți). Ei sunt continuatori ai personalității juridice a lui de căjus și în această calitate, ei preiau întregul patrimoniu sub forma unei universalități care cuprinde atât activul, cât și pasivul succesiunii; moștenitorii neregulați sunt succesiuni doar de bunuri, chemarea lor succesorală nefind datorată legăturii de rudenie cu cel despre a cărui moștenire este vorba.

¹⁴ Soțul supraviețuitor este obligat, în situația în care vine în concurs cu descendenți ai lui de căjus să raporteze la masa succesorală donațiile, adică să înapoiizeze moștenirii toate donațiile pe care le primise de la soțul predecedat anterior morții acestuia.



UNELE ASPECTE ÎN LEGĂTURĂ CU SARCINA PROBEI ÎN LITIGIILE DE MUNCĂ

DE

DUMITRU RADU și GHEORGHE DURAC

1. Precizări introductive

După cum s-a subliniat în literatura juridică, contractul individual de muncă „... este un act bilateral...” și „... se încadrează în categoria convențiilor sinalgamatice, întrucât dă naștere la drepturi și obligații reciproce între părți, cauza obligației uneia dintre ele constituind-o executarea obligației celeilalte...”¹.

Așa fiind, executarea contractelor individuale de muncă se bazează pe necesitatea îndeplinirii reciproce și interdependente a conținutului lor esențial: prestarea muncii de către persoana încadrată și retribuirea muncii de către unitatea beneficiară.

Fără a ne referi în mod concret la existența lor, în acest context, se impune să fi reținut că de executarea cadrului său esențial – prestarea muncii și remunerarea ei – depind și pot căpăta esență de conținut, ținându-se seama de dispozițiile legii și contractele accesoriei, cât și actele juridice adiționale ale contractului individual de muncă².

Prin urmare, se poate afirma că atât timp cât conținutul contractelor individuale de muncă, inclusiv al contractelor accesoriei și actelor juridice adiționale, format din drepturile și obligațiile reciproce ale părților este respectat și adus la îndeplinire, interesele urmărite de părțile între care aceste contracte s-au încheiat se consideră că își ating finalitatea și, prin urmare, nu se pune problema realizării lor pe altă cale decât aceea a înțelegерii depline a necesității care determină limita exercitării drepturilor și îndeplinirii obligațiilor care revin fiecăreia dintre părțile contractante.

Este însă posibil ca între părțile unora dintre contractele individuale de muncă, în ceea ce privește executarea conținutului lor, să apară și stări conflictuale. Acestea, mai ales, ca urmare a faptului că partea interesată care, de regulă, sunt unitățile, este nevoită să acționeze în modul prescris de lege, luând în mod unilateral măsurile care se impun, pentru a aduce din nou conținutul unor asemenea contracte în stare de funcțiune normală, a le modifica sau chiar desființa.

Este de observat că în toate aceste cazuri, după cum se prevede prin art. 110 și 172 alin. 2 din Codul muncii, persoanele încadrate în muncă pot contesta în fața organelor de jurisdicție a muncii măsurile luate de unitate pe care le consideră nelegale, cerând restabilirea drepturilor încălcate.

Pe de altă parte, se impun a fi reținute și situațiile care se pot ivi și concretiză în crearea de prejudicii persoanelor încadrate în muncă, din culpa unității, despre care în art. 111 din Codul muncii se face vorbire expresă, care le îndreptățesc pe acestea să se adreseze pentru soluționarea lor direct organelor de jurisdicție a muncii.

Pornind de la aceste precizări, în considerarea forței obligatorii a conținutului și efectelor contractului individual de muncă, între părțile contractante, trebuie avută în vedere și posibilitatea ivirii unor litigii și a necesității soluționării lor.

Prin litigiu de muncă, potrivit definiției cuprinse în art. 172 alin. 3 din Codul muncii, este desemnată orice neînțelegere dintre persoanele încadrate în muncă și unitate, în legătură cu încheierea, executarea și incetarea contractului de muncă.³

După cum este cunoscut, în orice litigiu de muncă sunt aduse și puse în discuție de către părțile litigante – persoana încadrată și unitate – drepturi pretins a fi încălcate sau nerecunoscute și corelativ obligații care nu au fost indeplinite în legătură cu încheierea, executarea și incetarea contractului de muncă. Drept urmare, în legătură cu soluționarea litigiilor de muncă, indiferent de obiectul lor, între altele, trebuie avută în vedere și condiția determinării părții căreia îi revine sarcina probei.

Este de menționat în această privință că, spre deosebire de dreptul comun, în materia litigiilor de muncă sarcina probei prezintă unele particularități care se impun a fi subliniate și analizate.

2. Derogarea de la dreptul comun reglementată de art. 178 din Codul muncii

Procesul civil este dominat de ideea neutralității judecătorilor și a necesității de a-i convinge asupra existenței sau inexistenței împrejurărilor de fapt care au generat neînțelegările ivite între părți.

Altfel spus, judecătorii fiind străini de datele și împrejurările oricărei cauze civile, care le-a fost adusă spre a fi judecată, trebuie să se convingă asupra existenței sau inexistenței lor.

Îndatorirea de a produce această convingere se numește *sarcina probei*.⁴

Având în vedere că activitatea judiciară este începută la cererea reclamantului – care prin acțiune ridică o pretenție și solicită să i se recunoască un drept contestat – sarcina probei îi revine în primul rând acestuia. Este cerința art.1169 C.civ. care prevede că: “cel ce face o propunere înaintea judecății trebuie să o dovedească”.

Rezultă deci, că potrivit regulii inscrise în art. 1169 C.civ., părătului, care nu face nici o propunere înaintea instanței judecătoarești – investită cu judecarea cauzei – și se mărginește dacă să nege dreptul pretins de reclamant, nu-i revine sarcina probei. Este cerința formulată în adagiu: ei incubit probatio qui dicit, non qui negat.

În deplină concordanță cu prevederile textului menționat, referitor la sarcina probei pusă în seama părății care afirmă, menționăm și posibilitatea pe care o are părătul de a ridica excepții menite să paralizeze – pe fond sau în fond – acțiunea reclamantului cum sunt: prescripția dreptului la acțiune, autoritatea de lucru judecat, diferite cauze de inadmisibilitate – de ordin subiectiv sau obiectiv – menite să ducă la respingerea acțiunii fără a fi judecată în fond.⁵

Sarcina probei va reveni în aceste cazuri părătului; aceasta pe motivul că, ridicând excepții, el face propuneri instanței de judecată și ca atare trebuie să le dovedească. Este cerința adagliului: reus in excipiendo fir actor.

Este însă de observat că în măsura în care anumite necesități social-juridice impun ocrotirea anumitor persoane împotriva prejudiciilor pe care le-ar putea suferi fără nici o vină din partea lor, legea poate stabili și excepții de la regula menționată. Astfel, în cazul litigiilor de muncă, în scopul ocrotirii intereselor persoanelor încadrate în muncă, prin art. 178 din Codul muncii se dispune că: “În orice litigii de muncă dovada temeinicie și legalității dispoziției sau măsurii luată de unitate este în sarcina acesteia”.

Este neândoielnic că, în baza acestei dispoziții, ne aflăm în prezența unei răsturnări a sarcinii probei. Nu trebuie scăpat însă din vedere caracterul ei limitat. Astfel, trebuie să reținem că această dispoziție derogatorie de la regula generală potrivit căreia sarcina probei trebuie să revină reclamantului, se referă numai la categoria litigiilor de muncă care au ca obiect contestarea de către persoanele încadrate în muncă a “... temeinicie și a legalității dispoziției sau măsurii luată de unitate...”.

În această privință, trebuie să ne rețină în mod deosebit atenția litigiile de muncă născute ca urmare a contestării legalității și temeinicie deciziilor de

imputare și a dispozițiilor luate de unitate cu privire la desfacerea contractului de muncă.

În ceea ce privește justificarea răsturnării sarcinii probei, în cazul litigiilor de muncă menționate, se impun a fi subliniate aspectele ei raționale și practice.

Astfel, este mai simplu și mai ușor a-i pretinde unității – care figurează ca părătă în aceste litigii de muncă – să dovedească faptele și împrejurările care au determinat-o să ia măsura pe care persoana încadrată în muncă o contestă deoarece este interesată în menținerea ei.

În al doilea rând, trebuie subliniat și aspectul că atât în cazul în care este vorba de stabilirea răspunderii materiale, cât și în cazul desfacerii contractului de muncă – cazarile pe care, în mod deosebit, le avem în vedere – unitatea este obligată să probeze că au existat suficiente temeuri care au determinat-o să ia măsura contestată și că au fost respectate toate dispozițiile de ordin procedural prevăzute de lege⁶.

În sfârșit, în al treilea rând, se impune a fi reținut și aspectul că toate actele care au stat la baza deciziei de imputare sau de desfacere a contractului de muncă se găsesc în păstrarea unității și cunoașterea lor fiind indispensabilă soluționării litigiului ivit, în conformitate cu dispozițiile art.172 din C.proc.civ., acesteia îi revine obligația să le înfățezeze.

Pe de altă parte, prevederile art. 178 din Codul muncii care stabilesc – în cazul litigiilor de muncă bazate pe contestarea deciziilor sau măsurilor luate de unitate – sarcina probei pe seama unității părăte nu trebuie interpretată în mod mecanic. Aceasta în sensul că persoana încadrată în muncă ar putea face afirmații sau negări despre fapte sau împrejurări care îi sunt favorabile și, prin urmare unității îi va reveni, în mod automat, sarcina să facă dovada existenței sau inexistenței lor, iar în cazul în care nu va reuși să producă proba necesară și favorabilă poziției sale procesuale acestea să fie considerate ca fiind dovedite.

A interpreta în felul acesta dispoziția cuprinsă în art. 178 din Codul muncii ar fi nu numai o negare a finalității urmărită de legiuitor, dar și o nesocotire a regulii de principiu statornicită prin dispozițiile art. 1169 din Codul civil.

Așa fiind, se pune problema de a determina unde se sfărșește sarcina probei pentru unitatea părătă și unde începe pentru persoana încadrată în muncă în calitate de reclamantă.

În legătură cu problema enunțată, pentru a delimita cât mai exact sfera de aplicare a dispoziției cuprinsă în art. 178 din Codul muncii, credem că trebuie ajuns la concluzia necesității repartizării sarcinii probei – ținând bineînțeles seama de inversarea ei – între cele două părți: unitatea părătă și persoana încadrată în calitate de reclamantă.

Astfel, unității părăte revenindu-i mai întâi sarcina probei, va trebui să facă dovada legalității și temeiniciiei dispoziției sau măsurii luate. Aceasta în sensul,

inversând pentru ne... atât argumentările lorurilor și negându-i dreptul de decizie, ca și cum unitatea ar fi pusă în situația de a cere luarea dispoziției sau măsurii de către insuși organul de jurisdicție și nu de a susține menținerea lor.

Persoanei incadrate în muncă îi va reveni sarcina probei – corect spus, a contraprobei – pentru afirmarea sau negarea tuturor faptelor sau imprejurărilor, ce conduc către o altă concluzie decât aceea care a stat la baza deciziei sau măsurii luată de unitate împotriva ei ori pentru a lipsi acea decizie sau măsură, pentru vicii de formă, de eficacitatea urmărită de unitate.

Noi credem că, în realitate, și studiul practicii judiciare poate să confirme această idee, în soluționarea litigiilor de muncă care au ca obiect contestarea deciziilor sau dispozițiilor luate de unitate trebuie avută în vedere pe lângă regula inscrisă în art. 178 din Codul muncii și regula privind repartizarea sarcinii probei între cele două părți, dedusă din dispozițiile art. 1169 Cod civil.

3. Repartizarea sarcinii probei în litigiile care au ca obiect contestarea dispoziției de desfacere a contractului de muncă

Luând ca punct de plecare dispozițiile cuprinse în art. 134 din Codul muncii vom reține în continuare aspectele mai semnificative, aşa cum rezultă ele din practica judiciară, menite a pune în evidență importanța probei și a contraprobei în soluționarea acestei categorii de litigii.⁷

a) *Aratarea motivelor de fapt și a temeiului de drept.* În conformitate cu prevederile art. 134 alin. 1 din Codul muncii dispoziția scrisă a unității de desfacere a contractului de muncă trebuie să cuprindă "... arătarea motivelor – și – a prevederilor legale pe care se întemeiază".

Arătarea motivelor și a încadrării lor juridice are menirea, pe de o parte, să justifice măsura luată, iar pe de altă parte, să pună pe persoana căreia i se desface contractul de muncă în situația de a le cunoaște și a se apăra împotriva lor.

În acest sens, instanța supremă precizează că: "...nearătarea motivelor care au stat la baza luării măsurii desfacerii contractului de muncă este de natură să atragă anularea dispoziției respective, deoarece persoana încadrată nu are posibilitatea de a-și formula apărările necesare în deplină cunoștință de cauză".⁸

Din această precizare se desprinde și urmarea ei firească, aceea că motivele inscrise în dispoziția de desfacere a contractului de muncă nu pot fi modificate ulterior nici de către unitate și nici de organul de jurisdicție, litigiul soluționându-se în cadrul stabilit prin motivele indicate ca temei al desfacerii și cunoscute de persoana încadrată⁹.

Se pune problema, tot în acest context, având în vedere că lipsa motivării naște prezumția de ilegalitate și are ca efect nulitatea măsurii luate – dacă

motivarea parțială și incompletă fi dă dreptul unității, care trebuie să facă întotdeauna dovadă temeinicie și măsurile uitate, să completeze în față instanței motivele care au justificat desfacerea contractului de muncă.

Instanța supremă, în mod condiționat, se pronunță în sens afirmativ. Astfel, s-a reținut că, dacă, în decizia de desfacere a contractului de muncă asupra motivelor de fapt se face trimisie la referatul unei secții a unității și a procesului-verbal întocmit în cadrul grupării sindicale, în prezența contestatorului – reclamant care a avut posibilitatea de a se apăra, aceste acte devin parte componentă a dispoziției de desfacere a contractului de muncă și trebuie depuse ca probă la dosarul cauzei¹⁰.

Arătarea faptelor indicate ca temei al desfacerii contractului de muncă trebuie să corespundă textului de lege indicat. Dacă este indicat numai temeiul juridic în baza căruia măsura a fost luată, unității îi revine obligația "... să facă dovadă dacă și în ce modalitate s-au comunicat contestatorului faptele care au dus la desfacerea contractului său de muncă"¹¹.

Evident, nu poate avea nici o consecință – chiar dacă contestatorul-reclamant s-ar prevala de ea – indicarea greșită a textului de lege față de faptele care au fost corect stabilite. Prin urmare, rectificarea încadrării greșite este și devine posibilă fără a fi necesară administrarea de probe care să justifice neconcordanța între faptele stabilite și textul de lege greșit indicat¹².

Este posibil ca motivele de fapt și temeiul juridic să corespundă realității și totuși persoana încadrată să fie în măsură ca prin probele administrative să diminueze sau chiar să înălțe severitatea măsurii luate împotriva sa.

Aveam în vedere, în primul rând, desfacerea contractului de muncă pentru lipsuri de la lucru pe motiv de boală dovedite ulterior măsurii luate. Astfel, în practica judecătorească s-a decis în mod constant că imposibilitatea persoanei încadrate de a se prezenta la lucru pe motiv de boală poate fi dovedită cu orice mijloc de probă admis de lege și ca urmare decizia de desfacere a contractului de muncă să fie anulată¹³.

b) *Respectarea condițiilor prealabile emiterii deciziei de desfacere a contractului de muncă*

Înainte de a ajunge la concluzia necesității emiterii deciziei de desfacere a contractului de muncă, unitatea este obligată să respecte – și să facă dovadă că le-a respectat – condițiile prealabile impuse de Codul muncii.

Reținem că în practica judecătorească unele din aceste condiții au ridicat problema sarcinii probei în dovedirea și contra-dovedirea respectării lor.

Astfel, potrivit art. 133, alin. 1 din Codul muncii, unității îi revine obligația de a oferi persoanelor al căror contract de muncă ar urma să fie desfăcut – pentru motivele prevăzute în art. 130 alin. 1 lit. a-c, e și f – trecerea în altă muncă corespunzătoare, solicitând, în acest scop, sprijinul organului ierarhic

superior și al organelor de repartizare în muncă sau, după caz, de a lua măsuri pentru recalificarea acestor persoane¹⁴.

4. Derogarea de la regula instituită prin art. 178 din Codul muncii în cazul răspunderii materiale a gestionarilor

Problematica răspunderii materiale a gestionarilor pentru fapte ce nu constituie infracțiuni este reglementată de Codul muncii completat cu art. 24 – 34 din Legea nr. 22/1969 privind angajarea gestionarilor, constituirea de garanții și răspunderea în legătură cu gestionarea bunurilor. Aceste texte conțin – între altele – și dispoziții speciale cu privire la sarcina probei. În ceea ce privește soluționarea litigiilor născute ca urmare a constatării lipsurilor în gestiune.

Astfel, este de observat că dispozițiile speciale – înscrise în Legea nr. 22/1969 – care reglementează problema răspunderii materiale referitoare la gestionarea bunurilor nu condiționează în mod concret răspunderea materială de existență culpei, așa cum a înțeles legiuitorul să facă în art. 102 alin. 1 din Codul muncii, potrivit căruia “persoanele încadrate în muncă răspund pentru pagubele aduse – dreptului de proprietate publică – din vina și în legătură cu munca lor”.

S-ar părea, la prima vedere, că, în cazul gestionarilor ne găsim în prezență unei răspunderii materiale fără culpă, ceea ce este de neconceput, întrucât culpa sau vinovăția – așa cum rezultă din textul menționat mai sus – reprezintă una din principalele trăsături ale răspunderii materiale¹⁵.

Pentru a delimita răspunderea materială a persoanelor încadrate în muncă față de răspunderea materială a gestionarilor prin art. 25-26 din Legea nr. 22/1969 s-au instituit – pentru aceștia din urmă – unele reglementări speciale.

Astfel, s-a precizat că gestionarul răspunde integral pentru pagubele cauzate în gestiunea sa – evident sunt îndeplinite și celealte condiții pentru nașterea răspunderii materiale – avându-se în vedere *rezumția de culpă simplă*.

Acest principiu este împrumutat din Codul civil – respectiv din art. 998 și următoarele – unde culpa autorului faptei ilicite este prezumtă. Aceasta în sensul că oricine a săvârșit o faptă ilicită este socotit culpabil până la proba contrarie.

Reținem deci că prin derogare de la dispozițiile înscrise în art. 178 din Codul muncii, în sarcina gestionarilor este instituită rezumția de culpă. Aceasta în sensul că atunci când se constată lipsuri în gestiune sau la casă și persoana încadrată în muncă este gestionar se prezumă vinovăția sa.

Recunoașterea rezumției de culpă în toate situațiile care privesc activitatea de gestionare a bunurilor sau valorilor bănești, dacă este cazul, are menirea să absolve persoana juridică pagubită de a face dovada vinovăției gestionarului; ea trebuie să facă doar dovada lipsei în gestiune.

Deci, în cazul răspunderii materiale a gestionarilor, dovașa temeiniciiei și legalității deciziei de imputare incumbă unității, care va trebui să dovedească existența și întinderea pagubei; cât privește culpa celui ce a produs-o se consideră a fi prezumță. Așa fiind, sarcina probei culpei este răsturnată, în sensul că angajatului îi revine obligația să dovedească lipsa vinovăției¹⁶.

Trebuie reținut însă că răspunderea materială a angajaților (cu funcții de gestiune) operează numai în cazul unei pagube certe – care trebuie dovedită de unitate – căci, în situația imputării unei sume, neputându-se stabili realitatea, deci neputându-se stabili certitudinea prejudiciului, nu operează prezumția de vinovăție a angajatului¹⁷.

De asemenea, răspund material și persoanele care efectuează numai operațiuni fizice de gestionare, conform principiului înscris în art. 102 alin. 1 din Codul muncii, dacă produc pagube în cursul operațiunilor respective¹⁸.

Așa fiind, prezumția de culpă poate fi înlăturată de gestionar prin orice mijloace de probă, fie cu ocazia cercetării prealabile emiterii deciziei de imputare, fie în fața organului de jurisdicție competent sesizat cu contestație împotriva acesteia.

În concret, gestionarul se poate apăra în sensul combaterii prezumției instituită prin lege în defavoarea sa, invocând și făcând dovada faptului că paguba s-a produs din culpa unității, respectiv a organelor acesteia.¹⁹ De exemplu, poate invoca și dovedi că: nu a primit asistență tehnică de specialitate pentru receptia calitativă a bunurilor în gestiunea sa; nu s-au luat măsurile necesare pentru păstrarea bunurilor; a primit dispoziții greșite cu privire la primirea, păstrarea sau eliberarea bunurilor gestionate și.a.m.d.

De asemenea, gestionarul se poate apăra probând că paguba s-a datorat unei cauze străine care nu îi este imputabilă.

Astfel, nu răspunde gestionarul dacă s-a stabilit că trei persoane au săvârșit un furt prin efracție care a dus la crearea prejudiciului (chiar dacă făptuitorii nu răspund penal)²⁰.

Tot astfel, în litigiul dintre el și unitate, gestionarul se poate apăra în sensul că lipsa din gestiune nu se datorează culpei sale, ci altei persoane (de exemplu, cel de la care a luat în primire)²¹. Într-o atare situație, și nu numai, înlăturarea puterii probate a actelor ce însoțesc bunurile nu poate să aibă loc decât în cazul în care se face dovada convingătoare (de către angajat) că între conținutul acestora și cantitatea ori calitatea bunurilor la care ele se referă există o discordanță²².

În fine, în conformitate cu dispozițiile art.102 alin.2 Codul muncii, gestionarul se poate apăra invocând că paguba s-a datorat unui caz de forță majoră sau a unui caz fortuit ori riscului normal al serviciului.

UNELE ASPECTE ÎN LEGĂTURĂ CU SARCINA PROBEI

NOTE

¹ S. Ghimpură, *Dreptul muncii*, E.D.P., București, 1985, p.48. Pentru o definiție a contractului de muncă în sensul precizat, a se vedea: S. Beligrădeanu, *Încheierea, modificarea și închiderea contractului de muncă*, Ed.Științifică și enciclopedică, București, 1976, p.30-33.

² Pentru unele detalii în legătură cu actele adiționale și contractele accesoria la contractul de muncă, a se vedea S. Ghimpură, *op.cit.*, p.50-51 și S. Beligrădeanu, *op.cit.*, p.76 §.urm.

³ Pentru dezvoltări în legătură cu noțiunea, obiectul și clasificarea litigilor de muncă, a se vedea: S.Ghimpură, și Gh.Mohanu, *Litigiul de muncă*, Ed.Științifică și Enciclopedică, București, 1975, p.9 §.urm.

⁴ A se vedea pentru amânunte: A. Ionașcu, *Probleme în procesul civil*, Ed.Științifică, București, 1969, p.45 §.urm.; I.Stoenescu, S.Zilberstein, *Drept procesual civil, Teoria generală*, E.D.P., București, 1977, p.339-341; Viorel M.Ciobanu, *Drept procesual civil*, Universitatea București, vol.I, 1986, p.261.

⁵ Pentru o privire de ansamblu asupra apărărilor de fond și cauzurile concrete ale excepției de inadmisibilitate a se vedea D. Radu și G. Popescu, *Aspecte...*, în RRD nr.9/1987, p.44.

⁶ Pentru amânunte asupra acestor aspecte, a se vedea, în special: S. Beligrădeanu, *op.cit.*, p.141 și urm.; idem, *Raspunderea materială a persoanelor încadrăte în muncă*, Ed.Științifică, București, 1973, p.96 și urm.

⁷ Asupra aspectelor de amânunt a se vedea: S. Beligrădeanu, *Încheierea, modificarea și închiderea contractului de muncă*, Ed.Științifică și enciclopedică, București, 1976, p.141; S. Ghimpură, *Dreptul muncii*, E.D.P., București, 1985, p.107.

⁸ Trib.Supr., s.civ., dec.nr. 63/1986, în RRD nr. 11/1986, p.61; idem, dec.nr. 44/1972, în C.D., 1972, p.233.

⁹ A se vedea, Trib.Supr., sol.civ., dec.nr. 314/1963, în JN nr. 11/1963, p.128; idem, dec.nr. 782/1964, în JN nr. 2/1965, p.167.

¹⁰ Trib.Supr., dec.nr. 63/1986, supra citată.

¹¹ Trib.Supr., s.civ., dec.nr.2188/1987, în RRD nr.6/1988, p.58-59.

¹² A se vedea, în sensul precizat, Trib.Supr., col.civ., dec.nr.314/1963, în JN nr. 11/1963, p.128; idem, sec.civ., dec.nr. 2266/1972, în RRD nr. 7/1973, p.170; idem, dec.nr. 2803/1984, în CD 1984, p.184.

¹³ A se vedea, Trib.Supr. colectiv, dec.nr. 1066/1964, în JN nr. 4/1965, p.163; idem, dec.nr. 1293/1966, în JN nr. 5/1965, p.165; idem, sec.civ., dec.nr. 607/1977, în CD 1977, p.146; idem, dec.civ.nr. 2834/1984, în CD 1984, p.186; idem, dec.nr. 2494/1986, în RRD nr. 11/1987, p.64.

¹⁴ A se vedea și Plenul Trib.Supr., dec.de îndrumare nr.9/1974, pct. 5, în CD 1975, p.

¹⁵ Cu privire la acest aspect, a se vedea pentru amânunte: S. Ghimpură, §.a., *Tratat de dreptul muncii*, vol.II, Ed. Științifică și enciclopedică, Buc., 1979, p. 158-169.

¹⁶ Trib.supr., s.civ., dec.nr. 274/1987, în CD 1978, p. 233-235.

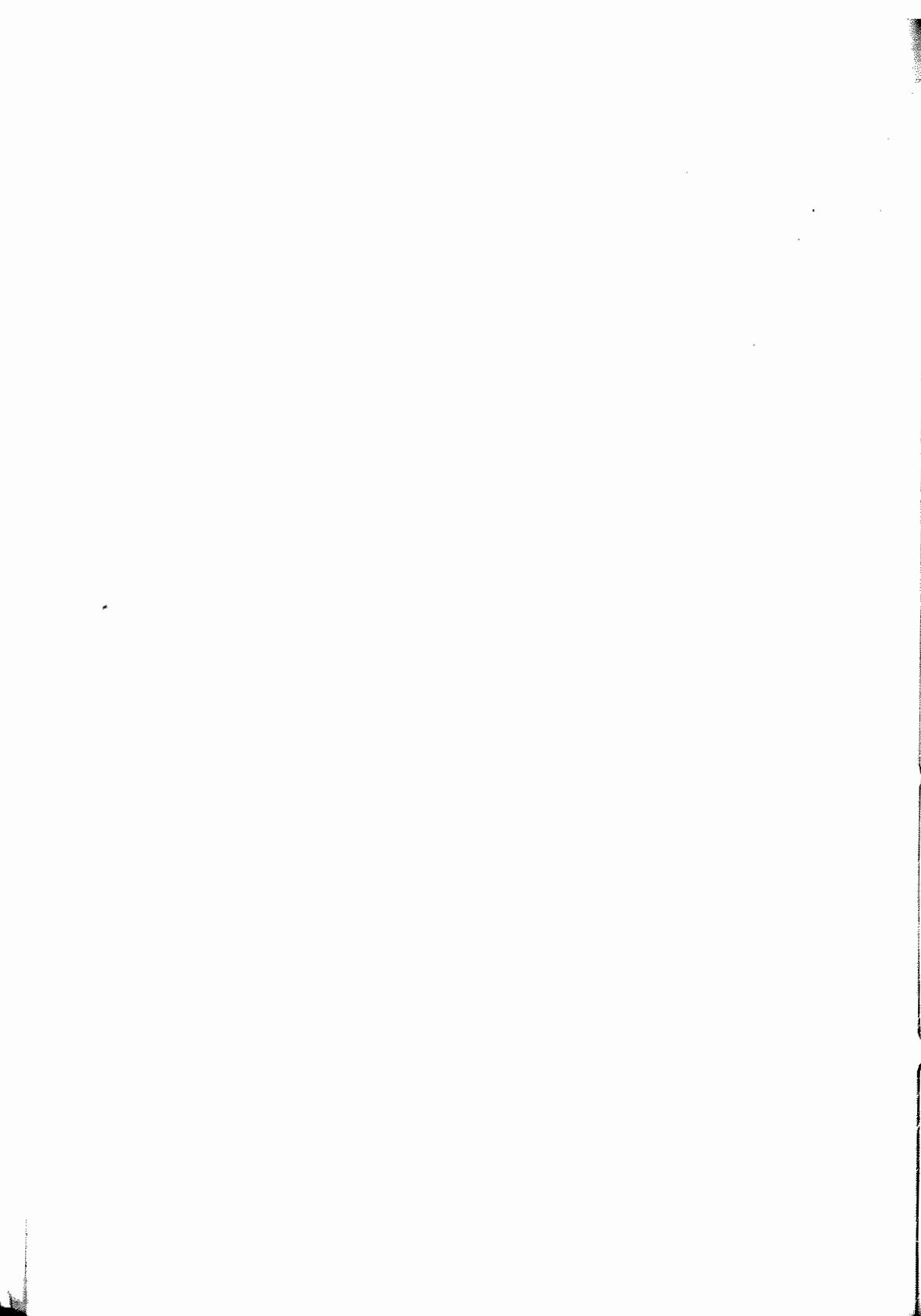
¹⁷ Trib.județean Suceava, dec.civ.nr. 855/1983, în RRD nr.1/1984, p.58.

¹⁸ I. Mihuță, *Repertoriu de practică judiciară în materie civilă a Trib.Supr. și a altor instanțe judecătoarești pe anii 1975-1980*, Ed.Șt. și Encicl., Buc., 1982, p.206; Trib.Supr., s.civ., dec.nr. 1401/1977.

²⁰ Trib.județean Maramureș, dec.civ.nr. 195/1977, în RRD nr. 9/1978, p.59.

²¹ Trib.Supr., s.civ., dec.nr. 1415/1974, în CD 1974, p.219-221.

²² Trib.Supr., s.civ., dec.nr. 713/1973, în CD 1973, p.285.



CAZURILE DE NERESPONSABILITATE DISCIPLINARĂ

DE

GHEORGHE FILIP

1. Considerații introductive. Legislația muncii stabilește pentru organele de conducere ale tuturor unităților (regii autonome, societăți comerciale, instituții etc.) de a lua măsurile necesare pentru organizarea judicioasă a întregii activități, pentru integritatea patrimoniului ce îl dețin și buna gospodărire a fondurilor materiale și bănești, pentru buna desfășurare a procesului de muncă, pentru respectarea normelor de disciplină și comportare în muncă.

Îndeplinirea acestei obligații presupune luarea unui ansamblu de măsuri cu caracter tehnico-organizatoric, de stimulare materială și morală, precum și de aplicare de sancțiuni disciplinare împotriva celor angajați care încalcă obligațiile de muncă. Rezultă că tragerea la răspundere și deci, aplicarea sancțiunilor disciplinare celor care comit abateri, constituie o obligație de serviciu a tuturor organelor de conducere¹.

Există totuși cazuri, cu caracter excepțional, când tragerea la răspundere disciplinară și aplicarea pedepsei corespunzătoare nu se pot efectua sau nu sunt necesare. Această situație apare atunci când lipsesc unul sau mai multe elemente constitutive ale abaterii disciplinare (una sau mai multe condiții ale răspunderii disciplinare) sau când, deși sunt întrunite toate condițiile răspunderii disciplinare, împrejurările concrete în care fapta săvârșită sau stările de după săvârșirea ei, prevăzute prin dispoziții normative, dobândesc o relevanță, juridică specială, care face ca răspunderea disciplinară să nu mai poată interveni.

Prin cauze de nerespnsabilitate se înțeleg acele împrejurări, stări, situații și condiții personale care fac ca o faptă să nu îndeplinească unul sau mai multe elemente constitutive ale abaterii disciplinare sau, deși toate elementele sunt îndeplinite, să nu poată atrage răspunderea disciplinară. Prin urmare, se

impune să împărtim aceste cauze în: cauze care înălțură caracterul de abatere disciplinară a unei fapte, lipsind caracterul ilicit, vinovăția etc., de exemplu, starea de necesitate, ordinul de serviciu, legitima apărare, executarea unei obligații etc. și cauze care înălțură răspunderea disciplinară, de exemplu, prescripția, ce nu înălțură existența abaterii disciplinare, ci numai consecințele acesteia, adică răspunderea².

În ceea ce privește cauzele grupate în prima categorie, ele exclud existența abaterii disciplinare (lipsind unul din elementele componente), adică, așa cum se susține și în dreptul penal,³ consecința imediată a acestor cauze, în sensul că înălțură caracterul de abatere disciplinară (infrațiune), iar nu consecința subsecventă, adică răspunderea; excluzându-se existența abaterii, pe cale de consecință, se exclude și răspunderea disciplinară⁴.

Cauzele grupate în a doua categorie, care înălțură răspunderea disciplinară, presupun existența abaterii, dar verificarea uneia din aceste cauze, de exemplu, prescripția, face ca sancțiunea să nu mai poată fi aplicată, deci să înălțure în mod direct răspunderea angajatului.

Aceste cauze de neresponsabilitate disciplinară sunt prevăzute parțial în legislația muncii. Astfel, dacă prescripția răspunderii este în mod expres prevăzută de art. 13, alin.final, din Legea nr. 1/1970 și alte acte normative, în alte situații, ca de exemplu, art. 7 din Codul muncii neresponsabilitate este reglementată în mod implicit deoarece, referindu-se la salariații minori, legiuitorul a avut în vedere numai persoanele responsabile. În celelalte cazuri, printre care, fără a face o enumerare exhaustivă, menționăm legitima apărare, starea de necesitate, cazul fortuit, constrângerea fizică sau morală, eroarea de fapt etc., dat fiind similitudinea de situații, sunt aplicabile, în mod corespunzător, dispozițiile din dreptul comun. De asemenea, sunt aplicabile și cauzele de exonerare de răspundere materială prevăzute de Codul muncii,⁵ în art. 102, al. 2, atunci când producerea unei pagube unității ar îmbrăca și aspect disciplinar și deci, să pune problema sanctiōnării disciplinare a salariatului în cauză. Stabilirea existenței uneia din cauzele prevăzute de art. 102, al. 2, din Codul muncii va avea ca efect exonerarea de răspundere atât din punct de vedere material, cât și disciplinar.

În cele ce urmează, ne propunem să examinăm în mod succint acele cauze de neresponsabilitate care pot fi frecvent întâlnite în practică. Unele din aceste cauze, deși privesc în primul rând răspunderea materială, își găsesc totuși locul și în cadrul problemei ce o examinăm, deoarece răspunderea materială nu exclude răspunderea disciplinară a acelui salariat care, prin fapta sa culpabilă, a adus un prejudiciu unității în legătură cu munca sa și din vina sa.

Atunci când s-a constatat existența uneia din aceste cauze de exonerare, salariatul nu va răspunde disciplinar, iar dacă s-a produs și un prejudiciu, nu

va răspunde nici din punct de vedere material, deoarece fapta respectivă nefiind ilicită sau neexistând vinovăția, nu sunt întrunite condiții a nici uneia din cele două forme de răspundere, or, deși sunt întrunite condițiile răspunderii, a intervenit prescripția. Așadar, în toate cazurile de acest fel, temeiul juridic al înlăturării răspunderii îl constituie lipsa uneia din condițiile necesare și anume, inexistența faptei ilicite sau a vinovăției ori intervenția prescripției, situație în care sancțiunea nemaipătrându-și exercita rolul său educativ și preventiv, este inaplicabilă.

2. Executarea ordinului de serviciu. Una din cauzele care înlătură caracterul ilicit al faptei și deci are ca efect exonerarea de răspundere, este ordinul de serviciu sau cum mai este denumit, comanda autorității legitime, care are, în materia de care ne ocupăm, față de dreptul penal, anumite trăsături specifice.

În cursul realizării raportului juridic de muncă, salariatul are o poziție de subordonare față de unitate, fiind obligat să îndeplinească dispozițiile organelor de conducere și ale șefilor ierarhici referitoare la desfășurarea activității în unitate, după cum, de altfel, prevăd dispozițiile art. 20, lit.f, din Codul muncii și ale art. 5, al. 1, din Legea nr. 1/1970.

Fundamentul absolvirii de răspundere disciplinară, în cazul ordinului de serviciu, constă în necesitatea executării riguroase de către fiecare salariat a dispozițiilor de serviciu primite, fără de care nu se poate concepe desfășurarea normală a procesului de muncă.

Pentru ca ordinul de serviciu să înlăture caracterul ilicit al faptei comise de salariat și deci să producă efectul exoneratoriu, trebuie îndeplinite următoarele condiții:

a) ordinul de serviciu să fie legal, adică să fie dat în baza legii (în sens larg), de către organul competent (prin aceasta înțelegându-se toți salariații care dețin funcții ierarhice superioare celui ce urmează a-l executa) și cu respectarea cerințelor de formă prescrise de lege sub sancțiunea nulității lui;

b) ordinul să nu fie vădit inopportun, cu alte cuvinte prin el să nu se dispună o măsură care, în împrejurările concrete, nu este necesară sau este neindicată;

c) salariatul să nu fi putut preîntâmpina urmările negative ale actului executat în baza ordinului, cu toate că a prevăzut sau putea să prevadă producerea lor;

e) urmările produse să nu fie consecința unui mod necorespunzător de executare a ordinului de serviciu.

Dacă sunt îndeplinite toate aceste condiții, salariatul nu va putea fi chemat să răspundă pentru că nu a refuzat executarea ordinului ca fiind ilegal, în acest caz răspunderea revenindu-i celui care a dat un asemenea ordin.

Caracterul conștient al disciplinei muncii, conștiința juridică și cea profesională, pregătirea de specialitate, în general de un nivel ridicat, a celor ce

dau ordine, precum și a celor care în baza raportului de subordonare în care se află sunt obligați să le execute, impun o atitudine activă pentru ca ordinele vădit ilegale și neopportune să nu fie date, iar în situația în care s-au dat, să nu fie executate sau să le prevină urmările lor negative.

Salariatul care a sesizat ilegalitatea ori neopportunitatea ordinului de serviciu, trebuie să atragă atenția celui care l-a dat, iar dacă acesta îl menține, să sesizeze organul ierarhic superior. Salariații nu pot fi obligați să execute o dispoziție care contrazice legea, ba mai mult, ei au chiar obligația să sesizeze ilegalitatea ordinului primit, deoarece, în caz contrar, conduita lor nefiind licită, va atrage răspunderea lor disciplinară. În acest sens, punctul 5, alin. 9, din cap.III, din *Îndrumarul pentru întocmirea regulamentelor de ordine interioară*, elaborat în baza Legii nr.1/1970, prevede obligația salariaților de a înștiința șeful ierarhic superior de făldată ce au luat cunoștință de existența unor nereguli, abateri, greutăți în aprovisionarea locului de muncă, în întreținerea utilajelor etc., ori de altă natură și de a propune măsuri, în raport de posibilitățile pe care le au, pentru prevenirea unor astfel de situații.

Pentru ca executarea ordinului ilegal să nu atragă răspunderea disciplinară este necesar ca ilegalitatea acestui ordin să nu fie vădită, cu alte cuvinte, dispoziția dată să nu încalce în mod flagrant dispozițiile legale, deoarece în acest caz salariatul are obligația de a sesiza caracterul ilegal, al dispozițiilor primite și de a refuza executarea ei. Mai mult chiar, executarea ordinului de serviciu vădit ilegal nu poate fi justificată prin faptul că salariatul executant s-a conformat ordinului primit din partea șefului său ierarhic.

Privitor la caracterul vădit ilegal al ordinului de serviciu, atât doctrina cât și practica judiciară din țara noastră, au arătat că "ordinul trebuie considerat ca vădit ilegal ori de câte ori este de neadmis ca cel căruia i-a fost adresat să nu observe ilegalitatea lui, când deci o diligență chiar inferioară celei obișnuite pentru categoria respectivă de salariați este suficientă spre a-i sesiza caracterul ilegal"⁶.

Așadar, aprecierea trebuie făcută de la caz la caz, în funcție de împrejurările concrete, ținând seama de condițiile în care s-a executat ordinul, experiența în muncă și pregătirea profesională etc.

Pentru a înlătura răspunderea, nu este deci necesar ca ilegalitatea ordinului să aibă un caracter vădit pentru toți salariații unității, ci numai pentru persoana care a executat ordinul. Prin urmare, într-un fel se va aprecia dacă și-a putut da seama și sesiza caracterul vădit ilegal al ordinului un muncitor, un salariat cu funcție de execuție și cu totul altfel un revizor contabil, un jurist etc. În acest sens s-a pronunțat și suprema noastră instanță, care a considerat că pentru casierul unei unități, ordinul prin care s-a dispus să plătească

avansuri asupra salariului, altele decât cele prevăzute de lege, este vădit ilegal și că executarea lui va atrage răspunderea casierului⁷.

Caracterul vădit ilegal al ordinului trebuie cercetat în aspectul de fond cel mai evident, suscetibil de a fi sesizat cu ușurință de salariat, chiar dacă acesta nu l-a sesizat, dar putea și trebuia să-l observe.

Salariatul care a executat un ordin ilegal nu se va putea apăra de răspundere invocând că nu a sesizat caracterul ilegal al ordinului datorită unei erori de fapt, deoarece necunoașterea sau cunoașterea greșită este rezultatul culpei sale, el având îndatorirea de serviciu, potrivit Codului muncii, art. 104, de a cunoaște toate actele normative care reglementează obligațiile sale de muncă și de a le aplica cu rigurozitate⁸.

Așadar, executarea ordinului de serviciu va avea ca efect exonerarea de răspundere numai atunci când sunt îndeplinite condițiile examinate mai sus, deoarece fapta salariatului, în acest caz, nu are caracter ilegal, lipsind deci una din condițiile necesare pentru antrenarea răspunderii disciplinare.

3. *Executarea unei obligații*. Sunt împrejurări care determină ca îndeplinirea îndatoririlor de serviciu ale salariaților, care își au izvorul în lege sau în contractul de muncă, să îmbrace în mod formal aspectul unei abateri disciplinare, fără a putea antrena răspunderea disciplinară, deoarece acțiunea nu are caracterul de ilicitate, în fond nefiind vorba de nici o încâlcare a legii. Mai mult, în legislația noastră sunt prevăzute dispoziții care instituie chiar obligația pentru anumite persoane cu funcții de conducere de a aciona într-un astfel de mod, aşa cum este cazul, de exemplu, de a dispune suspendarea activității în anumite locuri de muncă pentru considerente de protecția muncii⁹, sacrificarea unor animale contaminate pentru combaterea propagării unor boli molipsitoare.

În dreptul nostru această cauză de înlăturare a responsabilităților nu este reglementată nici în dreptul muncii, nici în dreptul penal¹⁰, totuși este cunoscut în doctrină sub denumirea de "ordinul legii" și atunci când prezența ei se verifică într-un anumit caz, va avea ca efect înlăturarea răspunderii. Dar pentru ca executarea unei obligații de serviciu să constituie un act licit și deci să nu antreneze răspunderea disciplinară a persoanei angajate în cauză, este necesară întrunirea cumulativă a unor condiții și anume:

a) obligația pe care o îndeplinește salariatul să fie reală, adică să fie prevăzută de o normă de drept în vigoare, în caz contrar aflându-se în prezența unei erori de drept ce nu duce la exonerarea de răspundere;

b) actul săvârșit de salariat trebuie să răspundă unei necesități reale, deoarece numai dacă dispoziția își are aplicabilitate în cazul concret se poate vorbi de executarea unei obligații legale;

c) executarea obligației să fie corespunzătoare scopului și să aibă loc în condițiile prevăzute de lege.

Întrunirea tuturor acestor condiții, într-un anumit caz, va avea ca efect exonerarea de răspundere disciplinară a salariatului care a acționat în acest fel, chiar dacă, după cum am văzut, nu există un text de lege care să prevadă aceasta în mod expres.

4. *Starea de necesitate*. Unele fapte comise îmbracă aspectul de abatere disciplinară, dar săvârșirea lor în stare de necesitate face să nu li se poată atribui această calificare. Salariatul care a săvârșit anumite fapte în stare de necesitate nu va fi ținut să răspundă disciplinar, deoarece conduită sa nu are caracter ilicit, faptele nefiind săvârșite cu vinovăție, mai mult, sunt utile, făptuitorul fiind animat de dorința de a face bine.¹¹ De exemplu, paznicul care a sărit izbuinirea unui incendiu într-o magazie, distrugând ușa pentru a intra și stinge focul, în felul acesta salvând întreaga magazie și bunurile pe care le adăpostește; șoferul care pentru a preîntâmpina un grav accident, izbește mașina într-un stâlp, deoarece sistemul de frânare s-a defectat etc.

Prin stare de necesitate se înțelege acea situație în care răul provocat de salariat prin fapta sa nu poate fi evitat decât în schimbul unui rezultat dăunător și mai mare pentru unitate, pentru o altă persoană fizică ori persoană juridică sau chiar pentru sine.¹²

În dreptul muncii nu există un text care să prevadă în mod expres efectul exoneratoriu al stării de necesitate asupra răspunderii disciplinare, cât și a celei materiale, ca în alte țări.¹³

Părerea asupra legitimității actelor comise în stare de necesitate este unanimă, mai mult, ele sunt considerate ca acte socialmente necesare, o corectă îndeplinire a obligațiilor de serviciu, o expresie a unei înalte conștiințe profesionale. Prin urmare, starea de necesitate se caracterizează prin aceea că salariatul se află în prezența unui pericol real și iminent de vătămare a unor interese ocrotite, care nu poate fi înlăturat decât prin producerea unui rezultat dăunător, dar de mai mică importanță.

Apare, deci, aşa după cum se subliniază în doctrina dreptului penal din țara noastră și din străinătate, un conflict între două interese legitime ce se poate rezolva numai prin sacrificarea uneia dintre ele.

Pentru ca o faptă să poată fi considerată ca săvârșită în stare de necesitate și pentru a justifica exonerarea de răspundere, se cer îndeplinite următoarele condiții:

- a) fapta săvârșită să fie calificată abatere disciplinară;
- b) anumite valori sau interese ocrotite de lege să se afle în pericol;
- c) pericolul să fie real și actual sau iminent;
- d) rezultatul dăunător să fie mai mic decât cel evitat;
- e) pericolul să nu poată fi evitat altfel și să nu fie rezultatul acțiunii culpabile a salariatului.

Aprecierea dacă acțiunea salariatului a fost necesară pentru înlăturarea pericolului trebuie făcută în funcție de imprejurările concrete, având în vedere anumite condiții și imprejurări obiective, cum sunt: natura, gravitatea, locul și timpul, mijloacele de combatere etc., cât și subiective: forța fizică a salariatului, nivelul cunoștințelor sale profesionale, posibilitățile concrete de care a dispus etc.

5. Riscul normal al serviciului. În timpul activității de producție, manipulare transport, depozitar și desfaceri unor bunuri se pot produce anumite pierderi materiale normale, provocate prin spargere, uscare, evaporare etc., care în numeroase cazuri constituie un risc normal în desfășurarea activității respective.

Conduita salariatului nu va avea caracter ilicit și deci nu va atrage răspunderea sa disciplinară în cazul în care, deși a produs un prejudiciu unității, acesta este o urmare firească a riscului normal al serviciului. Însuși Codul muncii în alin. 2, din art. 102, prevede că salariații nu răspund de pierderile inerente procesului de producție care se încadrează în limitele prevăzute de lege, de pagubele provocate datorită unor cauze neprevăzute și care nu puteau fi înlăturate, ori în alte asemenea cazuri în care pagubele au fost provocate de riscul normal al serviciului..."

Caracterul aleatoriu al producerii pagubelor – producerea lor nefiind absolut inevitabilă – a determinat legiuitorul să folosească denumirea de "risc", în care trebuie să includem procentul de pierderi, de stricării etc., care se pot produce în anumite procese de muncă, cărora le sunt inerente. Prin urmare, pagubele care sunt rezultatul riscului normal al serviciului nu trebuie în mod obligatoriu să se producă, uneori putând fi evitate, alteori fiind mai mici decât limitele stabilite de lege. De aici concluzia că, nu orice daună provocată unității, chiar dacă se încadrează în limitele legale, trebuie să fie considerată, în mod induitabil, rezultatul unui risc, putându-se datora și altor cauze (sustrageri, pierderi etc.).

Prin risc normal trebuie să înțelegem numai acele situații în care producerea pagubei poate fi considerată ca un fenomen normal în condițiile specifice unui anumit proces de muncă. De exemplu, în industria sticlei există un anumit procent stabilit de spargeri provocate de către acei ce produc și manipulează asemenea obiecte în executarea obligațiilor de muncă.

Din denumirea de risc normal al serviciului rezultă că el privește serviciul, adică este suportat de unitate, deoarece fiind prevăzut de lege, acțiunea salariatului prin care s-a produs pagube nu poate fi considerată abatere disciplinară, lipsind unul din elementele sale constitutive – culpa.

În mod obișnuit, riscul este supus normării, procentul de pagube admisibile stabilit fiind prevăzut în limita maximă, fără a însemna, în același timp, și un procent necesar de pierderi.

Pentru ca pierderile să poată fi considerate risc normal de serviciu trebuie produse în următoarele condiții: a) să fie reale; b) să nu se datoreze culpei salariatului, ci insușirilor bunurilor sau condițiilor de producere, transport, depozitare, manipulare etc., avute în vedere de legiuitor la stabilirea normativelor; c) să se încadreze în procentul maxim stabilit de lege.

Riscul normal al serviciului cuprinde în afara normelor de pierderi materiale arătate și normele de consum specifice de materiale, energie etc., normele de uzură, procentul de rebuturi admisibile etc., asupra cărora ne limităm numai a le menționa.

La verificarea în practică a uneia din aceste situații, organul competent va analiza, pornind de la normele care reglementează procesul respectiv, pentru a se vedea dacă, într-un anumit caz concret, poate fi vorba de un risc normal al serviciului, sau va stabili în cazul vinovăției salariatului răspunderea sa pentru producerea rezultatului dăunător.

6. Riscul asumat din inițiativa salariatului. Problema riscului asumat din inițiativa salariatului a fost mai puțin cercetată în literatura noastră juridică¹⁴, iar L. Miller care o examinează în lucrarea sa *Răspunderea materială a angajaților*, deosebește două feluri (aspecte) ale acestui risc, ambele constituind cauze de exonerare a răspunderii prin inexistența caracterului ilicit al faptei.

Într-o primă formă, riscul asumat din inițiativa salariatului constă într-o situație deosebită în care salariatul este nevoit să decidă expunerea la un pericol a unei anumite valori patrimoniale sau interese ale unității pentru a o salva de la un pericol mai mare. De exemplu, un salariat dispune expedierea unui vagon încărcat cu un tonaj sub capacitatea sa, plătindu-se deci o taxă de transport superioară celei corespunzătoare cantității de marfă efectiv transportate, dar prin aceasta a evitat o pagubă mai mare prin plata locațiilor C.F.R. și a penalităților pentru întârzierea livrării, a căror valoare ar depăși diferența de taxă de transport plătită în plus.

Deosebirea dintre acest fel de risc și starea de necesitate cu care se aseamănă, rezultă din condițiile de legitimitate pe care trebuie să le îndeplinească fiecare din ele.

Cea de a doua formă a riscului constă în faptul că, pericolul producerii prejudiciului a fost acceptat în scopul experimentării și aplicării de noi metode și procedee, invenții tehnice etc. Persoana care se preocupă de realizarea unei invenții, are nevoie de materiale, mașini, scule etc., pe care le folosește pe baza prezentării unei documentații, cu aprobarea conducerii unității. După termi-

narea lucrării, se trece la faza experimentării, care are loc tot în unitate, iar în caz de nereușită, deși inițiativa a aparținut salariatului, la eventualul risc (care în acest caz s-a produs) a achiesat și conducerea unității, fapt pentru care prejudiciul provocat nu trebuie să atragă răspunderea celui în cauză. Mai mult, exonerarea de răspundere în această situație este de natură să stimuleze (alături de alte stimulente morale și materiale), inițiativa creatoare a colectivului de salariați, să ducă la creșterea perocupărilor pentru înmulțirea invențiilor, inovațiilor și raționalizărilor.

Pentru ca riscul asumat (referindu-ne la risc în prima sa formă) să poată fi considerat legitim și deci să ducă la inexistența abaterii disciplinare și la înlăturarea răspunderii corespunzătoare, trebuie să îndeplinească următoarele condiții: a) să existe un pericol real, actual și iminent; b) evitarea acestui pericol să nu poată avea loc decât prin acceptarea unui alt pericol, mai puțin probabil și de o importanță sau valoare mai mică; c) pericolul evitat să nu fie cauzat prin culpa salariatului.

Referitor la cea de a doua formă a riscului și anume, la cel asumat în legătură cu aplicarea unei invenții, condițiile de legitimitate cerute sunt: a) măsura ce urmează a fi experimentată să fie socialmente necesară; b) aprobarea măsurii să fie dată de către organul de conducere competent; c) prejudiciul probabil să nu depășească prin valoare sau importanță rezultatul obținut prin reușita măsurii și să nu primejduiască viața ori sănătatea oamenilor.

Prezentând condițiile de legitimitate a riscului asumat în legătură cu aplicarea unei măsuri inovatoare, L. Miller include și condiția ca "măsura să fie luată (aplicată) de un salariat în ale cărui atribuții intră și aceea de a se preocupa de perfecționarea și raționalizarea procesului de producție (inginer șef, conducător tehnic etc.)",¹⁵ nu de orice tehnician, specialist sau muncitor. Nu considerăm necesară această condiție, deoarece idei inovatoare, în toate domeniile, pot avea și alți salariați decât cei cu atribuții în acest sens, de mai multe ori chiar maîstri, muncitori calificați etc., situație în care ar fi de neînțeles ca acestora, deși au obținut aprobarea organului competent, să li se creeze un regim deosebit în raport cu ceilalți, cu alte cuvinte, să răspundă în cazul verificării riscului în urma experimentării unor măsuri inovatoare. Adoptarea unui alt punct de vedere ar fi, credem, dăunător și chiar contrar intereselor unității, care pentru desfășurarea unei activități rentabile, trebuie să mobiliizeze și să folosească toate forțele și capacitatele de care dispune.

Deoarece, în ambele sale forme, riscul produs implică atingerea intereselor unității, trebuie ca în fiecare caz în parte să se verifice îndeplinirea tuturor condițiilor de existență a legitimității sale. Numai astfel se poate contribui la combaterea unor comportări superficiale cu urmări negative, la formarea unei atitudini atente a salariaților față de interesele unității.

Asumarea riscului în anumite împrejurări constituie nu numai un drept, ci chiar o obligație de serviciu pentru unele categorii de salariați (pompieri, medici etc.), de aceea, atitudinea pasivă a acestora în cazul producerii împrejurărilor respective, constituie o conduită ilicită care va atrage răspunderea disciplinară a celor vinovați.

7. *Acordul unității*. Salariatul care a produs unității un prejudiciu ca urmare a unor acte săvârșite cu aprobarea organului competent, nu va putea fi ținut să răspundă pentru aceasta, așa cum au susținut în mod greșit unii autori. Astfel, de exemplu, Șerban Beligrădeanu consideră că acordul unității nu poate să constituie o cauză de exonerare, deoarece unitatea de stat, în mod legal, nu poate prin organele ei de conducere să consimtă la diminuarea patrimoniului propriu¹⁶.

Această afirmație, în general, corectă, nu trebuie absolutizată, deoarece se ivesc în practică situații care impun, în favoarea unor interese superioare, distrugerea, de exemplu, a unor bunuri, sacrificarea unor animale expuse pieirii etc. Prin urmare, este vorba de acte licite și oportune, dictate de anumite interese ale unității, neavând nimic comun cu situația similară a îndeplinirii unui ordin ilegal de serviciu.

Dar, pentru ca acordul unității să ducă la exonerarea de răspundere a salariatului, trebuie să îndeplinească cumulativ următoarele condiții: a) să fie dat de organul unității cu care salariatul se află în raport juridic de muncă și în limitele competenței acestuia; b) să nu aibă un conținut vădit ilegal; c) să nu fie obținut prin comportarea culpabilă a salariatului în cauză; d) să fie dat în forma prevăzută de lege.

În literatura de specialitate s-au mai exprimat păreri cu privire la includerea în rândul acestor condiții și a altora, cum ar fi, de exemplu, natura bunurilor, momentul dării acordului etc., pe care nu le considerăm necesar a fi evidențiate separat, fiind incluse implicit în cele patru condiții enunțate mai sus¹⁷.

8. *Forța majoră*. Sunt împrejurări care fac ca o persoană să se găsească în imposibilitatea de a-și îndeplini obligațiile sale de muncă, așa după cum este cazul forței majore și, bineînțeles, să fie exonerată de răspundere disciplinară, deoarece lipsind vinovăția, conduită sa nu are caracter ilicit¹⁸.

Este și normal ca salariatul care, de exemplu, nu s-a prezentat la serviciu o perioadă anumită de timp, din cauza concentrării sau a pierderii temporare a capacitatei de muncă, datorită bolii sau accidentării, să nu poată fi tras la răspundere, deoarece nefiind îndeplinirea obligațiilor de muncă, care decurg din contract, nu-i poate fi imputabilă.

Prin forța majoră în cadrul răspunderii disciplinare se înțelege imposibilitatea în care se află o persoană de a-și îndeplini obligațiile de muncă ce-i revin, potrivit contractului său de muncă, datorită unui fenomen invincibil și neimputabil.

Deși prezența forței majore exclude existența conduitei ilicite, ea presupune totuși o anumită conduită (de obicei omisivă), dar, așa cum am văzut, neculpabilă.

În ceea ce privește fenomenele care pot constitui forțe majore, parte din autori au susținut ca singure posibile numai fenomenele naturii¹⁹, alții au adăugat acestora, pe drept cuvânt, și fenomenele sociale.²⁰ Justețea celei de a doua opinii rezultă din următoarele exemple: întârzierea de la serviciu datorată întârzierii trenului determinată nu de o înzăpezire, ci de o defecțiune a locomotivei; neîndeplinirea obligațiilor de serviciu din motive de pierdere temporară a capacitatei de muncă, care a fost cauzată de un accident de circulație a căruia autor este un șofer în stare de ebrietate etc.

Dar, indiferent de natura fenomenului ce constituie forță majoră, aceasta va exonera de răspundere disciplinară numai în cazul îndeplinirii următoarelor condiții: a). să fi existat un fenomen căruia salariatul nu i s-a putut opune sau nu l-a putut învinge și care i-a determinat conduită sa (neîndeplinirea obligațiilor de muncă); b). fenomenul invincibil să nu se datoreze conduitei culpabile a salariatului.

Urmările dăunătoare pentru unitate pot fi imputabile salariatului numai atunci când el a provocat fenomenul invincibil sau când, deși produs fără vină sa, urmările acestui fenomen sunt consecința conduitei sale culpabile.

În literatura juridică din Occident, unii autori consideră necesară și condiția imprevizibilității, fapt ce apare nejustificat de vreme ce forța majoră fiind un fenomen irezistibil, chiar dacă a fost prevăzut (previzibil), neputându-i-se face față prin orice conduită a sa, înseamnă că salariatul nu poate fi ținut să răspundă.

Atunci când cunoașterea prealabilă a producerii fenomenului dă posibilitatea salariatului să preîntâmpine acțiunea sau urmările sale, iar acesta n-a acționat în nici un mod, va răspunde disciplinar, dar nu pe motiv de previzibilitate, ci pentru că n-a fost invincibil.

Cele două condiții ale legitimității forței majore (invincibilitatea și neimputabilitatea) le considerăm suficiente, apărându-ne ca inutilă adăugarea și a altor condiții, ca aceea de a fi o cauză exterioară sau un fenomen extraordinar, așa cum putem întâlni uneori în literatură de specialitate.

9. *Constrângerea fizică și constrângerea morală*. Constrângerea (în ambele sale forme) constituie o modalitate a forței majore,²¹ având ca efect înlăturarea caracterului ilicit al faptei comise în aceste condiții, deoarece lipsește vinovăția.

O faptă este săvârșită de către un salariat din constrângere fizică, atunci când constrângerea s-a exercitat asupra corpului său și căreia nu i-a putut rezista²². De exemplu, un salariat absenteză de la serviciu deoarece a fost sechestrat de către o persoană.

Pentru ca o faptă să poată fi considerată ca fiind săvârșită din constrângere fizică, se cer întrunite următoarele condiții: a) fapta săvârșită să poată fi calificată abatere disciplinară; b) persoana constrânsă să nu poată rezista constrângerii sau să nu o poată înlătura; c). săvârșirea faptei calificată abatere să aibă loc din cauza unei constrângeri fizice.

O faptă este săvârșită de către un salariat din cauza unei constrângeri morale, atunci când face aceasta în urma unei amenințări cu un pericol grav pentru viață, libertatea, integritatea corporală ori bunurile sale, ale altuia, sau pentru un interes obștesc și care îi produce o teamă puternică, pericolul neputând fi înlăturat în alt mod²³.

Fapta este săvârșită din constrângere morală atunci când sunt realizate următoarele condiții: a) fapta săvârșită să fie considerată abatere disciplinară; b) fapta să fie săvârșită ca urmare a unei amenințări cu un pericol grav pentru viață, libertatea, integritatea corporală ori bunurile persoanei amenințate, a alteia sau pentru un interes obștesc, care a provocat o temere puternică; c) pericolul grav să nu poată fi înlăturat în alt mod decât prin săvârșirea faptei cerute de cel ce amenință.

Fapta săvârșită din constrângerea fizică sau morală nu poate fi considerată abatere disciplinară, deoarece constrângerea a înlăturat libertatea de acțiune a salariatului (în cazul constrângerii fizice) și libertatea de hotărâre (în cazul celei morale).

Neexistând libertatea de acțiune sau de hotărâre, după caz, nu există vinovăție, iar lipsa acesteia determină înlăturarea abaterii și deci, a răspunderii disciplinare.

10. *Cazul fortuit*. O altă cauză care înlătușă caracterul de abatere disciplinară a faptei prin care un salariat și-a încălcăt obligațiile de muncă este cazul fortuit, deoarece verificarea sa într-un anumit caz presupune inexistența vinovăției. Îngrijitorul de animale dintr-o societate agricolă de stat, de exemplu, administrează unui animal bolnav medicamentul primit de la medicul veterinar al unității. Ulterior animalul sucombă deoarece medicamentul administrat nu era cel corespunzător combaterii bolii de care suferea animalul, fapt pe care nu l-a cunoscut și nici nu-l putea cunoaște îngrijitorul. Așadar, prin caz fortuit, în domeniul răspunderii disciplinare, se înțelege acea situație în care la fapta salariatului se suprapune o întâmplare ce nu poate fi prevăzută și care produce un rezultat ce nu poate fi prevăzut²⁴.

Împrejurarea care produce rezultatul dăunător nu acționează, ci este precedentă faptei salariatului, a cărei direcție și rezultat firesc îl schimbă.

Este necesar să precizăm că, deși în legislație, literatura juridică și practica judiciară, i se dau cazului fortuit mai multe sensuri, în situația de față (luat ca

CAZURILE DE NERESPONSABILITATE DISCIPLINARĂ

o cauză ce înlătură răspunderea disciplinară), cazul fortuit apare ca o împrejurare distinctă de față majoră²⁵.

Pentru existența cazului fortuit se cer a fi îndeplinite următoarele condiții: a) fapta săvârșită să fie considerată abatere disciplinară; b) fapta salariatului să fie urmată de o altă acțiune sau întâmplare care a provocat rezultatul dăunător; c) salariatul autor al primei acțiuni să nu fi prevăzut și nici să nu fi putut prevedea apariția celei de a doua acțiuni și a rezultatului dăunător produs de acesta; d) impreviziunea să nu fie imputabilă salariatului.

Imposibilitatea prevederii celei de a doua acțiuni și a rezultatului dăunător, ce caracterizează cazul fortuit, este generală și obiectivă, în sensul că nici o altă persoană într-o situație similară nu ar fi putut prevedea²⁶.

Orice faptă săvârșită în condițiile de existență a cazului fortuit, nu poate fi considerată abatere și deci să atragă răspunderea disciplinară a salariatului în cauză, deoarece acesta nu se face vinovat de comiterea ei²⁷.

* * *

Deoarece oricare din aceste cauze duce la înlăturarea răspunderii salariatului, este necesar, ca în cadrul cercetării prealabile a abaterilor disciplinare să se verifice, chiar din oficiu, dacă poate fi constatătă existența uneia dintre ele. În cazul existenței unui caz de nerеспonsabilitate dovedit înainte de începerea cercetării prealabile, aceasta nu va mai avea loc, iar dacă a început, cercetarea va inceta și nu se va mai trece la aplicarea sancțiunii, consemnându-se aceasta în procesul verbal de cercetare.

NOTE

¹ Vezi Codul muncii, art. 21 și 98; Legea nr.1/1970 privind organizarea și disciplina muncii, art.1,2,3 și 5, Statutele personalului din diferite ramuri de activitate; Regulamentele de ordine interioară etc.

² În dreptul penal cauzele care înlătură caracterul penal al unei fapte sunt reglementate deosebit de cauzele care înlătură răspunderea penală, fiecare din cele două grupe privind, în principiu, categorii de organe diferite, ceea ce nu este cazul în materie disciplinară, fapt care ne-a determinat să facem examinarea în cadrul aceleiași lucrări și la un loc a tuturor acestor cauze.

³ V. Dongoroz și col., *Noul Cod penal și Codul penal anterior*, Ed.politică, București, 1968, p.41.

⁴ I. Oancea, *Drept penal, partea generală*, Ed.did. și ped., București, 1971, p.274.

⁵ În acest sens art.28 din Legea nr.1/1970 stabilește că răspunderea penală sau materială ori aplicarea unei măsuri de influențare obștească nu exclud răspunderea disciplinară pentru fapta săvârșită, dacă prin aceasta s-au încălcă și obligațiile de muncă. Prevederi similare sunt și în alte acte normative.

⁶ Vézi V. Rămuranu, *Nota la o decizie a fostului Tribunal regional Banat*, în "Legalitatea populară", nr.1/1961, p.98; L. Miller, *Răspunderea materială a angajaților. Fapta sau acțiunea ca o condiție a ei*, Ed.Academiei, București, 1964, p.172.

⁷ Vézi Decizia nr.743 din 13 oct.1960 a Colegiului penal al fostului Tribunal Suprem, în *Culegere de decizii*, București, 1960, p.494 și urm.

⁸ Codul muncii în art. 104 instituie obligația generală pentru toți salariații de a cunoaște prevederile legale referitoare la munca desfașurată, funcționarea instalațiilor, folosirea unelelor materialelor prime, materialelor și totodată să aplice cu rigurozitate aceste reglementări.

⁹ Legea nr.5 din 22 dec. 1965 art.9, lit.c, republicată în 1969, prevede această posibilitate.

¹⁰ În Codul penal anterior, în alin.1 al art.137 se prevedea că: "Nu se soscotește infracțiune faptul impus sau autorizat de lege dacă este executat în condițiile ei". Actualul Cod penal nu mai cuprinde o astfel asemenea dispoziție.

¹¹ Vézi I. Oancea, *op.cit.*, p.284.

¹² Starea de necesitate este cunoscută în mai multe ramuri de drept. Astfel, art.45 din Codul penal stabilește: "Este în stare de necesitate acela care săvârșește fapta pentru a salva de la un pericol iminent și care nu poate fi înălțurat altfel, viața, integritatea corporală sau sănătatea sa, a altuia sau un bun important al său ori al altuia sau un interes obiectiv". În dreptul transporturilor sunt cunoscute "Regulile de la York-Anvers", care în regula A, ce se referă la avaria comună, se vorbește de "un sacrificiu extraordinar sau o cheltuială extraordinară, în scopul de a salva de la un pericol bunurile"; în dreptul civil etc.

¹³ De exemplu, în Republica Cehă și Slovacă prin Legea nr.71/1968, în art.16, alin.2, se prevede în mod expres că nu există răspundere pentru prejudiciul cauzat în starea de necesitate.

¹⁴ L. Miller, *op.cit.*, p.237-247.

¹⁵ Vézi L. Miller, *op.cit.*, p.244-245.

¹⁶ S. Beligrădeanu, *Răspunderea materială a angajaților*, Ed.științifică, București, 1961, p.51 și *Răspunderea materială a persoanelor încadrate în munca*, Ed.științifică, București, 1973, p.30-31, nota nr.1.

¹⁷ De exemplu, Fr. Deak susține necesitatea condiției ca bunurile vătămate sau distruse prin acțiunea la care unitatea a consimțit, să fie dintre acelăia de care organizația în cauză poate dispune. Vézi Fr. Deak, *Curs de drept civil, Dreptul obligațiilor*, Universitatea București, 1960, p.199.

¹⁸ În ceea ce privește răspunderea materială, Codul muncii în art.102, alin.2, prevede forță majoră ca o cauză de exonerare de răspundere.

¹⁹ O.S. Ioffe susține că acțiunea oamenilor nu poate fi considerată forță majoră. O.S. Ioffe, *Drept civil*, București, Ed.științifică, 1960, p.228-229.

²⁰ Această părere este dominată în literatura juridică din țara noastră și din străinătate. Vézi L. Miller, *op.cit.*, p.256.

²¹ V. Dongoroz, *op.cit.*, p.432; I. Oancea, *op.cit.*, p.285.

²² Art.46 din Codul penal prevede că "nu constituie infracțiune fapta prevăzută de legea penală, săvârșită din cauza unei constrângeri fizice căreia făptuitorul nu i-a putut rezista".

²³ În ceea ce privește constrângerea morală vézi art.46, al.2, Cod penal.

²⁴ În același sens, art. 47 din Codul penal prevede că "nu constituie infracțiune fapta prevăzută de legea penală al cărui rezultat este consecința unei împrejurări care nu poate fi prevăzută."

²⁵ Cazul fortuit este luat uneori în accepțiunea în care l-am folosit și noi, adică de cauză distinctă de neresponsabilitate (vézi art.1083 și 1435 Cod civil), altorii cazul fortuit se confundă cu forță majoră, iar uneori este folosit pentru situațiile de inexistentă a culpei. Vézi L. Miller, *op.cit.*, p.270.

²⁶ Vézi I. Oancea, *op.cit.*, p.289.

²⁷ Codul muncii în art.102, al.2, exonerează de răspundere materială pe acei salariați care au provocat pagube unității prin cauze care nu au putut fi prevăzute.

SOLUȚII DE DREPT INTERNATIONAL PRIVAT ÎN DOMENIUL RAPORTURILOR DE FAMILIE

DE

IOAN MACOVEI și ELENA IFTIMIE

I. Desfășurarea vieții internaționale antrenează un flux continuu de valori care determină stabilirea între state sau între persoane din diferite state, a unor raporturi aparținând celor mai variate domenii. Printre acestea, un loc aparte ocupă raporturile de familie în care apar elemente de extraneitate.

Prezența elementului de extraneitate pune raportul de familie în legătură cu două sau mai multe legi aparținând unor țări diferite, ceea ce generează concursul sau conflictul de legi. Se pune, astfel, problema determinării, dintre mai multe reglementări concurente, a aceleia care se va aplica efectiv raportului de familie.

O analiză spațială și istorică a soluționării conflictelor de legi, în acest domeniu, evidențiază două mari etape: cea a soluțiilor tradiționale în care dominant este principiul "lex patriae" (legea națională a părților) și cea a modernizării reglementărilor de drept internațional privat în care principiul tradițional este înlocuit cu un sistem de soluții ce include, alături de legea națională, legea domiciliului, a reședinței, a instanței, a locului cu care familia are cele mai strânse legături, legea mai favorabilă copilului sau legea aleasă de părți.

II. Principiul aplicării legii naționale în soluționarea conflictelor de legi în domeniul familiei s-a conturat și consolidat în cursul secolului al XIX-lea în mai multe state europene, printre care: Franța, Italia, Grecia, Germania, România.

În dreptul francez, de exemplu, art. 3 din Codul civil de la 1804 include printre inovațiile sale și supunerea statutului personal legii naționale. De asemenea, în Italia, regulile de drept internațional privat, cuprinse în Codul civil de la 1865, art. 6-12, au fost inspirate, sub influența teoriilor lui Mancini,

de același principiu care consideră naționalitatea ca deosebit de relevantă pentru legătura dintre individ și mediul său social-economic, deci juridic, și ca răspunzând cel mai bine nevoilor individului ca membru al unei comunități particulare¹.

Tot astfel, Legea civilă de la 1865 din Grecia², purtând amprenta doctrinei lui Savigny și a școlii italiene, așa cum a fost cristalizată în Codul civil italian de la 1865, este străbătută de principiul naționalității. În toate epociile, în Grecia, naționalitatea a fost punctul de legătură predominant³.

Cât privește legislația germană, Legea introductivă la Codul german de la 1896, art. 17-31, era axată în întregime pe principiul legii naționale, astfel încât soluțiile ce priveau raporturile de familie, decurgeau, în mod exclusiv, din acest principiu. Ansamblul soluțiilor izvorau din concepția că numai legea națională poate rezolva conflictele de legi din domeniul familiei și că diferențele dificultăți care se iveau sau nevoie politice, economice, sociale, care trebuiau satisfăcute, puteau fi soluționate numai pe baza legii naționale⁴. Această reglementare extindea aplicarea legii germane luându-se ca punct de plecare cetățenia. Era relevantă, rând pe rând, cetățenia bărbatului, a femeii, a copilului, scopul urmărit fiind acela de a nu lăsa cetățeanul german lipsit de protecția legii naționale.

În România, principiul naționalității a fost reținut prin art. 2, alin. 2 al Codului civil de la 1864, potrivit căruia legile relative la starea și capacitatea persoanelor urmăresc pe români chiar când au reședință în străinătate. Textul citat, referindu-se la starea și capacitatea persoanei, cuprinde sub incidență să și raporturile de familie care fac parte din starea civilă a persoanei.

Naționalității, ca factor de legătură, nu i s-a acordat, însă, aceeași importanță în toate sistemele de drept. State ca Anglia⁵, S.U.A.⁶, Rusia⁷, Chile⁸, au recurs întotdeauna, în această materie, fie la principiul legii domiciliului, fie la cel al legii instanței. Pe de altă parte, chiar sistemele de drept care au consacrat principiul legii naționale, în fața cerințelor practicii, au trebuit să-l înlocuiască, uneori, cu legea instanței, a domiciliului sau a reședinței. Astfel, spre sfârșitul secolului al XIX-lea și începutul secolului al XX-lea, legea națională, deși puternic susținută de literatura de specialitate, a fost din ce în ce mai mult înlocuită în practica instanțelor. De exemplu, practica franceză, la începutul secolului nostru, a înlocuit principiul exclusiv al legii naționale, dând eficacitate și legii domiciliului sau legii instanței. De asemenea, pentru a înlătura legea națională competentă, în virtutea principiului amintit, practica a folosit diferențele mijloace oferite de dreptul internațional privat ca: ordinea publică, retrimiterea, calificarea, teoria interesului național și altele.

În doctrina juridică românească se consideră că niciodată în practica instanțelor legea națională n-a avut locul și rolul pe care dreptul sau literatura

i l-a atribuit⁹. Datorită faptului că legea națională domina cu insistență literatura, acest principiu a pătruns și în legile de drept internațional privat adoptate în prima jumătate a secolului al XX-lea. Teoretic, naționalitatea rămâne unicul factor de legătură, fără a se combina cu alți factori, chiar când este vorba de persoane de naționalități diferite. De exemplu, când soții au cetățenii diferite, relațiile lor personale și divorțul sunt supuse fie legii ultimei lor naționalități comune fie, în lipsa acesteia, legii naționale a soțului. Domiciliul și reședința sunt admise drept factori de legătură numai când naționalitatea este inoperantă¹⁰.

În perioada analizată, apar reglementări de drept internațional privat și în Polonia (1926), Grecia (1940), Italia (1942), care, continuând soluțiile tradiționale, reafirmă principiul legii naționale în sfera relațiilor de familie. În legislațiile de drept internațional ale Greciei și Italiei se observă multe apropieri, iar în unele privințe dispozițiile sunt identice. În ambele coduri se constată o extindere exagerată a câmpului de aplicare a legii naționale în domeniul relațiilor de familie. Cât privește Codul civil grec de la 1940, acesta reține, ca principiu fundamental de reglementare a conflictelor de legi, principiul naționalității inspirat de legislația italiană dar și de regulile stabilite de jurisprudența helenică de orientare franceză¹¹. Dintotdeauna s-a susținut că interesul național impunea, ca urmare a imigrărilor, să se aplice numeroșilor greci aflați în străinătate legile grecesti, ceea ce constituie un mijloc pentru menținerea legăturii cu patria-mamă¹². Criteriul de legătură rămâne numai naționalitatea, fără a fi combinat cu alte criterii, chiar și în cazul diferenței de naționalitate între persoanele care se găsesc în raporturi de familie (art. 14, 16, 18). Legea domiciliului și în lipsă domiciliului, cea a reședinței, nu se aplică decât în caz de apatridie (art. 30). După cum putem constata, naționalitatea rămâne, în viziunea Codului civil grec, punctul de legătură predominant în stabilirea legii aplicabile conflictelor de legi din domeniul familiei, întrucât, în ultimă instanță, se acordă preferință legii soțului. Problema care se pune în prezent este dacă, față de reforma¹³ dreptului de familie grec, ce consacră principiul egalității sexelor, soluția aplicării legii bărbatului mai poate fi acceptată, deoarece contravine unui principiu fundamental al ordinii de drept grecesti¹⁴.

În Italia, Codul civil de la 1942, care a înlocuit Codul civil de la 1865, menține principiul naționalității cu câteva modificări secundare, iar opiniile care susțineau substituirea criteriului domiciliului celui al naționalității au rămas cu totul izolate¹⁵. Din cercetarea reglementării de drept internațional privat italiene (art. 17, 18, 19), se poate observa că aceasta conține sub multe aspecte dispoziții discriminatorii, acordând eficacitate legii soțului în raport cu cea a soției.

III. În a două jumătate a secolului nostru, mai ales în ultimele decenii, efortul general de modernizare a dreptului internațional privat a determinat mutații importante și în sistemul soluționării aplicabile raporturilor de familie. În această perioadă se conturează tot mai vizibil tendința de înlocuire a soluțiilor tradiționale cu soluții mai flexibile, mai ușor adaptabile cerințelor vieții contemporane. Fenomenul este înregistrat de noile reglementări ale conflictelor de legături în domeniul familiei din Cehoslovacia, Polonia, Ungaria, Germania.

Legea cehoslovacă de drept internațional privat și de procedură civilă din 1963, deși a preluat principiul tradițional al naționalității (art. 19), manifestă tendință de a înlocui, în anumite situații, legea națională cu reglementările determinate de alte criterii. Legea înlocuiește adesea legea națională în materie de efecte ale căsătoriei, divorț, filiație, recunoașterea și tagada paternității (art. 21-24).

Legea poloneză de drept internațional privat din 1965 reține, de asemenea, ca principal factor de legătură naționalitatea. Legea națională guvernează capacitatea, condițiile de fond și formă ale căsătoriei, precum și relațiile dintre părinți și copii, succesiunea, tutela. Cu toate că principiul legii naționale pare să fi păstrat încă un loc important, legiuitorul polonez recurge adesea la legea domiciliului, a instanței, a teritoriului. Legea domiciliului se aplică, de exemplu, când persoana nu are cetățenie sau când este imposibil de determinat cetățenia. Aceeași lege se aplică și în lipsa naționalității comune a persoanelor implicate în raporturile de familie. Dacă nici condiția domiciliului comun nu este realizată, se aplică legea poloneză ca lege a instanței sau a teritoriului (art. 17, alin. 3 și art. 18).

În Ungaria, reglementarea de drept internațional privat, adoptată pentru domeniul relațiilor de familie, conține soluții conforme cu nevoile practicii și care se regăsesc în cea mai mare parte în dreptul comparat¹⁶. În principiu, Decretul nr. 13 din 1979 supune starea, capacitatea și relațiile de familie legii naționale (par. 10 și 11). Alte texte ale reglementării însă demonstrează că numai uneori se aplică legea națională în relațiile de familie, în alte cazuri fiind competente: legea domiciliului, a reședinței, a instanței sau a autorității care este sesizată¹⁷. Câmpul de aplicare al legii naționale mai este însă restrâns și prin intervenția ordinii publice, a fraudei la lege sau retrimiterei ca mijloc de îndepărțare a legii naționale normal competente. O regulă originală a acestei reglementări este aceea după care legea națională, dacă este o lege străină, cedează în favoarea legii maghiare dacă părțile, de comun acord, propun instanței sau autorității sesizate aplicarea legii maghiare¹⁸.

Cât privește Germania, după consacrarea principiului egalității sexelor, prin Legea fundamentală de la Bonn (art. 3, alin. 2), regimul discriminatoriu reținut de Legea introductivă la Codul civil german de la 1896 nu a mai putut fi pus în practică. Dispozițiile de drept internațional privat trebuie să fie ele însele-

conforme Constituției și o violare a acesteia din urmă nu ar putea fi justificată prin faptul că aplicarea legii ţării a cărei naționalitate o are soțul în momentul încheierii căsătoriei ar putea fi mai favorabilă femeii și că discriminarea s-ar produce deci în interesul său¹⁹.

Constatând neconstituționalitatea articolelor amintite, Curtea constituțională a intervenit energetic, pronunțând nulitatea lor, ceea ce a condus la câteva goluri legislative. Drept urmare, în anul 1986 a fost adoptată o nouă reglementare de drept internațional²⁰, prin care sunt înlocuite vechile norme conflictuale²¹ așa cum erau consacrate prin Legea introductivă la Codul civil german din 1896²².

Secțiunea a III-a a Legii germane din 1986 este afectată de dreptul familiei, instituindu-se astfel un sistem²³ de soluții ce fundamentează statutul familiei. În concepția legii, noțiunea de statut de familie desemnează, în primul rând, reglementarea care se aplică întregii familii (relațiilor dintre soț, dintre părinți și copii), iar în al doilea rând, condiția juridică a familiei indicată de reglementarea competență.

În spiritul noilor orientări ale dreptului internațional privat de asigurare a unui statut juridic egal soților, legea consacrá alte soluții în domeniul raporturilor patrimoniale și personale dintre aceștia. Principiul tradițional potrivit căruia întreaga viață de familie era supusă legii naționale, a bărbatului ca șef al familiei, este abandonat, efectele personale și patrimoniale ale familiei fiind supuse legii naționale comune a soților sau ultimei legi naționale comune (art. 14 și 15). De asemenea, divorțul este supus legii care determină efectele generale ale căsătoriei. În felul acesta, discriminările din vechea reglementare, care puneau femeia în inferioritate față de bărbat, au dispărut odată cu evoluția contemporană a concepției juridice despre căsătorie.

Schimbări de profunzime realizează noua reglementare și în domeniul relațiilor dintre părinți și copii. Dacă în vechea reglementare predominantă era legea tatălui, în actuala reglementare se are în vedere statutul familiei. Astfel, pentru filiația din căsătorie, art. 19 din noua lege face trimisie la art. 14, alin. 1 care, se referă la efectele căsătoriei și care sunt supuse legii naționale comune a soților. Statutul familiei guvernează, de asemenea, legitimația copilului prin căsătoria subsecventă sau înfierea copilului de către ambii părinți (art. 21 și 22).

Filiației din afara căsătoriei, supusă în vechea reglementare legii naționale a mamei, îi se aduce o importantă inovație. Regimul conflictual al acestei filiații este substanțial modificat, fiind supus statului unde copilul își are reședința²⁴ (cu excepția stabilitării filiației materne, care continuă să fie guvernată de legea națională a mamei din momentul când a avut loc nașterea²⁵). În felul acesta, legea adoptă o concepție care contrastează puternic cu soluția vechiului sistem ce avea ca fundament cetățenia copilului.

Pe lângă soluția de principiu, în reglementarea germană apar, cu titlu de excepție, și alte criterii de determinare a legii aplicabile raporturilor de familie. Astfel, în privința efectelor căsătoriei, în lipsa legii naționale comune a soților se aplică legea domiciliului obișnuit al soților, iar când această condiție nu este îndeplinită, se aplică legea cu care ei au cele mai strânse legături. De asemenea, copilul poate proba filiația din căsătorie și după legea statului în care el are reședința obișnuită (art. 19, alin. 1). Legea reședinței obișnuite se aplică și în situația stabilirii legăturii dintre copil și părinții săi legitimi, în caz de nulitate a căsătoriei (art. 19, alin. 2). După aceeași lege se pot lua, când interesele copilului o cer, o serie de măsuri de protecție (art. 19, alin. 3). Criteriul reședinței obișnuite se aplică, fără nici o alternativă, în materie de relații de întreținere²⁶.

Un criteriu subsecvent, cu totul inedit în această lege, este cel care conferă soților un drept de opțiune între mai multe legi. Astfel, când un soț are mai multe cetățenii, ei pot opta pentru legea statului al cărui cetățean este și celălalt soț (art. 14, alin. 2). Soții pot alege dreptul statului căruia unuia din ei îi aparține, dacă nu există o lege națională comună și nici unul dintre ei nu aparține statului în care amândoi au reședința obișnuită, ori soții nu au reședința obișnuită în același stat. Opțiunea pentru legea familiei se va face în fața notarului, iar în caz de dobândire a unei cetățenii comune, efectele opțiunii încetează.

Aceste exemple fac dovada profunzimii reformei însăptuite prin reglementarea germană de drept internațional privat. Ea își asigură originalitatea prin conturarea conceptului de statut al familiei. Constituind o grupare unitară de relații, familia trebuie să aibă un regim juridic unic.²⁷ Dacă, din diferite motive, condiția unicitatii regimului juridic nu poate fi realizată, legea amintită oferă și alte criterii cum sunt: al domiciliului obișnuit, al reședinței comune, al legii cu care familia are cele mai strânse legături sau al dreptului de opțiune între mai multe reglementări.

IV. Cercetarea reglementărilor de drept internațional privat din unele țări europene ne-a permis să observăm că, teoretic, principiul legii naționale domină încă legislațiile de drept internațional privat în virtutea tradiției și a interesului manifestat de state de a nu-și lăsa naționalii lipsiți de protecția propriilor legi. Dar analiza literaturii de specialitate și a practicii judiciare, în diferitele țări în care e admis acest principiu, evidențiază faptul că în nici un sistem juridic legea națională nu se poate aplica în domeniul familiei ca soluție generală unică, ci numai ca soluție particulară. Ea face parte dintr-un sistem de soluții în care legea instanței, legea domiciliului, legea reședinței sau legea teritorială joacă un rol mai mult sau mai puțin important.

După cum rezultă din majoritatea textelor, legea națională se aplică la încheierea căsătoriei, chiar dacă soții sunt de cetățenii diferite, întrucât nu se ridică probleme deosebite. Organul de stare civilă va verifica dacă viitorii soț

îndeplinește, fiecare în parte, condițiile cerute de legea lor națională. Tot legea națională se aplică și altor instituții ale dreptului familiei, cum ar fi raporturile personale și patrimoniale dintre soți sau raporturile dintre părinți și copii, când persoanele în cauză au aceeași cetățenie, fără a se întâmpina dificultăți prea mari. Cu toate acestea, cîmpul de aplicare al legii naționale poate fi restrîns de faptul că soții având aceeași cetățenie apelează, de regulă, la propriile lor organe în soluționarea problemelor de familie.

Dacă raporturile de familie se stabilesc între persoane de cetățenie diferite, aplicarea legii naționale este mult îngreunată. Raportul de familie fiind „nic trebuie sărmuit de o lege unică. Cum nu există un criteriu care să dea preferință uneia sau alteia dintre legile aflate în concurs, și cum aplicarea cumulativă a acestora este împosibila, principiul legii naționale poate fi înlocuit cu alte criterii cum ar fi: legea domiciliului, a reședinței, a instanței, legea țării cu care familia are cele mai strânse legături, legea mai favorabilă copilului, legea aleasă de părți.

În unele reglementări mai noi, legea națională cedează în favoarea unei alte legi pe care părțile de comun acord au propus-o instanței sau autorității sesizate.

Instanțele vor fi puse rareori în situația să aplice raporturilor de familie ale străinilor, legea lor națională. Noile tendințe ce se manifestă în practica soluționării conflictelor de legi din domeniul raporturilor de familie se înscriu pe coordonatele înlocuirii principiului legii naționale, ca regulă unică, cu un sistem de reguli mai bine adaptat nevoilor concrete născute din intensificarea fluxului de persoane și bunuri ce caracterizează lumea contemporană.

Mai mult, în unele legislații se observă tendința de conturare a unui nou principiu de drept internațional privat și anume aplicarea raporturilor de familie cu element străin a legii statului cu care raportul are cele mai multe legături. Acest principiu răspunde în mai mare măsură cerințelor actuale de flexibilitate ce trebuie să caracterizeze înfăptuirea relațiilor internaționale.

NOTE

¹ Francesco Durants, *Les Législations de Droit International Privé (Conflits de lois et conflits de jurisdictions)*, Oslo, 1971, p. 121.

² A se vedea art. 3-8 din Legea civilă de la 1865 din Grecia.

³ O. Kokkini – Jatridou, *Les Législations de Droit International Privé (Conflits de lois et conflits de jurisdictions)*, Oslo, 1971, p.138.

⁴ Mihai Jacotă, *Noile dispoziții reglementând conflictele de legi în domeniul familiei*, în «Analele Științifice ale Universității „A.I.Cuza” Iași, Științe juridice, Tomul XIII, 1967, p.236.

⁵ G.C. Cheshire, *Private International Law*, Oxford, 1961, p.392-393, R.H. Graveson, *Conflicts of Law*, London, 1960, p.447.

⁶ Restatement on the Law of conflict of Law, Exposé du droit international privé américain, Paris, Sirey, 1937, p.121 și urm.

⁷ L.A. Lunt, Međunarodnoe ceastnoe pravo, Osobennosti ceasti, Moskva, 1963, p.333.

⁸ V. Pescio, Les règles de droit international privé dans le Code chilien, în "Revue de droit international et droit comparé", 1963, nr.3-4, p. 181 și urm.

⁹ Mihai Jacotă, Observații asupra legii care cărmuiește raporturile de familie ale străinilor care se formează în România, în «Analele Științifice ale Universității "Al.I.Cuza"» Iași, Științe juridice, Tomul XII, 1966, p.223.

¹⁰ A se vedea art. 49 din Codul civil italian de la 1942.

¹¹ Streit, Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1927, p.60 și urm.

¹² Vallindas, Revue International de droit comparé, 1949, p.100.

¹³ În legătură cu această reformă, a se vedea Jean Deliyannis, Les grandes lignes de la réforme de droit de la famille Hellénique, în «Revue international de droit comparé», 1986, nr.3, p.811-828. Reforma dreptului de familie grec a fost realizată în mai multe etape: prin Legea nr. 1250 din 1982 care consfințează căsătoria civilă; Decretul nr. 391 din 1982 cuprinzând detaliu cu privire la celebrarea căsătoriilor civile; Legea nr.1329 din 1983 cu privire la aplicarea principiului constituțional al egalității sexelor în Codul civil, Legea introductivă la Codul civil, legislația comercială și Codul de procedură civilă ca și la modernizarea parțială a dispozițiilor Codului civil privind dreptul de familie.

¹⁴ A se vedea art. 4, par. 2 din Constituția greacă din 1975.

¹⁵ Francesco Durante, op.cit., p.121.

¹⁶ A se vedea Decretul nr. 13 din 1979, publicat în Osteuroparecht, 1980, nr.1, p.50 și urm.

¹⁷ De exemplu, art. 11, alin. 3, art. 39, art. 40.

¹⁸ Mihai Jacotă, Reflexii asupra recentei reglementări maghiare de drept internațional privat, în «Analele Științifice ale Universității "Al.I.Cuza"» Iași, Științe juridice, Tomul XXVII, p.80.

¹⁹ Frédérique Ferraud, Le droit civile de la famille et l'égalité des époux en République Fédérale d'Allemagne, în «Revue international de droit comparé», 1986, nr. 3, p.883.

²⁰ Legea germană din 1986 a fost votată la 25 iulie 1986 și a intrat în vigoare la 1 septembrie 1986. Este publicată în "RabelsZeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht", 50 (1986), Heft 3-4, p. 662-698; vezi și prezentarea făcută de Christof Böhmer, Das deutsche Gesetz zur Neuregelung des internationalen Privatrecht von 1986, Struktur, Entstehung und Schwerpunkte, în "RabelsZeitschrift", 1986, p.642.

²¹ Pentru detalii, Mihai Jacotă, Ioan Macovei, O nouă reglementare de drept internațional privat a Germaniei, în «Analele Științifice ale Universității "Al.I.Cuza"» Iași, Științe juridice, Tomul XXXIV, 1988, p.88; Octavian Căpățâna, Caracteristici ale noului sistem de drept internațional privat al Germaniei, în "Revista română de drept", 1989, nr. 1, p. 75.

²² Au fost modificate și unele articole din Codul civil german, Legea familiei, Legea cetățeniei, Legea asigurărilor sociale, Legea privind procedura civilă internațională.

²³ Prin secțiunea amintită, legea reține trei categorii de norme conflictuale: a) cele consacrate de art. 13-18 care au ca obiect căsătoria, relațiile personale și patrimoniale dintre soți, cât și desfacerea legăturii conjugale; b) cele care se referă la filiația din căsătorie (art. 19), din afara căsătoriei (art. 20-21) sau adoptivă (art. 22); c) cele care vizează tutela și curatela).

²⁴ A se vedea art. 20, pct. 2 din Legea germană din 1986.

²⁵ A se vedea art. 20, pct. 1 din Legea germană din 1986.

²⁶ Grice pretentie de acest gen va fi supusă legii de la reședință obliguită a reclamantului. Soluționarea cauzei se va face după dreptul material al acestei țări.

²⁷ Mihai Jacotă, Ioan Macovei, op.cit., p. 88.

CASAREA HOTĂRÂRII PENALE ATACATE CU RECURS
PE TEMEIUL LIPSEI DE CONFORMITATE DINTRE SOLUȚIA DATĂ
ȘI PREVEDERILE LEGII

DE

GRIGORE GR. THEODORU

1. Controlul efectuat de instanța de recurs cu privire la respectarea prevederilor legii în soluționarea cauzei penale

Verificarea pe care o efectuează instanța de recurs, în temeiul art. 378 Cod proc.pen., urmărește patru obiective importante, aflate într-o ordine dinainte stabilită și bine justificată. În primul rând se verifică dacă au fost respectate dispozițiile legale care garantează aflarea adevărului sau care asigură drepturile părților, deoarece, dacă s-a încălcat legea de procedură trebuie să fie rejudicată cauza potrivit procedurii legale, fie de instanța de fond fie de instanța de recurs, pronunțându-se o nouă hotărâre cu privire la soluționarea cauzei. Dacă s-a respectat întocmai legea de procedură, se verifică dacă în cauză s-a aflat adevărul, prin administrarea tuturor probelor necesare, prin aprecierea completă și justă a probelor administrate, prin reținerea faptelor și imprejurărilor de fapt în concordanță cu adevărul; dacă acest obiectiv nu a fost îndeplinit, trebuie să se reia administrarea probelor, să se reaprecieze probele și să se ajungă la situația de fapt reală, în legătură cu care se vor aplica prevederile legii. În cazul în care faptele au fost pe deplin și complet stabilite, se abordează al treilea control, constând în examinarea dacă soluția dată cauzei este conformă cu prevederile legii; gresita aplicare a prevederilor legii impune adoptarea unei noi soluții, conforme cu acestea. În fine, dacă nu s-a descoperit nici o carență în ce privește respectarea legii penale și a celei civile, verificarea urmărește dacă soluția dată cauzei este justă, în sensul individualizării

sancțiunii și a reparațiilor civile după criteriile prevăzute de lege, dar în raport de împrejurările concrete referitoare la fapte și la persoana inculpatului.

Așadar, verificarea respectării prevederilor legii în soluționarea cauzei constituie o operație efectuată de instanța de recurs numai după ce a ajuns la concluzia că s-a aflat adevărul cu privire la faptele cauzei și la vinovăția inculpatului, în urma unei proceduri legal îndeplinite. În raport de această situație de fapt, reținută de instanța de fond, și acceptată de instanța de recurs, se face examinarea dacă soluția dată este conformă cu prevederile legii. Când în art. 378 alin. 2 Cod.proc.pen. se face referire la "prevederile legii", trebuie să se înțeleagă legea *substanțială* care trebuie aplicată la situația de fapt reținută de instanța de fond. Într-adevăr, la legea de procedură nu se poate face referire, întrucât verificarea respectării acesteia se încadrează în primul obiectiv de control; prin "soluția dată cauzei", atât în privința acțiunii penale cât și în privința acțiunii civile alăturate ei, se înțelege tragerea la răspundere penală numai a inculpațiilor dovediți vinovați de săvârșirea unei infracțiuni și numai în limitele prevăzute de legea penală, precum și tragerea la răspundere civilă numai a inculpațiilor și a părților responsabile civilmente care îndeplinesc condițiile răspunderii civile și numai în limitele prevăzute de legea civilă. Așadar, instanța de recurs examinează dacă soluția dată acțiunii penale este conformă cu prevederile legii penale și dacă soluția dată acțiunii civile este conformă cu prevederile legii civile.

În latura *penală*, soluția de *condamnare* a inculpatului trebuie să se intemeieze pe prevederile legii penale cu privire la existența infracțiunii, la încadrarea faptei în textul de lege corespunzător, la existența răspunderii penale a inculpatului, la aplicarea pedepsei sau a măsurii educative prevăzute de lege și în limitele acolo stabilite, la aplicarea prevederilor privind măsurile de siguranță, computarea reținerii și arestării preventive etc. În caz de *achitare* a inculpatului, soluția trebuie să se intemeieze pe existența vreunui din cazurile prevăzute în art. 10 lit. a-e Cod proc.pen., care înălță caracterul penal al faptei (exclud răspunderea penală). Soluția de *încetare a procesului penal* trebuie să aibă la bază constatarea existenței unei cauze de înălțare a răspunderii penale, prevăzute în art. 10 lit. f-j Cod. proc.pen., ori a unei cauze de nepedepsire. O soluție în care nu se face o corectă aplicare a prevederilor legii penale, în sensul indicat mai sus, atrage nelegalitatea hotărârii atacate prin încălcarea legii penale substanțiale, fie a unei prevederi din Codul penal fie a unei prevederi dintr-o altă lege cu dispoziții penale.

În latura *civilă* a cauzei, *admiterea acțiunii civile contra inculpatului* trebuie să se intemeieze pe condițiile răspunderii civile și limitele ei în ce privește întinderea prejudiciului și modalitățile de reparare a acestuia; obligarea părții responsabile civilmente la repararea prejudiciului trebuie să se bazeze, pe

lângă condițiile de mai sus, și pe îndeplinirea condițiilor răspunderii civile pentru paguba cauzată prin fapta inculpatului. *Respingerea acțiunii civile nu se poate intemeia decât pe lipsa vreunei din condițiile răspunderii civile pentru pagube cauzate printr-o faptă ilicită – inexistența faptei sau lipsa de vinovăție a inculpatului, lipsa prejudicului sau producerea lui ca urmare a altei fapte, nesupuse judecății.* În fine, *lăsarea nesoluționată a acțiunii civile, odată exercitată în fața instanței de judecată, trebuie să se incadreze în cazurile limitativ prevăzute în art.346 alin. 4 Cod proc.pen., care face trimitere la art. 10 lit.b, f, j Cod proc.pen.* Prin "lege civilă" se înțelege orice prevedere a Codului civil sau a unui act normativ cu putere de lege care reglementează răspunderea civilă¹.

Hotărârea atacată cu recurs poate fi *temeinică* sub aspectul aflii adevărului cu privire la faptele și imprejurările cauzei, dar *nelegală* sub aspectul aplicării prevederilor legii penale și a celei civile în soluționarea cauzei. Spre deosebire de nelegalitatea decurgând din încălcarea normelor legale de procedură, care atrage casarea numai în cazul în care vătămarea produsă nu poate fi înălțaturată altfel, în cazul nelegalității decurgând din încălcarea prevederilor legii penale și a celei civile devine necesară întotdeauna restabilirea legalității și pronunțarea unei hotărâri conforme cu legea substanțială. În consecință, controlul instanței de recurs asupra respectării prevederilor legii în soluționarea cauzei trebuie să fie complet și de un înalt profesionalism.

2. Cazurile în care soluția dată prin hotărârea atacată cu recurs nu este conformă cu prevederile legii penale

În verificarea pe care o face, instanța de recurs examinează trei modalități de aplicare greșită a legii penale²: neaplicarea de către instanța de fond a unei prevederi legale care trebuia aplicată; aplicarea unei prevederi legale care nu trebuia aplicată; interpretarea greșită a legii, în contradicție cu sensul ei exact. Aceste modalități prin care se soluționează latura penală contrar prevederilor legii penale se observă, în primul rând, atunci când soluția este *inversă*³, în sensul că s-a dat o altă soluție decât cea legală; ele pot fi constataate însă și atunci când soluția de condamnare este corectă, dar dispozițiile privind încadrarea juridică, aplicarea circumstanțelor legale și judiciare, precum și pedeapsa nu corespund prevederilor legii penale. Soluția este inversă atunci când, în loc de condamnarea inculpatului s-a pronunțat achitarea sau încetarea procesului penal, ori, în loc de achitare sau încetare a procesului penal s-a pronunțat condamnarea inculpatului; fără a fi inversă, soluția poate fi greșită în cazul când în loc de achitare s-a pronunțat încetarea procesului penal sau în loc de încetarea procesului penal s-a pronunțat achitarea inculpatului.

În recursul inculpatului sau al procurorului, instanța poate constata că prin hotărârea atacată trebuie să se pronunțe achitarea inculpatului sau încetarea procesului penal, fiind greșită soluția de condamnare. La o astfel de concluzie se ajunge atunci când instanța de recurs constată că instanța de fond nu a dat eficiență vreunui din cazurile prevăzute în art.10 lit. a-e și lit. f-j Cod proc.pen⁴, deși ele operaseră în cauză în conformitate cu prevederile Codului penal. Întrucât prin ipoteză situația de fapt a fost corect reținută prin hotărârea atacată, înseamnă că soluția inversă, de condamnare în loc de achitare, s-a pronunțat prin neobservarea sau interpretarea greșită de către instanța de fond a prevederilor art.10 lit.b – fapta nu este prevăzută de legea penală⁵ –, lit.b¹ – fapta nu prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni⁶ –, lit.d – faptei fi lipsește unul din elementele constitutive ale infracțiunii⁷, lit.e – există una din cauzele care înlătură caracterul penal al faptei.⁸ Soluția inversă de condamnare în loc de încetare a procesului penal s-a adoptat prin neobservarea sau interpretarea greșită a prevederilor art. 10 Cod proc.pen., deși condițiile cerute erau îndeplinite, pentru lit.f – lipsa plângerii prealabile⁹, a autorizației prealabile sau a sesizării organului competent¹⁰, lit.g – a intervenit amnistia¹¹ sau prescripția ori decesul făptuitorului –, lit.h – a fost retrasă plângerea prealabilă¹² ori părțile s-au împăcat, în cazul infracțiunilor pentru care acestea înlătură răspunderea penală –, lit.i – s-a dispus înlocuirea răspunderii penale –, lit.j – există autoritate de lucru judecat. Aceeași situație când există o cauză de nepedepsire prevăzută de Codul penal¹³ sau de legi cu dispoziții penale.

În recursul procurorului sau al părții vătămate, în cazurile când acesta este admisibil, instanța de recurs poate constata o soluție inversă când în loc să se pronunțe condamnarea inculpatului s-a pronunțat în mod greșit achitarea lui sau încetarea procesului penal¹⁴. Constituie o soluție greșită de achitare aplicarea unei prevederi legale care exclude răspunderea penală, ce nu opera față de situația de fapt reținută, considerându-se în mod eronat că fapta nu este prevăzută de legea penală¹⁵, că nu prezintă gradul de pericol social al unei infracțiuni¹⁶, că fi lipsește un element constitutiv al infracțiunii sau că există o cauză care înlătură caracterul penal al faptei. De asemenea, constituie o soluție greșită de încetare a procesului penal reținerea unei cauze de înlăturare a răspunderii penale¹⁷ sau de nepedepsire¹⁸, care nu intrunează condițiile prevăzute de lege pentru a opera.

Soluția poate fi corectă dar temeiul reținut prin hotărârea atacată să nu fie cel prevăzut de lege; când greșeala comisă în determinarea temeiului de achitare sau de încetare a procesului penal poate produce consecințe juridice, instanța de recurs trebuie să aplice temeiul corespunzător situației din dosar. Astfel, în caz de achitare, în loc să se rețină temeiul prevăzut în art.10 lit.b Cod proc.pen. – fapta nu este prevăzută de legea penală –, ceea ce ar fi impiedicat

soluționarea acțiunii civile, s-a reținut temeiul de achitare prevăzut în art.10 lit.d – faptei îi lipsește un element constitutiv al infracțiunii, temei care permite obligarea la reparării civile¹⁹; în loc ca incetarea procesului penal să fie dispusă în temeiul lipsei plângerii prealabile, care, de asemenea, împiedica soluționarea acțiunii civile, s-a reținut intervenția în cursul judecației a unei amnistii, care permite acordarea de despăgubiri. În amândouă cazurile nu se incalcă o dispoziție de procedură – art.10 lit.b și f Cod proc.pen. – , ci prevederile legii penale, care au prioritate: în primul caz lipsa unei trăsături esențiale a infracțiunii – faptă prevăzută de legea penală – în loc de lipsa unui element constitutiv al infracțiunii; în al doilea caz, lipsa plângerii prealabile a înălțat răspunderea penală înainte de a interveni amnistia.

Soluția de condamnare poate fi corectă în ce privește existența răspunderii penale a inculpatului, dar neconformă prevederilor legii penale în privința încadrării juridice a faptei, precum și a aplicării sanctiunilor și măsurilor prevăzute de legea penală.

Condamnarea inculpatului nu este legală atunci când încadrarea juridică este greșită, aplicându-se altă prevedere a legii penale decât cea corespunzătoare faptei, așa cum a fost reținută de instanța de fond. În Codul de procedură penală din 1936 își avea aplicabilitatea teoria “pedepsei justificate”, potrivit căreia schimbarea încadrării juridice nu atrage casarea când pedeapsa aplicată prin hotărâre este în limitele celei prevăzute de lege pentru infracțiune în nouă încadrare juridică, afară de cazul când, chestiunea încadrării juridice fiind ridicată în fața instanței de fond, aceasta s-a pronunțat fără a da cuvântul părților (art.474 pt.II-a, pct.3). Rezervele făcute de textul citat sunt utile în cazul când o nouă apărare intervine în cursul judecației în recurs, dar încadrarea greșită a faptei poate avea consecințe ce apar după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, când, de exemplu, intervine o amnistie care exclude de la aplicarea ei infracțiunea greșit reținută, dar nu exclude infracțiunea în care se încadra corect fapta comisă de inculpat. Temeiul juridic al teoriei “pedepsei justificate” – lipsa de vătămare a inculpatului, care urmează să execute o pedeapsă în limitele prevăzute de infracțiunea real săvârșită – este, astfel, discutabil, deoarece vătămarea poate apărea după ce hotărârea a rămas definitivă și când, existând autoritate de lucru judecat, nu se mai poate schimba încadrarea juridică. Teoria “pedepsei justificate” a fost aplicată mult timp în jurisprudența franceză și beliană care, însă, în ultimul timp și limitează sfera de aplicare ca urmare a criticilor ce i s-au adus²⁰. Un principiu de bază al dreptului penal exprimă cerința ca legea penală să fie aplicată numai în cazurile și condițiile pe care aceasta le prevede, iar un drept al inculpatului constă în condamnarea sa numai pentru infracțiunea pe care a săvârșit-o; la stabilirea pedepsei poate avea influență și încadrarea juridică a faptei, fiind

posibilă o apreciere mai severă pentru o anumită infracțiune decât pentru altă infracțiune, în raport de frecvența ei într-o anumită perioadă, deși pedepsele prevăzute de lege sunt în limite similare. Teoria "pedepsei justificate" a fost înălțatată încă din 1955 din procedura noastră penală, prevăzându-se că instanța de recurs dispune casarea hotărârii atacate nu numai când este greșită încadrarea juridică, schimbând-o cu încadrarea juridică corectă (art.379 pt.II-a lit.b)²¹, ci și atunci când trebuie rectificate textele din legea penală dacă ele au fost, dintr-o eroare materială, greșit indicate în hotărâre (art.379 pt.II-a lit.a Cod proc.pen.). Hotărârea atacată este nelegală în ceea ce privește încadrarea juridică și atunci când instanța de recurs constată că infracțiunea a fost comisă în formă de tentativă în loc de infracțiune consumată sau invers²², când a fost reținută forma simplă în loc de cea calificată sau agravată ori invers²³, când nu s-a reținut forma complexă sau continuată a infracțiunii în loc de concurs de infracțiuni sau invers²⁴.

Soluția de condamnare nu este conformă cu prevederile legii penale și în cazul în care sancțiunea și măsurile aplicate se află sub sau peste limitele speciale prevăzute de lege ori nu s-au respectat dispozițiile legale privitoare la limitele în care se aplică în caz de recunoaștere a circumstanțelor agravante și atenuante. Astfel, aplicarea amenzii în cazul când aceasta nu poate fi aplicată, chiar în condițiile reținerii circumstanțelor atenuante²⁵ sau aplicarea unei pedepse minorului infractor în loc de o măsură educativă²⁶, face ca sancțiunea aplicată să nu corespundă prevederilor legii; de asemenea, nu corespunde legii aplicarea pedepsei peste sau sub limitele legale speciale, atunci când nu s-au acordat circumstanțe atenuante²⁷ sau agravante, ori aplicarea unei pedepse peste sau sub limitele generale ale pedepselor prevăzute de Codul penal²⁸. Este nelegală și aplicarea circumstanțelor agravante sau atenuante printr-o interpretare greșită a dispozițiilor legale care le reglementează²⁹, ori aplicarea greșită a pedepselor și a sporului în cazul infracțiunii continue sau a consursului de infracțiuni³⁰. Subliniem că acest temei de casare se referă la neconformitatea sancțiunii aplicate cu prevederile legii penale, nu și la modul greșit în care instanța de fond a individualizat-o înăuntrul limitelor legale, deoarece greșita individualizare formează un temei de casare pentru netemeinicie, când soluția nu este justă. Nelegalitatea soluției de condamnare este determinată și de neaplicarea sau greșita aplicare a unei pedepse complimentare³¹, a unei măsuri de siguranță³², de omisiunea de a se computa durata reținerii și arestării preventive³³.

Soluția de condamnare poate fi legală în momentul pronunțării hotărârii instanței de fond, dar să nu fie conformă cu prevederile unei legi sau ale unui act de clemență, intervenite ulterior, până la judecarea recursului³⁴. Astfel, după Revoluția din decembrie 1989, au fost abrogate unele dispoziții încrimi-

natorii ale Codului penal, cum au fost cele privitoare la avort, faptele la care se refereau fiind dezincriminate; în astfel de cazuri, instanța de recurs constată dezincriminarea faptei și pronunța achitarea pe temeiul că fapta nu mai este prevăzută de legea penală nouă care, fiind mai favorabilă, se aplică și faptelor săvârșite sub legea veche. În cazul unui act de amnistie sau de grătiere, aplicabil în cursul judecății, instanța de recurs dispune încetarea procesului penal pentru intervenirea amnistiei după pronunțarea hotărârii de condamnare sau va constata grătiată pedeapsa aplicată de instanța de fond, după caz, în întregime sau parțial. Recursul poate fi exercitat și împotriva hotărârilor prin care s-au rezolvat unele incidente în executarea unei hotărâri definitive de condamnare; prin aceste hotărâri nu se rezolvă întregul fond al cauzei, ci numai unele chestiuni referitoare la executarea pedepsei aplicate, în raport de evenimente apărute ulterior pronunțării lor, cum ar fi revocarea sau anularea suspendării condiționate a pedepsei închisorii ori a obligării la muncă corecțională, modificarea pedepsei în caz de contopire de pedepse, de descoperire a recidivei, de acte care intră în conținutul aceleiași infracțiuni, înlocuirea pedepsei amenzi, liberarea condiționată, încetarea obligării la muncă corecțională etc. (art.447-452 Cod proc.pen.); condițiile de fond privind luarea acestor schimbări sau modificări de pedepse își au baza în prevederile Codului penal (art.36, 39, 59-60, 86⁶ – 86⁷), astfel încât, dacă prin hotărârea atacată cu recurs s-au încălcat prevederile legii penale în rezolvarea acestor incidente la executarea condamnării, instanța de recurs trebuie să caseze hotărârea atacată și să le rezolve conform legii³⁵.

Verificând legalitatea hotărârii atacate în ce privește respectarea legii penale substantive, instanța de recurs trebuie să examineze soluția pronunțată sub toate aspectele arătate mai sus și va putea trage concluzia că este legală numai atunci când au fost respectate și aplicate corect toate prevederile legii penale; constatănd că legea penală a fost încălcată prin soluția pronunțată de instanța de fond, instanța de recurs este obligată să rețină ca incident temeiul de casare potrivit căruia soluția nu este conformă cu prevederile legii penale și, dacă sunt îndeplinite condițiile legale, să caseze hotărârea pentru a se pronunța o soluție legală.

3. Cazurile în care soluția dată prin hotărârea atacată cu recurs nu este conformă cu prevederile legii civile

Acțiunea civilă se soluționează potrivit poziției accesoriului față de principal, în sensul că soluționarea acțiunii civile trebuie să fie în concordanță cu soluționarea acțiunii penale; totodată, în soluționarea acțiunii civile trebuie să se aplique complet și corect prevederile legii civile cu privire la răspunderea civilă

a inculpatului și a părții responsabile civilmente pentru pagubele produse prin infracțiunea supusă judecății.

În cazul când acțiunea civilă a fost soluționată cu încălcarea dispozițiilor prevăzute în art. 346 Cod proc.pen., prin admiterea sau respingerea ei, deși trebuia lăsată nesoluționată (în situațiile prevăzute în art. 10 lit.b,f și j Cod proc.pen.) ori prin lăsarea ei nesoluționată, deși trebuia admisă sau respinsă (în celelalte situații prevăzute în art. 10 Cod proc.pen.), se produce o nulitate absolută ce se încadrează în temeiul de casare determinat de nerespectarea dispozițiilor legale de procedură. Dacă acțiunea civilă se soluționează contrar situației de fapt reținute în soluția dată acțiunii penale, există o lipsă de temeinicie a hotărârii prin contrarietatea faptelor reținute, dar și o nulitate provocată de nerespectarea prevederilor procedurale. În cele ce urmează, ne referim numai la nelegalitatea decurgând din lipsa de conformitate a soluției date acțiunii civile cu prevederile legii civile substantive, în condițiile în care faptele și imprejurările de fapt au fost corect și complet reținute de instanța de fond.

În legătură cu soluția dată în latura civilă a cauzei, nerespectarea legii civile se poate produce prin aceleași modalități arătate anterior, anume neaplicarea prevederilor legii civile care trebuiau aplicate, prin aplicarea unor prevederi ale legii civile ce nu trebuiau aplicate și prin interpretarea greșită a prevederilor legii civile. Procedându-se în una din modalitățile arătate, soluția dată cu privire la acțiunea civilă devine inversă sau, în cazul când soluția este corectă, reparațiile civile acordate nu sunt conforme cu prevederile legii civile.

Soluția dată în acțiunea civilă este inversă atunci când inculpatul a fost obligat la reparații civile deși lipsește vreuna din condițiile răspunderii civile – existența faptei, săvârsirea ei de către inculpat, vinovăția acestuia și legătura cauzală dintre faptă și prejudiciu³⁶ –, sau răspunderea civilă nu este prevăzută de lege³⁷. În cazul respingerii acțiunii civile soluția este inversă atunci când, deși erau întrunite condițiile răspunderii civile, s-a considerat că lipsește una dintre ele³⁸.

În cazul în care se reține corect răspunderea civilă, soluția este nelegală atunci când calcularea prejudiciului s-a făcut cu nesocotirea normelor legale în vigoare, atât pentru *damnum emergens*³⁹, cât și pentru *lucrum cessans*⁴⁰, la neluarea în considerare a culpei comune⁴¹, a obligației solidare⁴² etc.

Atunci când este introdusă în cauză și partea responsabilă civilmente, soluția dată cu privire la răspunderea sa civilă poate fi inversă dacă a fost obligată la despăgubiri deși nu erau întrunite condițiile răspunderii pentru prejudiciul cauzat prin fapta inculpatului⁴³ sau neobligarea ei deși legea prevede răspunderea sa civilă⁴⁴; nelegală este însă și soluția corectă cu privire la răspunderea sa civilă, dacă a fost obligată la reparații civile mai mari sau mai mici decât cele legale⁴⁵.

Încălcarea legii civile cu privire la existența și întinderea răspunderii civile atrage în totdeauna nelegalitatea hotărârii atacate cu recurs, devenind astfel incident temeiul de casare decurgând din neconformitatea soluției date în latura civilă cu prevederile legii.

4. Casarea hotărârii penale recurate în cazul când soluția dată cauzei nu este conformă cu prevederile legii

Pentru a pronunța casarea hotărârii recurate pe temeiul lipsei de conformitate dintre soluția dată cauzei și prevederile legii, instanța de recurs, pe lângă constatarea că s-a produs o încălcare a legii penale sau a legii civile, trebuie să constate că această încălcare a legii se află în limitele pe care le devoluează recursul declarat, că nu se produce o agravare a situației recurrentului sau a persoanei față de care recursul declarat a fost extins (art.371-373 Cod proc.pen.).

Astfel, în recursul părții civile sau al părții responsabile civilmente nu se poate casa hotărârea recurată în latura penală a cauzei, chiar dacă soluția dată nu corespunde prevederilor legii penale, cum ar fi condamnarea în loc de achitare sau de incetarea procesului penal, ori achitarea sau incetarea procesului penal în loc de condamnare; de asemenea, nu poate fi modificată soluția de condamnare chiar dacă sunt greșite încadrarea juridică⁴⁶, aplicarea unei cauze de agravare sau atenuare a răspunderii penale, stabilirea pedepsei peste sau sub limitele legale, aplicarea pe nedrept a pedepsei complimentare⁴⁷ sau a unei măsuri de siguranță⁴⁸. Unele limite se aplică și recursului părții vătămate⁴⁹.

În recursul inculpatului, în condițiile în care nu mai există un alt recurs, nelegalitatea sentinței recurate nu devine și temei de casare a acesteia dacă legea penală a fost încălcată în sensul ușurării situației inculpatului și ar trebui să fie schimbată sau modificată soluția în defavoarea acestuia⁵⁰. Pe aceeași linie, nu poate atrage casarea hotărârii, în cazul în care a fost recurată numai de către partea civilă sau de partea responsabilă civilmente, dacă în latura civilă a cauzei s-a încălcat legea civilă în favoarea acestora, căci ar trebui, prin aplicarea corectă a legii, să li se agraveze situația în propriul recurs.⁵¹ De asemenea, în recursul procurorului declarat în favoarea unei părți, deși hotărârea este nelegală, aceasta nu poate constitui temei de casare dacă ar urma, prin aplicarea corectă a legii, să se ajungă la agravarea situației acestei părți.

Într-o cauză cu mai mulți inculpați, părți civile și părți responsabile civilmente, în recursul uneia din părți nu se poate extinde recursul declarat, după caz, în latura penală sau în latura civilă, și asupra altor inculpați, părți civile sau părți responsabile civilmente, chiar și atunci când și față de aceștia soluția

dată prin hotărârea recurată nu corespunde legii penale sau legii civile, dacă prin schimbarea sau modificarea soluției s-ar agrava situația celui care a declarat recurs și situația celui față de care s-a extins recursul declarat.

Așadar, încălcarea legii penale și a celei civile deși, de principiu, conduce întotdeauna la nelegalitatea hotărârii atacate, nu devine totuși temei de casare decât în cazul în care, prin limitele impuse de efectul devolutiv, al neagravării situației în propriul recurs și de efectul extensiv, este admisibil recursul și casabilă hotărârea recurată. Încălcarea legii penale și a celei civile va fi înălțată ulterior printr-o cale extraordinară de atac. Cind recursul a fost declarat de Ministerul Public, fără nici o rezervă în privința laturii, faptelor și persoanelor la care se referă, devoluția fiind integrală și în favoare și în defavoare, atunci orice încălcare a legii penale și a celei civile devine temei de casare, în sensul că hotărârea care cuprinde o soluție ce nu corespunde legii trebuie desființată, urmând ca soluția să fie schimbată sau modificată potrivit prevederilor legale aplicabile.

Temeiul de casare poate privi amândouă laturile cauzei, dacă au fost încălcate atât legea penală cât și legea civilă, sau numai una din laturi, dacă a fost încălcată numai latura penală sau numai latura civilă. Pentru casarea în amândouă laturile și poate produce efectul recursul procurorului și al inculpatului, pentru casarea numai în latura penală recursul părții vătămate, în cauzele în care acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a acesteia, iar numai pentru latura civilă recursul părții civile și al părții responsabile civilmente.

În privința modalității de casare, încălcarea prevederilor legii penale și a celei civile poate atrage, după caz, soluțiile prevăzute în art.379 pct.2 lit.a,b și c Cod proc.pen. De principiu, pentru schimbarea soluției în favoarea inculpatului se procedează la casarea hotărârii cu soluționarea concomitantă a fondului; când schimbarea soluției este în defavoarea inculpatului sau urmează să se modifice soluția de condamnare, atunci se procedează la casarea cu reținere spre rejudecare a cauzei; aceste modalități corespund soluției de casare cu evocarea fondului, existentă în trecut pentru recursurile de competență tribunalelor și a curților de apel. Casarea cu trimitere spre rejudecare la instanța de fond constituie o excepție și intervine numai în cazurile când aplicarea corectă a prevederilor legii penale sau civile ar atrage și o nulitate absolută, ce implică trimiterea spre rejudecarea cauzei de către instanța de fond. În cazul în care instanța de recurs a constatat că prin hotărârea atacată nu s-a reținut o cauză care înălță caracterul penal al faptei sau o cauză care înălță răspunderea penală, considerându-se în mod greșit că nu sunt îndeplinite condițiile legii, în recursul inculpatului condamnat sau al procurorului, va înălțura această eroare de drept și, casând hotărârea recurată, după caz, va

pronunță achitarea inculpatului sau înacetarea procesului penal (Art.379 pct.2 lit.a Cod proc.pen.); aceeași soluție va fi dată și atunci când instanța de recurs respinge acțiunea civilă, constatănd că inculpatul și partea responsabilă civilmente au fost obligați la reparații civile contrai prevederilor legii civile. Când au fost greșit indicate textele de lege aplicabile în cauză, după casare, se indică textele ce trebuiau aplicate, fără rejudicare.

Dacă instanța de recurs constată că inculpatul a fost achitat, prin interpretarea greșită a prevederilor legii penale care reglementează o cauză ce înlătură caracterul penal al faptei, în recursul procurorului în defavoare sau al părții vătămate, casează hotărârea recurată cu reținere spre rejudicare și, transformându-se în instanță de fond, va pronunța, în aceeași ședință sau într-o ședință ulterioară, condamnarea inculpatului (art.379 pct.2 lit.b Cod proc.pen.). În mod similar se va proceda atunci când se constată că instanța de fond a început procesul penal prin reținerea în mod greșit a unei cauze de înlăturare a răspunderii penale sau a unei cauze de nepedepsire. Soluția de casare cu rejudicare cauzei în fond de către instanța de recurs se pronunță și atunci când urmează să se modifice soluția de condamnare prin schimbarea încadrării juridice ori prin modificarea pedepsei în limitele legale. În latura civilă, casarea cu reținerea spre rejudicare se dispune atunci când urmează să fie obligat inculpatul și partea responsabilă la reparații civile, pe care instanța de fond le respinsese, sau când trebuie modificat quantumul acestora, prin aplicarea dispozițiilor legale corespunzătoare.

Există cazuri când, prin derogare, casarea se poate dispune și cu trimitere spre rejudicare la instanța a cărei hotărâre a fost casată; astfel, dacă prin noua încadrare juridică dată faptei, al cărui maxim de pedeapsă cere o altă compunere la instanței, ori participarea procurorului sau a apărătorului la judecarea cauzei în fond, atunci, după schimbarea încadrării juridice, se dispune trimiterea spre rejudicare a cauzei la instanța de fond, deoarece s-a produs o nulitate absolută (art.379 pct.2 lit.c Cod proc.pen.). Dacă se constată că noua încadrare juridică a faptei atrage competența în fond a instanței de recurs, după casarea hotărârii tribunalul de recurs se transformă în instanță de fond și va proceda la judecarea cauzei în această etapă a judecății, cu drept de recurs. În latura civilă, în cazul când prima instanță a respins introducerea în proces a părții responsabile civilmente pe motiv că persoana indicată nu răspunde potrivit prevederilor legii civile pentru paguba cauzată prin fapta altuia, cauza judecându-se fără participarea părții responsabile civilmente, dacă soluția corectă este angajarea acelei persoane ca parte responsabilă civilmente, casarea se va dispune cu rejudicare cauzei la prima instanță, pentru ca partea responsabilă civilmente să nu fie privată de un grad de jurisdicție.

Așadar, în raport de prevederea legală care a fost încălcată, de persoana care a declarat recurs și de caracterul favorabil sau nefavorabil al schimbării sau modificării soluției date cauzei, în latura penală sau cea civilă, după ce hotărârea atacată este casată, se procedează diferit în ce privește modalitatea de casare, folosindu-se soluția care corespunde prevederilor art.379 pct.2, lit.a, b ori c Cod proc.pen.

NOTE

¹ De exemplu, Legea nr.22 din 18 noiembrie 1969 privind răspunderea în legătură cu gestionarea bunurilor publice, art.32 lit.d Codul Familiei, art.15 din Decretul nr.221/1960.

² În art.62 pct.9 din Legea Curții de Casație din 1939, precum și în modificarea din 1943 a art.474 pt.II-a pct.9 al Codului de procedură penală din 1936, motivul de recurs era formulat astfel: "când prin hotărârea dată s-a violat sau s-a aplicat greșit legea". Această denumire a motivului de recușă întâlnim și în legislația franceză (vezi R. Merle, A.Vitu, *Traité de droit criminel*, tome II, Procédure pénale, Ed.Cujas, 1979, p.846).

³ O soluție inversă poate fi pronunțată și printre hotărâre netemeinică, atunci când probele administrative au fost necomplet sau greșit administrative, stabiliindu-se o situație de fapt contrară adevărului.

⁴ În Codul de procedură penală din 1936, temeiul de casare pentru pronunțarea unei soluții inverse de condamnare era prevăzut în art.474 pct.1,2,4 sub aspecte diferite: când hotărârea nu constată elementele constitutive ale unei infracțiuni, când prin hotărâre s-au pronunțat pedepse pentru fapte neprevăzute de legea penală, când prin hotărâre s-a pronunțat o pedeapsă contra unei persoane care a fost înainte judecată în mod definitiv pentru același fapt sau acesta nu mai poate fi condamnată din cauza prescripției sau a unei cauze de stingere a acțiunii penale.

⁵ Când fapta are caracter de abatere disciplinara (T.S., s.p., dec.580/1986, în C.D., 1986, p.290), de faptă civilă (T.S., s.p., dec.1685/1976, C.D., 1976, p.356) sau contraventională (T.S., s.p., dec.nr.791/1974, C.D., 1974, p.432).

⁶ S-a considerat lipsită de gradul de pericol social al unei infracțiuni, fapta inculpatei, mama a patru copii minori, cu o bună comportare la locul de muncă, de a fi sustras 30 kg gogonele lăsate pe o tarla, după recoltare, pentru păscutul vitelor (T.S., s.p., dec.nr.428/1982, C.D., 1982, p.214).

⁷ S-a statuat că nu intrunește elementele constitutive ale infracțiunii de furt fapta inculpatului care, surprinzându-și soția cu un bărbat imbrăcat sumar, a luat mai multe obiecte aparținând acestuia ca probă în procesul de divorț (T.S., s.p., dec.nr.2704/1984, C.D., 1984, p.276); constatăndu-se că persoana căreia i s-a dat ajutor pentru a-și asigura produsul însigurii nu a săvârșit o infracțiune, lipsește un element constitutiv al infracțiunii de favorizare (T.S., s.p., dec.nr.2240/1986, C.D., 1986, p.286).

⁸ Sunt cauze care înălță caracterul penal al faptei cele prevăzute în art.6 lit.a, 44-51, 207, 255 alin.2, 304 alin.1 Cod penal. Pentru starea de necesitate, vezi T.S., s.p., dec.nr.3103/1986, C.D., 1986, p.232; pentru irresponsabilitate, T.S., s.p., dec.nr.224/1973, C.D., 1973, p.381; pentru cazul fortuit, T.S., s.p., dec.nr.1023/1980, C.D., 1980, p.246; pentru minorul lipsit de discernământ, T.S., complet de 7 judecători, dec.nr.57/1975, C.D., 1975, p.314.

⁹ Pentru introducerea tardivă a plângerii prealabile, care nu a fost observată de instanță de fond, T.S., s.p., dec.nr.1203/1978, C.D., 1978, p.430.10.

CASAREA HOTĂRÎRII PENALE ATACATE CU RECURS

¹⁰ Pentru lipsa sesizării organului competent al căilor ferate, în cazul unor infracțiuni contra siguranței pe căile ferate (art.273 alin.1, 274 alin.1 și 275 alin.1 și 2 Cod penal), vezi T.S., dec.nr.1843/1971, C.D., 1971, p.370.

¹¹ Vezi T.S., s.p., dec.nr.1162/1977, C.D., 1977, p.247, pentru aplicarea greșită a amnistiei prevăzute de Decretul nr.147/1977.

¹² Vezi T.S., s.p., dec.nr.2810/1982 "Revista română de drept" 1983, nr.12, p.101.

¹³ Vezi plenul Trib.Suprem, dec.indrumare nr.3/1969, C.D., 1969, p.55, în care sunt indicate unele din aceste cauze; vezi și prevederile art.303 alin.3, 304 slin.3 și 5 Cod penal.

¹⁴ În art.474 pt.II-a pct.5 al Codului de procedură penală din 1936 se prevedea, ca temei de casare: când în mod greșit a fost achitată inculpatul pentru motivul că faptul săvârșit de el nu este prevăzut de lege sau este acoperit de autoritatea de lucru judecat, de prescripție sau de altă cauză de stingere a acțiunii penale.

¹⁵ Vezi T.S., s.p., dec.nr.2688/1984, C.D., 1984, p.287.

¹⁶ Vezi T.S., s.p., dec.nr.1735/1983, p.189, prin care s-a constatat că în mod greșit s-au aplicat dispozițiile art.18¹ Cod penal.

¹⁷ Vezi T.S., s.p., dec.nr.2743/1974, C.D., 1974, p.353, prin care s-a constatat că în mod greșit s-a aplicat amnistia, sau T.S., s.p., dec.nr.630/1989, Dreptul, 1990, nr.3, p.73, prin care a fost înălțată împăcarea, deoarece în cauză nu era operantă.

¹⁸ Vezi T.S., s.p., dec.nr.496/1982, C.D., 1982, p.272, în legătură cu greșita incetare a procesului penal pentru intervenirea căsătoriei dintre inculpat și victimă, violul fiind comis de mai mulți inculpați.

¹⁹ Vezi Trib.Municipiului București, secția II-a penală, dec.nr.970/1976, R.R.D., 1977, nr.1, p.65.

²⁰ V. Dongoroz, în I.Tanoviceanu, *Tratat de drept și proceură penală*, 1927, vol.V, p.540 și Traian Pop, în *Drept procesual penal*, vol.IV, Cluj, 1948, p.459, consideră ratională teoria pedepsei justificate numai în cazul unei erori în citarea textelor; vezi și R.Merie, A.Vitu, *op.cit.*, p.842-844.

²¹ De exemplu, în recursul inculpatului s-a schimbat încadrarea juridică din omor calificat în omor (T.S., s.p., dec.nr.2535/1987, C.D., 1987, p.291); în recursul procurorului s-a schimbat încadrarea juridică din infracțiunea de punere în primejdie a unei persoane în neputință de a se îngrijii în omor, T.S., s.p., dec.nr.1441/1987, C.D., 1987, p.289).

²² Vezi T.S., s.p., dec.nr.749/1986, C.D., 1986, p.281 și dec.nr.627/1982, C.D., 1982, p.275.

²³ În recursul procurorului, a fost schimbată încadrarea juridică din omor în omor săvârșit cu premeditare (T.S., s.p., dec.nr.862/1985, C.D., 1985, p.304).

²⁴ Vezi T.S., s.p., dec.nr.1477/1983, C.D., 1983, p.233, prin care, în loc de infracțiune continuată de furt calificat, condamnarea s-a pronuntat pentru un concurs de infracțiuni de furturi calificate.

²⁵ Fapta constituind o delapidare, minimul pedepsei în caz de circumstanțe atenuante este de două luni, fiind astfel ilegală pedeapsa aplicată de 5000 lei amendă (T.S., s.militară, dec.nr.60/1983, C.D., 1983, p.238).

²⁶ Față de prevederile Decretului nr.218/1977, a fost considerată nelegală aplicarea unei pedepse în loc de o măsură educativă (T.S., s.p., dec.nr.1146/1979 și nr.405/1979, C.D., 1979, p.366, 368).

²⁷ Neacordându-se circumstanțe atenuante, pedeapsa de 700 lei amendă fiind sub minimul special de 2000 lei, este ilegală (T.S., s.p., dec.nr.636/1983, C.D., 1983, p.195).

²⁸ Vezi T.S., s.p., dec.nr.577/1987, C.D., 1987, p.257) prin care s-a constatat că pedeapsa aplicată, la care s-a adăugat un spor și înălțarea beneficiului grătierii pentru o pedeapsă anterioară, depășea maximul general de 25 ani închisoare.

²⁹ Odată ce "răzbunarea" a constituit o imprejurare ce a condus la reținerea premeditată la infracțiunea de omor calificat, aceeași imprejurare nu mai putea fi reținută și ca circumstanță agravantă de "motiv josnic" (T.S., s.p., dec.nr.1728/1983, C.D., 1983, p.199); în mod greșit nu s-a reținut circumstanța atenuantă a provocării pe motiv că inculpatul avea posibilitatea să fugă, deoarece legea nu cere o asemenea condiție (T.S., s.p., dec.nr.1124/1985, C.D., 1985, p.264).

³⁰ Contopind mai multe pedepse a unor concursuri de infracțiuni, la care anterior se aplicase un spor, devine nelegală aplicarea la pedeapsa cea mai grea a unui spor mai mic decât cel inițial (T.S., s.p., dec.nr.1780/1982, C.D., 1982, p.237).

³¹ În caz de concurs de infracțiuni, este nelegală pedeapsa complimentară a confiscării parțiale a averii privind toate bunurile la care se referă infracțiunile din concurs, în loc să se confiște bunul cu cea mai mare valoare (T.S., s.p., dec.nr.356/1987, C.D., 1987, p.259).

³² Cu privire la greșita aplicare a măsurii de siguranță a confiscării speciale, vezi T.S., s.p., dec.nr.798/1985, C.D., 1985, p.280; măsura de siguranță a interdicției de a se afla în anumite localități nu se aplică minorilor sancționati cu o măsură educativă (T.S., s.p., dec.nr.1000/1988, R.R.D., 1989, nr.1, p.74).

³³ Cu privire la computarea duratei arestării preventive din durata măsurii educative a trimiterii într-o școală de muncă și educare, vezi T.S., s.p., dec.nr.695/1979, C.D., 1979, p.495.

³⁴ În Codul de procedură penală din 1936 (modificarea din 1943) s-au înscris două motive speciale de recurs, care priveau o hotărâre ce trebuia desființată numai ca urmare a intervenirii unor elemente noi: când până la judecarea recursului a intervenit o lege mai favorabilă inculpatului și când, după pronunțarea hotărârii atacate cu recurs, a intervenit o cauză de stingere a acțiunii penale. În timp ce toate celelalte motive de recurs erau considerate "nulități" ale hotărârii atacate, motivele de mai sus erau considerate ca motive speciale, deoarece în momentul pronunțării hotărârea era legală.

³⁵ Contopind pedepele și aplicând un spor, instanța de fond a depășit, contrar legii, totalul pedepelelor ce au format obiectul contopirii (T.S., s.p., dec.nr.2086/1982, C.D., 1982, p.236); în mod greșit s-a dispus liberarea condiționată, dacă nu erau întrunjite toate condițiile prevăzute în art.59 Cod penal (T.S., s.p., dec.nr.170/1985, C.D., 1985, p.259).

³⁶ De exemplu, fapta de fals în acte publice (modificarea unor prețuri pe cutia de ambalaj) nefiind susceptibilă de cauzarea unui prejudiciu material, inculpatul în mod greșit a fost obligat la despăgubiri civile produse de alte cauze (T.S., s.p., dec.nr.348/1987, C.D., 1987, p.332).

³⁷ Numai prin interpretarea greșită a art.186 din Legea nr.3/1978 a fost obligat inculpatul la plata cheltuielilor efectuate cu propria sa îngrijire într-o unitate spitalicească, deoarece răspunderea civilă intervine doar pentru cheltuielile efectuate cu îngrijirea victimei infracțiunii (T.S., s.p., dec.nr.2040/1987, C.D., 1987, p.337).

³⁸ În mod nelegal s-a respins cererea de despăgubiri civile solicitate pentru o minoră, căreia i s-au amputat trei degete de la o mână, pe temeiul că prejudiciul nu este cert și actual, în realitate existând un prejudiciu prin cheltuielile provocate de efortul suplimentar – fizic și psihic – pe care minoră trebuia să-l depună în realizarea activităților sale de elevă și viitor profesionist (T.S., s.p., dec.nr.1130/1987, C.D., 1987, p.339); de asemenea, este nelegală respingerea despăgubirilor civile solicitate de soția celui ucis, pe considerentul că este capabilă de muncă, deși se reținuse că se aflase în întreținerea soțului său (T.S., s.p., dec.nr.280/1987, C.D., 1987, p.343).

³⁹ În mod nelegal a fost obligat inculpatul care, prin abuz în serviciu, a folosit un autovehicul al unității destinate transporturilor de persoane, potrivit tarifelor pentru transporturile de mărfuri, când în realitate trebuiau să se aplice tarifele pentru transporturile de persoane (T.S., s.p., dec.nr.2712/1984, C.D., 1984 p.323).

CASAREA HOTĂRÎRII PENALE ATACATE CU RECURS

⁴⁰ S-a procedat nelegal atunci când, în calcularea despăgubirilor pentru avârirea unui autobuz, s-a omis să se calculeze și beneficiul nerealizat de unitate prin imobilizarea autobuzului pe durata reparațiilor (T.S., s.p., dec.nr.1525/1989, Dreptul, 1990, nr.8, p.82; Curtea Supremă de Justiție, s.p., dec.nr.417/1990, Dreptul, 1990, nr.9-12, p.243).

⁴¹ În cazul în care victima este în culpă, este nelegală soluția care nu a luat-o în considerare la stabilirea obligației de despăgubiri (T.S., s.p., dec.nr.1229/1988, R.R.D., 1989, nr.5, p.71-72).

⁴² Este nelegală obligarea la despăgubiri civile numai a autorului infracțiunii, când la producerea pagubei a contribuit și complicele condamnat penal (T.S., complet de 7 judecători, dec.nr.40/1987, C.D., 1987, p.333).

⁴³ S-au încălcăt prevederile legii civile atunci când s-a dispus obligarea, ca parte responsabilă civilă, ente, a președintelui unei asociații de locatari T.S., s.p., dec.481/1986, C.D., 1986, p.298¹, al biroului executiv al unei cooperative de credit (T.S., s.p., dec.nr.1580/1988, R.R.D., 1989, nr.8, p.74) sau a celui care asigură pază unui lucru (C.S.J., s.p., dec.nr.59/1990, Dreptul, 1991, nr.1, p.76), deoarece nici o dispoziție legală nu prevede răspunderea civilă a acestor persoane pentru fapta altuia.

⁴⁴ Considerându-se că prepusul a acționat abuziv în afara orelor de program, deși era în exercitarea atribuțiilor de serviciu, s-a înălțurat în mod greșit răspunderea civilă a comitentului (T.S., s.p., dec.nr.1555/1987, C.D., 1987, p.327).

⁴⁵ S-a considerat nelegală obligarea garantului la repararea pagubei produse de gestionar pentru o sumă mai mare decât suma constituită garanție (T.S., s.p., dec.nr.195/1985, C.D., 1985, p.332).

⁴⁶ Vezi Trib.jud.Satu Mare, dec.pen., nr.128/1969, R.R.D., 1969, nr.1, p.160.

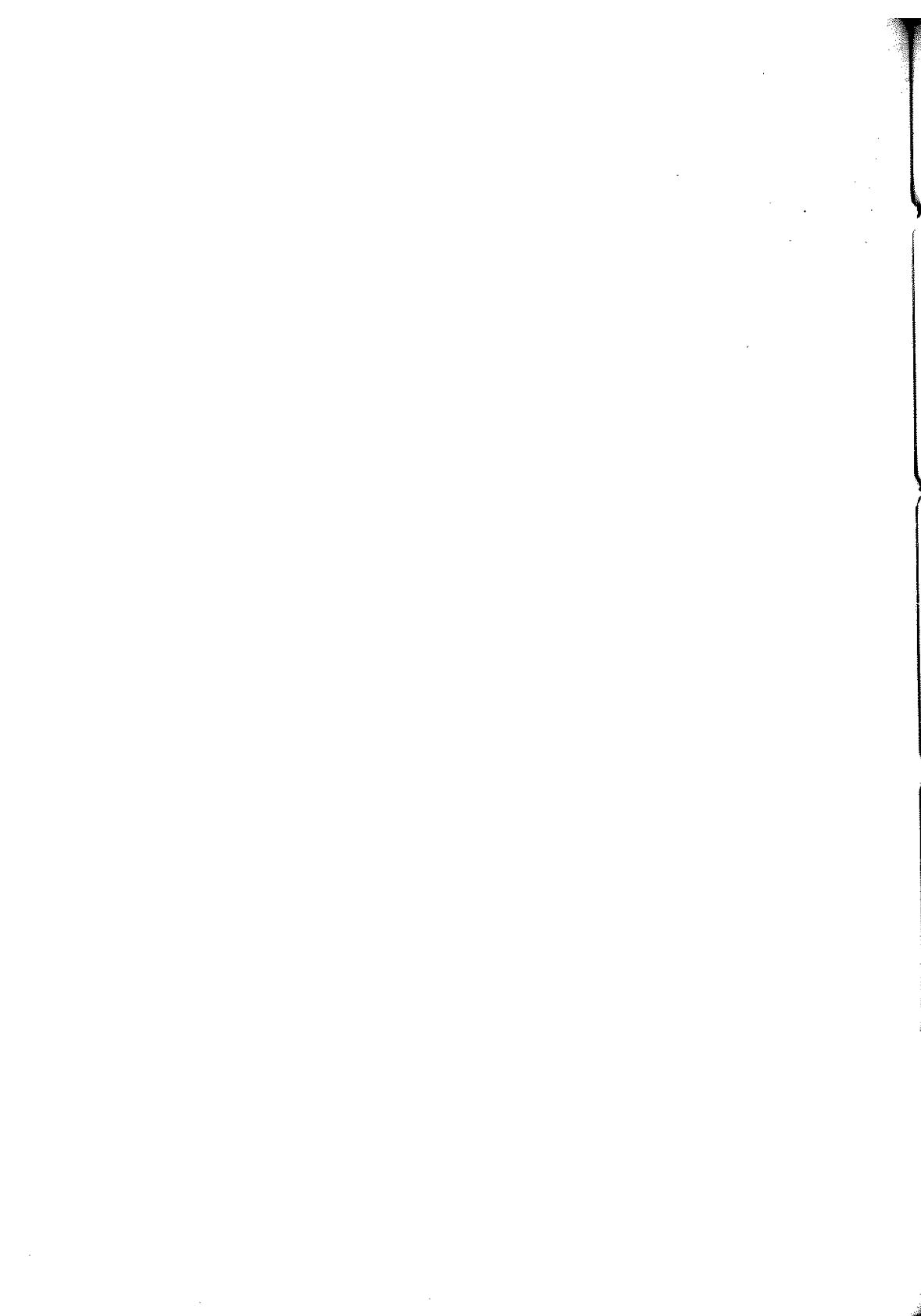
⁴⁷ Vezi, de exemplu, T.S., s.p., dec.nr.924/1981, C.D., 1981, p.358, prin care s-a statuat că recursul părții civile nu poate fi discutie gresită aplicare a pedepsei complimentare a confiscației averii.

⁴⁸ Vezi Trib.jud. Timiș, dec.pen.nr.625/1979, R.R.D., 1980, nr.5, p.64 și dec.pen.nr.490/1980, R.R.D., 1981, nr.2, p.70 privind luarea măsurii confiscației speciale.

⁴⁹ Nu se poate schimba, în recursul părții vătămate, încadrarea juridică într-o infracțiune pentru care acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu (T.S., s.p., dec.nr.1483/1984, C.D., 1984, p.212).

⁵⁰ În recursul inculpatului nu se poate schimba încadrarea juridică într-o infracțiune mai gravă (T.S., s.p., dec.nr.3586/1971, *Repertoriu alfabetic de practică judiciară în materie penală*, 1969-1975, p.290).

⁵¹ Pentru recursul părții civile, vezi T.S., s.p., dec.nr.2929/1982, C.D., 1982, p.333.



CALITATEA PROCESUAL PENALĂ DE PARTE VĂTĂMATĂ

DE

TOADER TUDOREL

1. Vătămarea și felurile ei

Producerea unei vătămări, privitoare la drepturile și interesele legale ale unei persoane, este consecință directă a săvârșirii unei infracțiuni. În funcție de sfera drepturilor și intereselor legale încălcate, vătămarea poate fi de natură fizică, morală sau materială.

Ca subiect pasiv, persoana fizică poate suferi o vătămare fizică, materială sau morală în timp ce persoana juridică poate suferi doar o vătămare materială sau morală¹. Înțelegerea sferei de cuprindere a vătămării produsă prin infracțiune, necesită înțelegerea noțiunii de prejudiciu, atât într-un sens larg – consecință negativă a faptei penale – cât și într-un sens restrâns de pagubă materială. Sensul restrâns al noțiunii de prejudiciu, acela de pagubă materială, semnifică pierderea suferită prin fapta penală, evaluabilă în bani și care constituie temei al acțiunii civile în procesul penal. Prin modificări și interpretări specifice, legislațiile procesual penale sunt europene au limitat temeiul acțiunii civile numai la acceptarea restrânsă a noțiunii de prejudiciu.

Legislația procesual penală română a cunoscut o astfel de limitare încă sub puterea codului de procedură penală anterior, printr-o decizie de îndrumare a plenului Tribunalului Suprem², decizie conform căreia "posibilitatea acordării unor reparări în bani numai pentru prejudiciu moral, cauzat de fapta ilicită, este un principiu de esență burgheză". Deși literatura juridică și practica judiciară manifestă unele tendințe³ în sensul acordării de despăgubiri pentru prejudicii morale, decizia de îndrumare citată, își găsește în continuare o frecvență aplicabilitate.

2. Vocația dobândirii calității de parte vătămată în procesul penal

Dobândirea calității de parte vătămată în procesul penal este determinată de manifestarea de voință a persoanei vătămate de a participa în latura penală a procesului. În determinarea acestei vocații se pornește de la premisa că, în urma infracțiunii, persoana vătămată poate fi o persoană fizică dar și o persoană juridică.

Față de această posibilitate, în literatura juridică s-au exprimat două opinii:

2.1. O primă opinie⁴ recunoaște vocația în dobândirea calității de parte vătămată numai pentru persoanele fizice.

În motivarea acestei opinii se argumentează următoarele:

- Dacă o vătămare morală sau materială poate suferi și o persoană juridică, funcția îndeplinită de partea vătămată depășește scopul pentru care sunt înființate persoanele juridice.⁵ Partea vătămată susține învinuirea alături de procuror împotriva inculpatului, pentru a obține condamnarea lui, ca satisfacție a suferinței pe care a avut-o; dar, scopul înființării persoanelor juridice nu poate fi în nici un caz susținerea învinuirii în procesul penal, obținerea unei satisfacții prin condamnarea infractorului, odată ce învinuirea, are ca titular pe procuror. Dacă, prin săvârșirea infracțiunii s-a adus o pagubă patrimonialui unei persoane juridice, constituirea de parte civilă și participarea în proces pentru obținerea reparării pagubei se înscrie în scopul pentru care a fost înființată.

- parte vătămată în procesul penal se poate constitui numai persoana fizică nu și persoana juridică, deoarece aceasta din urmă se poate constitui ca parte civilă.⁶

A fi de acord cu opinia potrivit căreia parte vătămată poate fi și o persoană juridică înseamnă a accepta ideea că persoanele juridice pot să se constituie fie părți vătămate, fie părți civile, în procesul penal, soluție pe care legiuitorul nu a avut-o în vedere. Se mai argumentează că partea vătămată este subiect al acțiunii penale, această parte putând exercita o multitudine de drepturi în legătură cu promovarea, exercitarea și stingerea acțiunii penale, drepturi pe care, în nici un caz nu le-ar putea avea o persoană juridică.

În susținerea acestei opinii ar mai putea fi aduse, printre altele, și următoarele argumente:

- redactarea din cap. II secț. II art. 75-77 a.p.p., privitoare la declarațiile părții vătămate, părții civile și ale părții responsabile civilmente, conduce la concluzia că legiuitorul a intenționat să permită vocație la calitatea de parte vătămată numai persoanelor fizice. Astfel: art. 75 prevede că declarațiile părții vătămate făcute în cursul procesului penal, pot servi la aflarea adevărului; art. 76 prevede că înainte de ascultare, persoanei vătămate i se pune în vedere că poate participa în proces ca parte vătămată; art. 77 prevede că ascultarea părții

vătămate se face potrivit dispozițiilor privitoare la ascultarea învinuitului sau inculpatului. Cum însă o persoană juridică nu poate fi chemată la sediul organului judiciar, nu poate fi ascultată și nu poate da declarații, apare evidentă excluderea acesteia de la vocația de parte vătămată. Atunci când legiuitorul a înțeles să distingă persoana juridică persoană vătămată, care acționează prin organul său competent, o face în mod expres, ca în situația art. 225, când o eventuală sesizare specială, necesară pentru începerea urmăririi penale, trebuie făcută în scris și semnată de către organul competent.

• decretul nr. 31/30.I.1954 reglementa strict, limitativ, sfera persoanelor juridice, persoane care în conformitate cu prev.art. 2 își afectau propriul patrimoniu pentru realizarea unui scop în acord cu interesul obștesc. Acțiunile persoanelor juridice erau astfel limitate de specificitatea activității pentru care erau înființate. Modificările legislative recente⁷ extind sfera de cuprindere a persoanelor juridice. Acestea nu mai sunt limitate în afectarea patrimoniului de realizarea doar a unui scop în acord cu interesul public ci au, în egală măsură, posibilitatea aceleiași afectații pentru realizarea unui scop în acord cu interesul personal sau de grup. Cu toată această extindere, persoana juridică nu poate înlocui și nici măcar preluă atribute ale Ministerului Public, de exercitare a acțiunii penale.

• codul de procedură penală anterior⁸ nu conferea calitatea de parte vătămată persoanelor juridice, din moment ce art. 2 alin. 3 prevedea că “în cazurile și condițiile prevăzute de lege, acțiunea penală mai poate fi pusă în mișcare și susținută de partea vătămată, de unele autorități, precum și de persoanele juridice autorizate în acest scop”.

2.2. A doua opinie⁹ recunoaște vocație la calitatea de parte vătămată atât pentru persoanele fizice cât și pentru persoanele juridice. Deși această opinie nu este motivată, în susținerea ei ar putea fi aduse următoarele argumente:

• art. 24 alin.1 c.pr.pen. prevede că “persoana care a suferit prin fapta penală o vătămare fizică, morală sau materială, dacă participă în procesul penal, se numește parte vătămată”; fără a distinge între persoane fizice și persoane juridice, textul de lege ar putea conduce la concluzia că ambele categorii pot dobândi calitatea de parte vătămată.

• prestigiul persoanelor juridice era protejat penal prin incriminarea din art.237 c.p., privind defăimarea unei organizații. Acțiunile ofensatoare îndrepătate împotriva persoanelor fizice constituiau infracțiuni contra demnității, iar dacă aceleși acțiuni priveau o persoană juridică, încadrarea juridică era cea de la art.237 c.p.¹⁰ Această incriminare reprezenta corespondentul art. 578 lit.a a introdus în c.pr.pen. anterior prin dec.212/1960, sancționând penal, printre altele, faptele de ponegrire, calomniere sau defăimare săvârșite în public sau adresate prin orice mijloace de comunicare cu privire la organizațiile obștești. Dar, fapta prevăzută de art.237 c.p. a fost dezincriminată.¹¹ Cu toate acestea,

defăimarea în public a unei organizații de stat sau obștești este de natură să creeze un climat de neincredere, să lovească în buna reputație, în prestigiul acelei organizații, ceea ce nu poate avea decât o influență negativă asupra activității pe care o desfășoară.¹² Prin această dezincriminare se poate considera că legiuitorul a înțeles să scoată de sub protecție penală reputația, prestigiul de care se bucură, sau ar trebui să se bucure, persoanele juridice. Or, nu credem că legiuitorul a urmărit, sau numai a acceptat, să asigure o protecție în plus pentru reputația și prestigiul persoanelor fizice – prin incriminarea din art. 206 c.p. – calomnia – față de aceleasi valori ale persoanelor juridice. S-ar putea aprecia că legiuitorul a urmărit doar să revină la o protecție egală, pentru faptele de încălcare a reputației și prestigiului, atât față de persoanele fizice cât și de persoanele juridice, conform prevederilor vechiului c.pr.pen., prevederi anterioare modificărilor survenite prin dec. 212/1960. De altfel, sub vechiul c.pen., anterior modificării prin dec. 212/1960, infracțiunea de calomnie putea avea ca subiect pasiv și o persoană juridică¹³.

Legislația procesual penală anterioară fără a recunoaște calitatea de parte vătămată și pentru persoanele juridice, dădea dreptul unor persoane juridice să exercite acțiunea penală alături de partea vătămată și Ministerul Public. Această abilitate o aveau unele dintre administrațiile statului, pentru delictele comise în dauna acestor administrații (art.231 c.pr.pen. anterior), cum ar fi: Casa pădurilor pentru delictele silvice, Direcția vămilor, a Contribuționilor s.a.

Fiind recunoscut pentru delictele comise în dauna acestor administrații și dreptul lor era mai întâia chiar decât al Ministerului Public, deoarece puteau dispune de acțiunea penală prin desistare sau renunțare, ceea ce Ministerul Public nu putea face¹⁴.

Și în noile condiții apare ca fiind justificat interesul persoanelor juridice de a participa la activitatea procesual penală, pentru apărarea drepturilor personale sau de grup. Dacă dificultatea evaluării prejudiciului moral nu poate justifica respingerea unei cereri de despăgubiri¹⁵, generalizarea practicii judiciare în acest sens s-ar putea constitui într-un argument al participării persoanei juridice și în latura penală a procesului penal.

Acest interes și această tendință coroborate cu tradiția procesual penală română s-ar putea constitui în argumente pentru ca viitoarea legislație procesual penală să prevadă dreptul persoanelor juridice de a exercita acțiunea penală pentru infracțiunile săvârșite în dauna lor.

NOTE

¹ Gr.Gr. Theodoru, T. Plăeșu, *Drept procesual penal, partea generală*, Iași, 1986, p. 108.

² Plenul T.S., decizia de îndrumare nr.VII din 29.XII.1952, în C.D.1952, p.25.

³ Ioan Albu, Victor Ursu, *Răspunderea civilă pentru daunele morale*, Editura Dacia, Cluj, 1979.

CALITATEA PROCESUAL PENALĂ DE PARTE VĂTĂMATĂ

⁴ Gr.Gr. Theodor, L. Moldovan, *Drept procesual penal*, Editura didactică și pedagogică, București, 1979, p.62; Gr.Gr. Theodoru – T. Plăeșu, *op.cit.*, p.108; I. Neagu, *Drept procesual penal*, Editura Academiei, București, 1988, p.131.

⁵ Gr.Gr. Theodoru, T. Plăeșu, *op.cit.*, p.108.

⁶ I. Neagu, *op.cit.*, p. 131-132.

⁷ D.Lg.nr. 54/1990 în M.O.nr. 20/1990; Lg.nr. 15/1990 în M.O.nr. 98/8.VIII.1990.

⁸ Codul de procedură penală, Carol al II-lea, din 19 martie 1936, București, Editura Librăriei "Universale", 1936.

⁹ V. Dongoroz, §.a., *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român, partea generală*, vol.I, București, Editura Academiei, 1975, p.98; în același sens: Gh. Elian, *Persoana vătămată în procesul penal*, Editura Științifică, București, 1961, p.77 și urm. G. Antoniu, §.a., *Dicționar de procedură penală*, Editura științifică și enciclopedică, București, 1988, p.209.

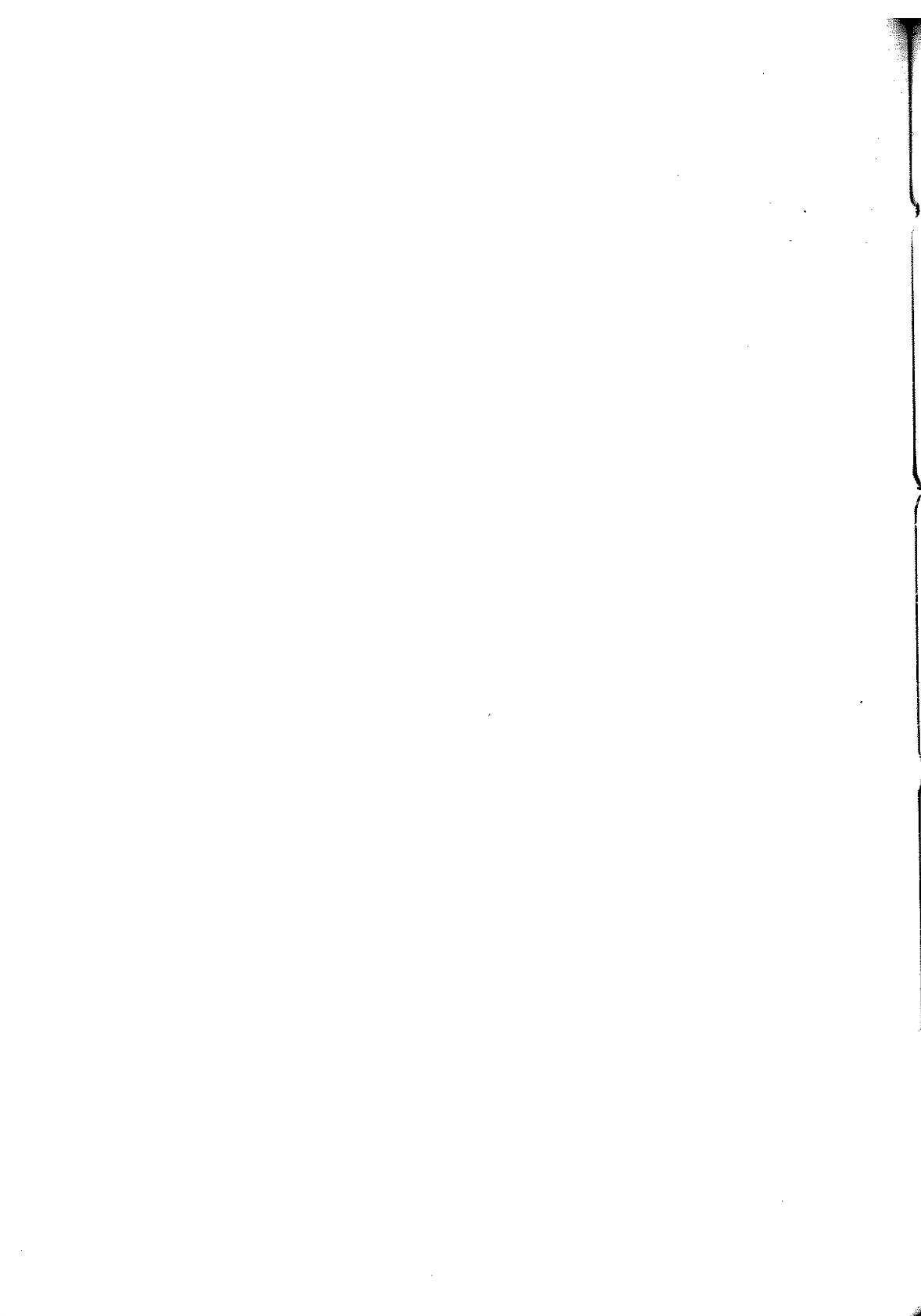
¹⁰ O. Loghin, A. Filipăș, *Drept penal, partea specială*, Editura didactică și pedagogică, București, 1983, p.82.

¹¹ prin D.Lg. nr. 1/26.XII.1989, în M.O. an I nr. 4/27.XII.1989.

¹² O. Loghin, *Drept penal, partea specială*, vol.II, Iași, 1976, p. 17.

¹³ Gh. Elian, *op.cit.*, p. 21.

¹⁴ Marcel Planiol, Georges Ripert, *Droit civil français, tome VI, Obligations*, Librairie générale de droit et de la jurisprudence, Paris, 1952, p. 55.



REFLECTII ASUPRA PEDEPSEI CU MOARTEA

DE

MICHINICI MARIA-IOANA

Pedeapsa cu moartea a constituit o problemă extrem de controversată a științei dreptului penal, nu numai pentru specialiștii din acest domeniu și nu doar la nivelul juridic, aceasta cu atât mai mult cu cât s-a încercat¹ determinarea cu precizie a măsurii în care pedeapsa capitală este o problemă juridică. Date fiind variatele ei aspecte de natură istorică, filozofică, sociologică, etică, morală, politică etc. și privită fiind sub toate dimensiunile sale, ea a condus la aprecieri determinante de cadrul în care au evoluat exigențe și interese culturale, de stadiul de civilizație. Am considerat adekvată o prezentare a argumentelor (clasice și actuale) de pe pozițiile generale adoptate de principalele școli penale și o abordare "polemică" a întregii argumentații, prin optica reprezentanților școlilor. Ne-am propus o atare prezentare, observând ca fiind suport al atitudinilor non- și abolitioniste, același argument, valorificat însă și orientat, prin diferențele interpretării, atât într-un sens (PRO), cât și în altul (CONTRA), relativ la sanctiune. Astfel, fiecare argument este un argument de valoare, (considerat) puternic, dar funcție de atitudine nu î se atribuie valoarea decisivă, nu î se recunoaște caracterul absolut, invincibil (I).

Ni se pare justificată întrebarea dacă, astăzi, pedeapsa cu moartea mai constituie într-adevăr o problemă, când sfârșitul de secol XX este străbătut și profund marcat de puternicul curent abolitionist – ecou al secolului al XVIII-lea, prin vocea lui Beccaria² – când efortul reunit al statelor lumii demonstrează standardul de civilizație la care s-a ajuns (II).

Legislația noastră penală a cunoscut prevederea sanctiunii supreme. Astăzi, România a abolid pedeapsa cu moartea. La întrebarea dacă pedeapsa cu

¹ Ori de câte ori nu alăturăm termenului "sancțiune" nici o altă precizare, avem în vedere, exclusiv, pedeapsa cu moartea.

moartea mai constituie o problemă, practic, noi vom răspunde că nu. Vom insista însă asupra unor aspecte, în urma considerațiilor ce vin și conturează punctul nostru de vedere în această materie (III).

I. În dezvoltarea istorică a ideilor, concepțiilor (constituind teorii, doctrine) de justiție penală, instituirea concepției esențial juridice a pedepsei a aparținut *școlii clasice penale* (sfârșitul sec. al XVIII-lea, C. Beccaria). Față de incertitudinea pedepselor, de cruzimea și disproportia lor față de fapta săvârșită și de inegalitatea determinată de condiția socială a celui ce a săvârșit-o, de execuțarea pedepsei cu moartea însoțită de tortură, prin ardere pe rug, tragere pe roată, spânzurare, ecartelare, decapitare etc. (justiția feudală și aparat reprezentativ feudal), școala clasică "a determinat revoluția în legislația penală în numele justiției și umanității".³ În concepția școlii, pedeapsa este consecința inevitabilă a infracțiunii (fără a fi însă crudă) și distingând graduația sa funcție de gravitatea faptei săvârșite. Celui ce a săvârșit o infracțiune cauzând un rău societății i se va aplica o pedeapsă ca o compensare a răului produs. Se exclude pedeapsa cu moartea, fundamentalul sancționării constituindu-se pe ideea retribuției, în esență pe expiație. Pentru Beccaria, pedeapsa cu moartea "nu este un drept... ci un război al națiunii împotriva unui cetățean", căci "cesionarea unei părți de libertate individuală, de dispoziție asupra bunurilor este incompatibilă cu "cel mai mare dintre toate bunurile, viața" (teoria contractualistă).

Pedeapsa cu moartea își găsește însă legitimitatea "când, deși privat de libertate, el – infractorul, n.n. – are încă astfel de relații și o astfel de putere încât atinge securitatea națiunii, atunci când existența lui poate produce o revoluție periculoasă pentru forma de guvernământ stabilită" sau "în timpul domniei liniștite a legilor... atunci când moartea lui ar fi adevăratul și singurul mijloc de a-i abate pe ceilalți de la săvârșirea infracțiunilor".⁴ Se observă o analiză a puterii și intensității impresiilor relative la pedeapsa cu moartea, moderate față de sclavia perpetuă (ce o substituie).

Reprezentanții ai neo-clasicismului sunt abolitioniști absoluci sau găsesc totuși justificarea pedepsei cu moartea prin legitima apărare a statului, atunci când "ideea retribuției în sine nu face nicidcum inevitabilă pedeapsa cu moartea".⁵ Școala neo-clasică afirmează poziția sa determinant abolitionistă enunțând retribuționea ca fundament al pedepsei și atribuindu-i finalitatea în răsplătirea răului comis (pedeapsa – ca sanctiune pentru greșeala morală și în vederea restabilirii ordinii încălcate). Largul ecou al ideilor umanitare exprimate a determinat imprimarea de noi caractere^{**} în legislațiile sfârșitului

* Ulterior, în 1972, Beccaria reafirmă poziția sa, reținând un singur caz când pedeapsa cu moartea este necesară "pentru a sustrage statul unui pericol imminent de răsturnare".

** Codul penal francez, 25 sept.-6 oct. 1791 a restrins cazurile de aplicare a pedepsei capitale și execuțarea prin simpla decapitare. De altfel, Codul penal român din 1866 a fost elaborat sub aceeași influență.

sec. al XVIII-lea. Beneficia modificare ce aproape a sedus în plan legislativ, a "răpit" din caracterul represiv al justiției penale; modificările aduse și, odată cu acestea, crearea instituțiilor preventive au afirmat *școala pozitivistă* italiană (C. Lombroso, R. Garofalo, E. Ferri).

Reconsiderând delincventul ca individ ce săvârșește un fapt natural și social, un act uman (infracțiunea), doctrinei pozitiviste îi revine meritul în fundamentea ideii de individualizare a represiunii, sprijinind apărarea societății, "ca un reflex pur și simplu de apărare impusă de necesitățile conservării sociale."⁵ O apărare socială ce se realizează prin eliminarea celor ce săvârșesc infracțiuni, inclusiv și exterminarea fizică. Se asimilează apărarea socială cu un drept penal autoritar când, pozitivștii au preconizat pentru anumite categorii de criminali o represiune prin mijloace radical eliminatorii.⁶ Pentru criminalii înăscuți și incorigibili, chiar pentru o faptă singulară, foarte gravă, au susținut pedeapsa cu moartea și aceeași sancțiune pentru infractorii de obicei (prezumați incorigibili), după un număr de recidive.

O consecință indirectă a doctrinei pozitiviste, ce prin ea însăși justifică pedeapsa cu moartea, apărarea socială dobândește un conținut valoric nou pentru *mișcarea de apărare socială*, nu doar "o consecință, o prelungire sau o reeditare a mișcării pozitiviste însăși"⁷, dat fiind extraordinarul său dinamism.⁸ Mai mult decât o revizuire a inventarului pedepselor cu atribuirea de noi funcționalități, noua apărare socială preconizează un ansamblu de măsuri de apărare socială, "un sistem de măsuri diferite de pedepse și mai apte de a lupta contra pericolului pe care-l poate prezenta infractorul."⁹ În vederea ameliorării condiției umane, omul – delincvent trebuie "tratat" cu respectarea personalității, demnității și libertății apartinând sau inerente fiecărui ca individ, ființă umană. O.N.U. a adoptat în acest sens o excelentă formulă de "prevenire a crimei și tratament al delincvenților."¹⁰ Preocupată de reeducarea

⁵ Potrivit concepției pozitiviste, o clasificare generală a delincvenților în cinci categorii: delincvenți înăscuți, de obicei, ocazionali, alienați și pasionali. Interesantă și se pare motivată de adverșitatea lui E. Ferri față de pedeapsa cu moartea, pe care o consideră necesară pentru epurarea socială doar în condițiile în care s-ar proceda la un măcel, dovedit impracticabil însă și necorespunzător stării moravurilor și gradului de civilizație ajuns. Cu referire la acest aspect, a se vedea, Vidal G., op.cit., Cartea a VIII-a, Cap.II, Sect. I., p.613. Per à contrario: "Ceea ce nu vom spune, ca Ferri, că pentru a fi practică pedeapsa cu moartea trebuie să fie un adevărat măcel, ceea ce repugnă spiritului modern; a menține pedeapsa cu moartea nu inseamnă a o multiplica; e suficient că aceasta să suspendată ca sabia lui Damocles deasupra capului celor mai teribili răufăcători...", Lombroso C., *Le crime. Causes et remèdes*, Deuxième Edition, Paris, 1907, p.519.

⁶ "Prima „apărare socială”, inițiată la sfârșitul sec. al XIX-lea de Prins, Van Hammel și von Liszt, care au fondat în 1889 Uniunea Internațională de drept penal, necreând încă mișcarea; o apărare socială activă, noua apărare socială a fost încercată după cel de al doilea război mondial de F. Gramatica, "într-o concepție de un extremism umanitar"..., Stefan G., s.a., *Criminologie et science pénitentiaire*, Daloz, 1968, p.255; Formulată și consacrată pe deplin ca mișcare de Marc Ancel, în 1954.

⁷ In 1984 a fost creată secția de apărare socială din cadrul O.N.U. de prevenire a crimei și tratament al delincvenților etc. Tratament", dar fără a se asimila bolnavului "infractorul, că ca

și resocializarea infractorului în scopul reinserției în societatea în care trăiește, căreia i-a încălcat ordinea stabilită dar de care nu trebuie absolut desprins, noua apărare socială, în măsura acceptării pedepselor, respinge hotărât metodele pur punitive și pedeapsa capitală ca un "anacronism săngeros".*

Argumente – Legitimitatea sancțiunii⁸; Caractere

"Dar, dacă crima este însăși negarea justiției, cum este posibil să se transforme într-o valoare ceea ce este declarat prin lege ca formă de injus-
tiție?"⁹ / "Moartea unui vinovat nu poate fi admisă ca o formă legitimă de pedepsire și condamnare."¹⁰ / Pedeapsa cu moartea are un caracter injust și inuman, ceea ce în Statele Unite este definit prin expresia "a cruel and unusual penalty" – sancțiune crudă și inumană care, potrivit anumitor convingeri, ar viola prevederile Constituției americane. Amendamentele 8 și 14. (CONTRA).

"Când e vorba de marea represiune, nu avem decât alegerea între aceste două moduri de pedepsire în adevăr eficace, să facem să moară fără să suferă, sau să facem să suferă fără a mori. Noi credem că primul mod de pedepsire e mai uman și de aceea îl preferăm"¹¹ / "Pedeapsa cu moartea este un simbol esențial, dând expresie hotarelor standardelor noastre culturale de decentă și umanitate. Toate societățile trebuie să vadă limitele dincolo de care o conduită ce deviază nu poate fi tolerată și pedeapsa cu moartea este expunerea ** clară și fermă a ofensei și repulsiei noastre față de actele criminale"¹² (PRO).

Nerăspunzând unei calități cerute oricărei pedepse – reparabilitatea – iată un argument principal al adversarilor sancțiunii, citat în cazul erorilor și înscenările judiciare, pentru acestea din urmă, în contextul influentului politic. "Acest singur motiv e în destul pentru a distrugе toate argumentele întrebuintate de cei care susțin necesitatea sau dreptatea pedepsei cu moarte".¹³ (CONTRA).

"Prin urmare noi nu contestăm că se pot întâmpla erori judiciare, și chiar multe; aceasta este exact, însă nu credem că ar fi un motiv pentru desființarea pedepsei cu moarte (...). Se spune că pedeapsa cu moarte e absolut ireparabilă; însă ne întrebăm, cu ce se vor repara tristele momente petrecute de un innocent în închisoare, sau la muncă silnică? Dar dacă el se sinucide, dacă moare de durere cu o moarte lentă ori înnebunește din cauza revoltei sufletești că a fost condamnat pe nedrept, cum se va repara răul făcut?"¹⁴ (PRO).

* echivalent al sancționării acestuia prin măsuri generale și impersonale. Unele state sacră în privința infractorilor minori, noțiunea legală de tratament aplicabil acestora, condițiile realizării sale urmărindu-se și extinse și asupra tinerilor în vîrstă de până în 25 ani ce săvârșesc infracțiuni.

** "Le rejet par la politique criminelle de défense sociale de cet anachronisme sanglant qu'est la peine capitale...", Ancel M., op.cit., p.355.

** "a clear and firm statement", în textul original.

Cu același punct de plecare – caracterul ireparabil – în scopul obținerii unui efect maxim de prevenire generală și cu sprijinul argumentului de ordin statistic, antiabolitioniștii susțin pedeapsa capitală în cazul unor infracțiuni deosebit de grave ale căror consecințe sunt, de asemenea, ireparabile. Este cazul infracțiunilor de omor; trădare; spionaj/viol; tâlhărie armată; răpire și.a., când au condus la moartea victimei ("specified felonies", amer). Existența acestor infracțiuni, îndeosebi a infracțiunilor contra vieții persoanei, ar rezista ca argument în favoarea menținerii pedepsei capitale: "Nu văd cum este posibil de a condamna pedeapsa cu moartea în numele demnității ființei umane. (...) un cod care nu pedepsește moartea prin moarte este un cod care nu respectă viață."¹⁵ Pe de o parte, ceea ce se reproșează susținătorilor sancțiunii este creditarea ideii execuției ca omor judiciar sau legal, faptul că s-ar putea întâmpina și o moarte penală.

Nu este negat totodată faptul că, în realitate, se înregistrează o scădere a numărului persoanelor condamnate pentru săvârșirea infracțiunii de omor, fapt cu dublă motivație: limitarea infracțiunilor pentru care este prevăzută pedeapsa cu moartea și practica recent învederată a instanțelor ca, în aceste cazuri, în anumite condiții, de a aplica alte pedepse.¹⁶ Pe de altă parte, ce se reproșează susținătorilor sancțiunii? – inconvenientul generării unui efect opus însuși scopului preventiei generale (ca singură justificare posibilă a sancțiunii), transformarea pedepsei capitale dintr-o sancțiune imperativă, într-o disperționară.

Scopul și funcțiile sancțiunii

"Pentru cei care, de obicei, justifică pedeapsa capitală, teoria preventiei speciale este în realitate o barieră foarte puternică. Prevenția generală nu este deloc mai legitimă, deoarece nu sunt probe că această pedeapsă este atât de intimidantă pe cât o credem și nici că în țările care o aplică s-ar fi diminuat numărul și frecvența infracțiunilor grave."¹⁷ S-a ajuns chiar la concluzia¹⁸ că efectul intimidării colective prin pedeapsa cu moartea nu este dovedit în mod științific, asistenții – oricare ar fi numărul lor – trebuie să ateste, să verifice omorârea unei ființe umane. (CONTRA)

"Pedeapsa cu moartea fiind eliminatoare are cel mai eficient efect de prevenire specială, "scăpând pentru totdeauna societatea de răufăcători".¹⁸ "Sentința la moarte constituie garanția că infractorul nu va mai comite o crimă

* La nivelul anului 1986, 38 din statele Americii de Nord aveau prevăzută pedeapsa capitală pentru aceste infracțiuni, iar pentru crime, în următoarele cazuri speciale: omor săvârșit de cel deținut pe viață asupra unui agent de poliție în servicii; asupra unui alt deținut; într-o tentativă de evadare.

** Pronunțarea sentinței capitale trebuie să fie hotărâtă ori de căte ori judecătorul și juriul iau în considerare circumstanțele agravante sau atenuante din contextul săvârșirii infracțiunii posibile de pedeapsa cu moartea. A se vedea în acest sens, Newman D.J., op.cit., p.413.

sau alte infracțiuni, speranță ce nu poate fi realizată în cazul celor condamnați la închisoare care pot comite și, uneori, chiar comit infracțiuni în timpul deținerii sau după eliberare.”¹⁹ (PRO)

Un alt argument, de o factură aparte, dar care a fost și este invocat, ar însăși dezavantajul creat statului care nu are nimic de câștigat dintr-o condamnare la moarte, munca celui condamnat la închisoare putându-i în schimb folosi. (CONTRA)

“Un câștig totuși ar fi: pedeapsa cu moartea e cel mai puțin costisitoare.”²⁰ “De ce trebuie statul să cheltuietotii banii necesari pentru întreținerea celor condamnați pe viață, dacă într-adevăr cineva este ținut pe viață, când numai câțiva pennies pentru electricitate, câteva gloanțe sau o funie nouă ar fi atât de ieftin?”²¹ (PRO)

Pedeapsa – substitut, dificultatea găsirii ei, pentru a corespunde tuturor cerințelor pedepsei în genere, rezistând la orice critică – iată un “at” al partizanilor sancțiunii, cât și o problemă pentru partizanii abolirii. De asemenea, o umanitate a opiniei este greu de obținut printre partizanii abolirii, în cazul pedepsei capitale din punctul de vedere al infracțiunilor politice.

În afirmarea susținerilor “pro” sau “contra”, intotdeauna s-a făcut apel și la argumentul de ordin statistic, constatăndu-se că prevederea legislativă a pedepsei capitale nu a presupus o singură direcție și sigură, în sensul diminuării fenomenului infracțional, după cum nici neprevădere sau abolirea sancțiunii nu relevă, în mod absolut, aceeași tendință a criminalității.

II. Interesul manifestat și inițiativele în vederea abolirii pedepsei capitale, de regulă, au pornit de la nivelul național, găsindu-și un larg ecou pe plan regional și internațional. Dacă putem vorbi de privilegiul deciziilor pe plan național, se impune să remarcăm că astăzi, mai mult ca oricând, “statul și-a pierdut exclusivitatea și, din ce în ce mai mult, Dreptul internațional stabilește limite când nu ajunge până la “a incita”*** în abolirea acestei pedepse.”²²

Mișcarea abolitionistă îmbracă forme organizate diverse – asociații, societăți, ligi naționale și.a. care prin colocviile **** conferințele, reunurile

* Morris N., Colocviul..., p.35: “Raportul remarcă, de asemenea, importanța problemei a pedepsei alternative... Este o mare diversitate cu privire la durata închisorii, care este pedeapsa alternativă normală și care sunt condițiile în care această închisoare trebuie aplicată.”

** Boaventura de Sousa Santos, Colocviul..., p.37: “În consecință, în lupta politică, omul nu trebuie comparat cu un criminal. Și aceasta conferă nelegitimitatea pedepsei cu moartea.” Pisapia G.D., Colocviul..., p.72: “În ce privește delictul politic, nu trebuie uitat că, sub aceeași desemnare, se ascund cel puțin două realități complet diferite, deoarece sunt delicte politice altruiste, inspirate de sentimente nobile și delicte politice ce sunt groaznice, ca atentatele teroriste. Sunt, în principiu, contra pedepsei cu moartea. Dar recunoște că, în acest ultim caz, poate fi explicabilă, dacă nu cel puțin justificată.”

*** “... jusqu'à inciter...”, în textul original.

**** Colocviul de la Coimbra, Portugalia, desfășurat în perioada 11-16 sept. 1967, cu ocazia comemorării abolirii pedepsei cu moartea în Portugalia, ce s-a bucurat de o largă participare internațională M.Ancel, G.Bettoli, F.Grama tica, N.Morris, Th.Sellin, E.Glueck, G.D.Pisapia și.a.

științifice frecvent desfășurate, poartă dezbateri asupra acestei pedepse, extinzând câmpul ei de investigație. Nu poate fi ignorat nici interesul manifestat pe plan regional^{*}, chiar dacă "nu putem spera că juxtapunerea convențiilor regionale poate conduce la o abolire mondială, în măsura în care, pe de o parte, ansamblul globului nu este ocrotit prin convenții regionale relative la drepturile omului și, pe de altă parte, pedeapsa cu moartea este adesea puternic înrădăcinată în mentalitatele anumitor regiuni."²³

În numele drepturilor și libertăților fundamentale ale omului și în vederea deplinei lor realizări – dreptul la viață fiind socotit cel mai important drept – prin proliferarea elaborării de instrumente politico-juridice de către Națiunile Unite, de instituțiile și organismele O.N.U., se relevă interesul general pentru abolirea pedepsei capitale pe plan mondial. Fără îndoială că dreptul umanitar a jucat rolul precursor, decisiv, că "a contribuit la instituirea unui "standard minim" în protecția persoanei și, în același timp, a principiilor protectoare în aplicarea pedepsei cu moartea."²⁴

Din ce în ce mai mult, convențiile internaționale conțin dispoziții interesând aplicarea sau neaplicarea pedepsei cu moartea. Dar, în mod egal, organizațiile internaționale au încercat examinarea problemei într-o manieră foarte generală și după un "processus" asemănător: limitarea, mai întâi, a ipotezelor aplicării acestei pedepse la aspectele sale, cele mai șocante, apoi trecerea la o abolire totală.²⁵ Ceea ce reiese din campania mondială abolitionistă este debutul acestia printr-o abolire parțială și, sunt numeroase actele internaționale^{**}, studiile^{***} elaborate în acest sens. Un important instrument juridic elaborat în cadrul Adunării Generale a O.N.U. l-a constituit Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice²⁶, New-York, 16 decembrie 1966. Metoda propusă – de abolire parțială – este cea a reducerii progresive a cazurilor de aplicare a sanctiunii supreme; în concluzie, se pot desprinde următoarele tendințe: limitarea categoriilor de infracțiuni astfel pedepsite;

* Pe plan regional european – Protocoul nr.6 privind abolirea pedepsei cu moartea, semnat la Strasbourg, pe 28 aprilie 1983; Convenția americană cu privire la drepturile omului, 22 noiembrie 1969, care prin art.4, al.3 dispune că: "pedeapsa cu moartea nu va putea fi restabilită în statele care au abolit-o". Cu privire la S.U.A., în urma cazului Furman, Georgia, 1972, Curtea Supremă a statuat că prevederea și executarea pedepsei cu moartea constituie o violare a prevederilor Constituției. "De la decizia din cazul Furman, legislațiile a 35 state au dispus noi statute autorizând impunerea sentinței capitale pentru anumite crime și Congresul a dispus printr-o lege prevederea pedepsei cu moartea pentru pirateria aeriană ce a condus la moarte", A se vedea, Craig, R.Ducat și Harold W.Chase, *Constitutional Interpretation, Cases-Essays-Materials*, Third Edition, West Publishing Co, 1983, p.1034 și următoarele.

** Cele patru Convenții de la Geneva, 12 august 1949 și cele două Protocole adiționale, 8 iunie 1977; Convenția pentru prevenirea și reprimarea crimei de genocid, intrată în vigoare la 12 ianuarie 1951 etc.

*** Pentru perioada 1956-1960, studiul întocmit de Marc Ancel: *Pedeapsa capitală*, publicat de O.N.U., 1962; studiul întocmit de Norval Morris, pentru perioada 1961-1965, publicat de O.N.U., 1967.

limitarea categoriilor de infractori pasibili de sancțiune; încercarea de a găsi pedeapsa – substitut, în vederea înlocuirii sau comutării.

“Un moment previzibil al evoluției drepturilor omului”²⁷, cum a și fost denumit, al 2-lea Protocol facultativ (raportat) la Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, marchează trecerea spre abolirea mondială, constituind, de altfel, cel mai recent document în acest sens. Cum se desprinde vocația sa profund abolitionistă? – ea se poate deduce în urma analizei²⁸ întreprinse comparativ cu Protocolul nr. 6 raportat la Convenția pentru protecția drepturilor omului și a libertăților fundamentale. Ambele documente de însemnatate universală prevăd excepția menținerii pedepsei supreme în anumite cazuri, pentru anumite infracțiuni; dar față de dispozițiile cuprinse în art.2 din Protocolul nr.6, cel de al 2-lea Protocol infățișeză excepția menținerii sancțiunii numai “în urma unei condamnări, pentru o crimă, de caracter militar, de o gravitate extremă, comisă în timp de război.”^{**} Mai mult, recentul document obligă statele la un angajament, cel de a modifica ordinea juridică internă – din momentul ratificării sau aderării – cu posibilitatea formulării rezervei la excepția prevăzută; abținerea făcând imposibilă restabilirea pedepsei capitale.

III. Dacă vechile legiuiri penale cuprindeau prevederi asupra pedepsei cu moartea ca pedeapsă corporală, este meritul Codului penal din 1864 care, în urma inițiativei legislative, o desfințează, iar abolirea sancțiunii supreme este înscrisă ca principiu constituțional – art.16, Constituția din 1866.²⁹ Cu acest precedent, Codul penal din 1936 nu a prevăzut, inițial, pedeapsa cu moartea, introdusă ulterior, potrivit textului constituțional – art.15, Constituția din 1938.³⁰ Republicarea Codului penal (1948) – cu menținerea sancțiunii supreme, prevăzută într-un articol separat, art.24 – a fost urmată de succesiunea unor legi*** prin care s-au statuat categorii de infracțiuni circumscrise, de asemenea, sferei de aplicare a pedepsei cu moartea.

Pedeapsa cu moartea introdusă în legea penală română o putem judeca și, ca atare, vom găsi și aprecierile în justificarea sau nejustificarea acesteia, funcție de interesele politice dominante ce au conturat nuanțe de politică penală. În condițiile unei aşa-numite “legislații penale burgheze”, a unei “legislații penale a dictaturii militaro-fasciste” din România și dat fiind carac-

* Textul Protocolului nr.2 a fost adoptat de Adunarea Generală a O.N.U. prin Rezoluția 44/128 din 15 decembrie 1989 – cu 59 voturi pentru, 26 contra, 48 abțineri (și România). Ulterior, în 1990, prin Decr.nr.68 (M.Of. 130/20 XI 1990), România aderă la Protocol, în condițiile lichidării sistemului totalitar înlocuit printr-un regim de tendință democratică și umanistă.

** Marc J.Bossuyt, expert belgian și principal raportor a justificat menținerea pedepsei capitale apreciind că: “un număr mare de state vor fi astfel “în stare” să devină părți...”; “...seront ainsi de même de devenir...”, în original.

*** Decr.nr.199/1950; Decr.nr.202/1953; Decr.nr.469/1957; Decr.nr.318/1958; Decr.nr.212/1960 §.a.

terul profund reacționar atribuit acestora, "au avut loc numeroase procese penale înscenate muncitorilor, în frunte cu comuniștii... condamnați la moarte,..."³¹. După 1944, prin legi speciale³² s-a aplicat pedeapsa cu moartea persoanelor (considerate) vinovate de dezastruția țării (criminali de război), iar incidența dispozițiilor art.24 din Codul penal 1936 republicat (1948), purta asupra celor mai grave infracțiuni împotriva orânduirii sociale și de stat cât și a ordinii de drept instaurate de poporul muncitor. Mai mult, au fost cuprinse dispoziții³³ relative la pedeapsa capitală aplicabilă în cazul infracțiunilor intenționate săvârșite împotriva noii forme de proprietate instaurate (proprietate de tip socialist) și tocmai în vederea fermei sale apărări.

Codul penal din 1968, la data intrării în vigoare, consacra prin art.54, alin.1: "Ca măsură excepțională pentru infracțiunile cele mai grave se aplică în cazurile și condițiile prevăzute de lege, pedeapsa cu moartea – pentru unele infracțiuni" din partea specială: infracțiuni contra (securității) statului, contra persoanei, contra avutului obștesc, contra capacitatii de apărare a țării – alternativ cu pedeapsa închisorii pe timp determinat (15-20); pentru infracțiuni contra păcii și omenirii – ca pedeapsă alternativă sau unică (pe timp de război). Art.54, alin.2,3 dispunea cazurile speciale de neaplicare a pedepsei capitale, iar art.55 – cazurile speciale de neexecutare a sentinței capitale, constituind garanțiile privind înlocuirea sau comutarea acesteia. Sub Codul penal în vigoare, până la data modificărilor intervenite și, îndeosebi, prin sublinierea caracterului de măsură excepțională și temporară, s-a văzut că: "evoluția pedepsei cu moartea nu poate conduce decât la abolirea ei"³⁴.

... Si momentul abolirii în România a fost marcat prin Decretul lege nr.6 din 7 ianuarie 1990³⁵ (pentru abolirea pedepsei cu moartea, pentru modificarea și abrogarea unor prevederi din Codul penal și alte acte normative), principiul abolirii fiind consacrat ca principiu constituțional, prin art.22, pct.3 de Constituția din 1991. Declarându-ne alături de importanța inițiativă legislativă ce a permis situarea României în rândul țărilor abolitioniste, păstrăm rezerva motivației ce a însoțit actul abolitionist: "Pentru a sublinia caracterul profund umanist al regimului instaurat în România de revoluția populară și pentru realizarea propunerilor făcute de cetățeni". Nu trebuie ignorat faptul că, tot pentru realizarea propunerilor făcute de cetățeni, sub o adevărată presiune a maselor, a fost adoptat decretul-lege din 12 ianuarie 1990 privind organizarea referendumului pentru reintroducerea pedepsei cu moartea, act normativ efemer, ulterior anulat³⁶, subliniindu-se că: "... măsura adoptată de abrogare a pedepsei cu moartea încă din primele zile ale revoluției, a fost primită de

* Infracțiunile prevăzute de art.155-165 alin.2; 167; 176; 223 alin.3; 224 alin.3; 225 alin.3; 226; 229 alin.3; 231 alin.4; 338; 339; 341 alin.2; 342 alin.2; 343; 344; 345; 357 alin.2; 358 alin.3,4.

opinia publică din țară ca și cea internațională, cu o mare satisfacție, ca un act politic major, de alăturare a României democratice la lumea civilizată, ca o contribuție la promovarea demnitatei umane și la afirmarea drepturilor omului". Ni se relevă astfel, fără echivoc, și natura (doar predominantă?) a actului abolitionist. Ne întrebăm, care (mai) sunt considerentele ce au determinat să se audă voci³⁷ afirmând că România "a aboli la peine de mort dans la confusion?" – și care să fie înțelesul exact al afirmației făcute?

Decretul-lege nr.6/1990 dispune înlocuirea pedepsei capitale cu pedeapsa detenției pe viață (în art.1), considerându-se că la aceasta din urmă fac referire toate dispozițiile din Codul penal relative, anterior modificării, la pedeapsa cu moartea, în afara dispozițiilor din art.54, 55, 120, alin.4 și 130 (abrogate prin art.4 Decr.6). În lipsa unei dispoziții exprese, se ridică întrebarea: în ce sens trebuie dirijată interpretarea (corectă) a Decretului – pedeapsa de înlocuire păstrează caracterul de *măsură excepțională* sau este o *pedeapsă principală de bază*, privativă de libertate?

Codul penal în vigoare prevede expres în art.53, pct.1), lit.a), o singură pedeapsă privativă de libertate pe timp limitat (de la 15 zile la 25 ani), denumită închisoare. De la data intrării în vigoare a Decr.6/1990, s-a instituit o pedeapsă de aceeași natură, privativă de libertate, pe durată nedeterminată (pe viață), denumită detenție. O primă distincție ce se poate face între cele două pedepse principale de aceeași natură poartă asupra duratei acestora; prin detenție putem înțelege o "închisoare" pe durată nelimitată, cu un același (sau similar) regim de detinere și regim de executare (mijloace de executare, munca depusă de condamnat). Însă nominalizarea distinctă a sanctiunii nou prevăzute, poate presupune mai mult, constituind o pedeapsă principală de bază, pentru infracțiuni de gravitate sporită, atrăgând alte condiții de detinere și un regim propriu de executare. Se poate încerca o asemenea interpretare, dacă avem în vedere prevederile Codului penal anterior ce distingea 4 feluri de pedepse privative de libertate (munca silnică, detenție grea, temniță grea, închisoarea corecțională) și ca pedepse perpetui – munca silnică și detenție grea pe viață, aceasta din urmă pentru crimele politice și cu regimuri diferite de executare.

În opinia noastră, detenția pe viață – ca cea mai gravă sanctiune penală din legislația în vigoare, este o pedeapsă principală excepțională, atât caracterul cât și regimul pe care-l reclamă urmând a fi evidențiate printr-o consacrată expresă a codului. Sfera sa de aplicabilitate cuprinde infracțiunile incriminate de partea specială susceptibile anterior de pedeapsa capitală; deci intervine în cazurile anume prevăzute de legea penală, pentru infracțiuni foarte grave, implicând și condiții specifice de aplicare.

Credem că s-ar impune și cazuri de excepție privind aplicarea acestei sanctiuni anumitor categorii de infractori. Dispozițiile art.54, alin.2¹ excludeau de la pedeapsa capitală (și) infractorul care nu împlinise vîrstă de 18 ani la data săvârșirii infracțiunii. Din considerente umanitare, cu și în sprijinul ideii de îndreptare, chiar în condițiile proliferării delincvenței juvenile în cazul infracțiunilor foarte grave și semnalând o posibilă revizuire a sanctiunilor aplicabile infractorilor minori, apreciem ca neadecvată și neadaptată funcționalitatea pedepsei, detenționea pe viață în situația acestora.

Unulăind ideea eficienței pedepsei detenționii pe viață – oricum am acceptat-o: măsură excepțională sau pedeapsă de bază – corespunde aceasta cerințelor inscrise în art.52 Codul penal? Pentru a răspunde acestei rațiuni, considerăm că detenționea pe viață definitiv pronunțată ar putea fi transformată, pe criteriul comportamental, în închisoare temporară, putând fi benefic actul de clemencă (grațierea, în modalitatea comutării într-o pedeapsă mai ușoară).

Sub Codul penal anterior, prin Decretul 720/1956 (art.1) se reglementa punerea în libertate înainte de termen, pe baza muncii prestate și bunei comportări, a celor condamnați la pedepse privative de libertate pe viață, ale căror pedepse au fost comutate în pedepse pe timp limitat. Într-o aceeași optică, susținem posibilitatea incidentei liberării condiționate în individualizarea execuțării pedepsei privative de libertate pe durată nedeterminată, detențione pe viață, ulterior intervenției actului de grațiere. Neacceptarea, ar atribui pedepsei în discuție o funcțiuie eliminatoare.

În legătură cu aceste câteva aspecte subliniate, facem precizarea că nu exprimăm o repunere în discuție a chestiunii pedepsei-substitut, ci încercăm să sprijinim inițiativa pentru o concordanță a dispozițiilor în această materie și propunem, în ipoteza elaborării unui nou Cod penal, prevederi exprese în acest sens.

NOTE

¹ Saraiva J.H., *Pena de morte*, III, *Relato das sessões e conclusões do colóquio (Colocviul internațional comemorativ al centenarului abolirii pedepsei cu moartea în Portugalia, Coimbra, 11-16 septembrie 1967)*; p. 36.

² "Pedeapsa cu moartea nu este deci un drept...; dar dacă voi demonstra că moartea nu este nici utilă, nici necesară, cauza umanității va învinge."; Cesare Beccaria, *Despre infracțiuni și pedepse*, Ed. Științifică, București, 1965, p.43.

• Abrogat implicit prin Decretul 218/1977.

- ³ Vidal G., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, Sixième Edition, Paris, 1921, p.24.
- ⁴ Papadatos P., *La peine capitale*, în "Revue Hellénique de droit international", Atena, 1967, nr.1-4.
- ⁵ Ancel M., *La défense sociale nouvelle, deuxième édition revue et augmentée*, Editions Cujas, 1791, p.259.
- ⁶ Ancel M., *op.cit.*, p.41.
- ⁷ Ancel M., *op.cit.*, p.222.
- ⁸ Începând cu Beccaria, pedeapsa cu moartea devine o problemă, el punând în mod ascuțit chestiunea legitimității acestei pedepse, prin întrebarea formulată în chiar introducerea lucrării: "moartea este oare o pedeapsă cu adevărat utilă și necesară pentru siguranța și buna ordine a societății?", a se vedea Poenaru I., *Contribuții la studiul pedepsei capitale*, Ed.Academiei R.S.R., București, 1974, p.85.
- ⁹ Soter S., *Colocviul...*, p.101.
- ¹⁰ Schmidhäuser E., *Colocviul*, p.62-63.
- ¹¹ Tanoviceanu I., *Tratat de drept și procedură penală*, Ed. a doua, vol.III, p.341, după ce citează din G.Tarde, *Philosophie pénale*.
- ¹² A se vedea, Newman D.J., *Introduction to Criminal Justice*, "Capital Punishment", Rondon House, New-York, 1986, p.415.
- ¹³ Condorcet, *Essais sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions à la pluralité des suffrages*, citat de I. Tanoviceanu, *op.cit.*, p.290.
- ¹⁴ Tanoviceanu I., *op.cit.*, p.292-293.
- ¹⁵ Vouin R., *Colocviul...*, p.112.
- ¹⁶ Maynez E.G., *Colocviul...*, p.60.
- ¹⁷ Sellin Th., *La peine de mort et le meurtre*, citat de I. Poenaru, *op.cit.*, p.12.
- ¹⁸ Bouzat P., *Droit pénal général*, în: Bouzat P., Pinatel J., *Traité de droit pénal et criminologie*, citat de I. Poenaru, *op.cit.*, p.29.
- ¹⁹ A se vedea, Newman D.J., *op.cit.*, p.415.
- ²⁰ Em. de Girardin, *Droit de punir*; Ch. Fére, *Crime et repression*, citat de I. Tanoviceanu, *op.cit.*, p.304.
- ²¹ A se vedea, Newman D.J., *op.cit.*, p.415.
- ²² A se vedea, Breillat D., *L'abolition mondiale de la peine de mort. A propos du 2^e Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort.*, în Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, nr.2, aprilie-iunie, 1991, p.262.
- ²³ A se vedea, Breillat D., *op.cit.*, p.262.
- ²⁴ *Ibidem*, p.263.
- ²⁵ *Ibidem*, p.262.
- ²⁶ Adoptat de Adunarea Generală a O.N.U. prin Rezoluția 2200 A(XXI), la 16 decembrie 1968; intrat în vigoare la 23 martie 1976; România a ratificat tratatul prin Decr. 212/31-octombrie 1974.
- ²⁷ A se vedea, Breillat D., *op.cit.*, p.266.
- ²⁸ Breillat D., *op.cit.*, p.272-273; "Le 2^e Protocole ne peut être considéré comme un 6^e Protocole bis.", p.271.
- ²⁹ Cu excepția prevederilor din Codul justiției militare (pedeapsa cu moartea pe timp de război), în textul art.16 a fost reprodus și de Constituția din 1923.

REFLECȚII ASUPRA PEDEPSEI CU MOARTEA

³⁰ Prin legea din 24 septembrie 1938, ca pedeapsă de drept comun: "Pedeapsa cu moartea se aplică în timp de război potrivit Codului justiției militare. Consiliul de Miniștri va putea decide aplicarea dispozițiilor din aliniatul precedent și în timp de pace, pentru atentate împotriva Suveranului, Membrii Familiei Regale, Șefilor Statelor Străine și demnitarilor statului de mobile în legătură cu exercițiul funcțiunilor ce le sunt incredințate, precum și în caz de tălhărie cu omor și assassinat politic".

³¹ Poenaru I., *op.cit.*, p.75.

³² Legea nr.50/1945 și legea nr.312/1945.

³³ A se vedea, Poenaru I., *op.cit.*, p.78.

³⁴ Poenaru I., *op.cit.*, p.220.

³⁵ Edictat de organul suprem al puterii de stat nou instaurate în decembrie 1989, Consiliul Frontului Salvației Naționale; publicat în Monitorul Oficial nr.2 din 5 ianuarie 1990.

³⁶ Prin Comunicatul CFSN din 18 ianuarie 1990, publicat în M.Of., Anul II – Nr.12, din 19 ianuarie 1990 (cu 117 voturi pentru, nici un vot contra și 4 abțineri). Secția vest-germană a organizației "Amnesty International" a adresat conducerii CFSN, pe 17 ianuarie 1990, o scrisoare prin care s-a lansat apelul de a se evita reintroducerea pedepsei cu moartea prin referendumul prevăzut pentru 28 ianuarie.

³⁷ Breillat D., *op.cit.*, p.278, în contextul prezentării situației statelor favorabile desființării pedepsei cu moartea – statele Europei Occidentale și Orientale, remarcându-se întâi excepția România prin abținerea de la adoptarea, pe 15 decembrie 1989, a textului celui de al 2-lea Protocol adițional la Pactul cu privire la drepturile civile și politice.



PRINCIPIILE FUNDAMENTALE ALE DREPTULUI PENAL. I

DE

NARCIS GIURGIU

Secțiunea I. Considerații introductive

1. Deși doctrina cunoaște o relativă diversitate în abordarea, formularea și tratarea principiilor care stau la temelia organizării și realizării represiunii penale, majoritatea autorilor români sunt de acord în a considera că pe ansamblul ei reglementarea juridico-penală actuală este subordonată acțiunii a cel puțin patru valori fundamentale : legalitatea incriminării, răspunderii penale și a pedepsei, umanismul represiunii, egalitatea legii penale și personalitatea dreptului penal (v. C.Bulai, *Drept penal, Partea generală*, Editura "Sansa", București, 1992, vol. I, p. 41-43; M.Zolyneak, *Drept penal, Partea generală*, Editura "Chemarea", Iași, 1992, vol. I, p. 131-59 ; M.Basarab, *Drept penal, Partea generală*, Editura "Chemarea", Iași, 1992, vol. I, p.6-II și Constantin Mitrache, *Drept penal, Partea generală*, Universitatea din București, Facultatea de Drept, 1983, p.10-16).

Pe cale de consecință, deși unii autori menționează și alte valori dirigitoare ale dreptului penal, cum ar fi acelea a apărării sociale, a individualizării sancțiunilor, a unicității temeiului răspunderii penale sau specialității tratamentului penal al minorității etc., de principiu există unanimitate în a se recunoaște că cerințele de *legalitate, umanism, egalitate și personalitate* reprezintă valorile de maximă importanță și semnificație pentru organizarea și orientarea actualului sistem represiv românesc.

Intr-adevăr, acționând ca adevărate idei-forță ale întregii legalități penale, cerințele menționate se constituie în suportul teoretic și teleologic al tot atâtea reguli sau principii fundamentale ale dreptului penal și anume: principiul

legalității penale, principiul umanismului represiunii penale, principiul egalității legii penale și principiul personalității dreptului penal.

Cât privește acțiunea celorlalte valori sau reguli incidente în dreptul penal – cum sunt cele enumerate anterior – acestea fie sunt de o natură “ideologică” relativă (ca principiul “apărării sociale”), fie au un caracter strict tehnic (ca principiul incriminării numai a faptelor ce prezintă pericol social) sau instituțional (ca principiul prevenirii ori cel al individualizării sancțiunilor de drept penal).

2. Desigur, nu toate principiile fundamentale sunt exclusive dreptului penal. Astfel, valorile de *umanism* și *egalitate* a legilor sunt, prin rațiune și consacrare constituțională, de incidentă generală pentru întregul sistem de drept actual, putând fi considerate suportul juridico-moral al unor reguli cu aplicabilitate comună.

Pe de altă parte, este iarăși evident că valorile de legalitate a incriminării și pedepselor ori de personalitate a legii penale prin însăși rațiunea instituirii și problematica aplicării sunt, prin excelență, de incidentă specifică dreptului penal, constituind suportul unor principii fundamentale absolut originale și specifice. Dacă primele dintre principiile fundamentale, în principal, funcții de corelare și integrare a dreptului penal în sistemul dreptului pe ansamblul său, celelalte realizează, în principal, funcții de organizare și realizare a legislației penale potrivit naturii și finalității proprii.

3. Fără a încerca să devină polemic, studiul de față este destinat relansării interesului pentru cercetarea principiilor de bază ale dreptului penal, mai ales din perspectiva noii problematici și percepții asupra drepturilor și libertăților cetățenești pe care o pune evoluția țării noastre pe direcția afirmării statului de drept.

Din rațiuni de spațiu tipografic, studiul cuprinde într-o primă notă considerații numai cu privire la primul și cel mai important dintre principiile fundamentale specifice ale dreptului penal și anume : principiul legalității penale (denumire sintetică pe care o preferăm).

Într-o două notă urmează să apară în paginile aceleiași publicații, considerațiile noastre privind celelalte principii fundamentale și anume: al umanismului represiunii penale, al egalității legii penale și al personalității dreptului penal.

Secțiunea a II-a. *Principiul legalității penale* (Concept. Caracterizare. Implicații)

1. Din chiar momentul enunțării sale de către Cesare Baccaria prin intermediul cunoscutului adagiu latin “nullum crimen sine lege, nulla poena sine

lege", principiul legalității penale a fost destinat să se constituie ca principal instrument de protecție juridică a celor confruntați cu represiunea penală.

Deplasându-și treptat accentul pe efectul de neretroactivitate a legii penale și abordând o viziune de tip dinamic față de nenumărările schimbări intervenite în perimetru legizației penale moderne, principiul legalității și-a reafirmat însemnatatea prin consacrări succesive de cea mai mare anvergură cum ar fi "Declarația drepturilor omului și cetățeanului" din 1798, "Declarația universală a drepturilor omului" adoptată la 10 decembrie 1948 de O.N.U. și "Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice" adoptat de același organism la 16 decembrie 1966. Din acest pact reproducem dispoziția art. 15 care formulează principiul legalității penale în noua sa viziune, după cum urmează: "Nimeni nu va fi condamnat pentru acțiuni sau inacțiuni care, în momentul în care au fost săvârșite, nu constituau un act delictuos potrivit dreptului național sau internațional".

Perspectiva "curgerii" dreptului penal și efectul de neretroactivitate a legilor sunt prevalente și în formulările alocate principiului legalității de legizațile penale mai noi din Occident. Astfel, în timp ce Codul penal francez prevede în art. 4 că: "nici o contravenție, nici un delict, nici o crimă nu pot fi pedepsite cu pedepse care nu erau prevăzute de lege înainte ca ele să fie comise". Codul penal belgian, într-o formulare mai sintetică, prevede în art. 2, în mod asemănător că: "nici o infracțiune nu poate fi pedepsită cu pedepse care nu erau prevăzute de lege înainte ca infracțiunea să fie comisă".

Și încă o observație. Formularile celor două legizații citate consacră doar o parte a principiului legalității penale și anume cea referitoare la pedeapsă. Modul reglementării și consecințele aplicării sale practice implică și presupun însă, în mod necesar, și o consacrată subînțeleasă a cerinței de legalitate a "incriminării". Într-adevăr, această de a doua latură a legalității penale este atât de general și unanim admisă în legislația și practica judiciară contemporană, încit chiar și în lipsa unei formulări explicite ea nu mai este de principiu contrazisă de nimeni, majoritatea constituțiilor moderne conținând reglementări de natură a-i asigura o incidentă nestingherită.

2. Începând cu primul Cod penal român din 1885, principiul legalității penale a beneficiat de consacrări succesive în toate codurile care i-au urmat, iar în prezent și de o reglementare la nivel constituțional. Astfel, prin dispoziția de principiu înscrisă în art. 72 lit. h, Constituția din 1991 prevede că regimul infracțiunilor, pedepselor și a condițiilor lor de executare se stabilește *numai prin legi organice*, iar prin dispoziția înscrisă în art. 23 (g) că "nici o pedeapsă nu poate fi stabilită sau aplicată decât în condițiile și temeiul legii" (s.n.).

In același timp, Codul penal conține și el o reglementare a principiului legalității penale prin dispoziția înscrisă în art. 2 în sensul că numai "legea

prevede fapte care constituie infracțiuni, pedepsele ce se aplică infracțiunilor și măsurile ce se pot luce în cazul săvârșirii acestor fapte".

Între cele două categorii de reglementări care vizează, de fapt, consacrarea aceluiași principiu, nu există deosebiri de natura esenței, mesajul lor identic. Formularile pe care le conțin pun în evidență însă unele avantaje sau imperfecțiuni ale formularilor incluse.

Astfel, în timp ce dispoziția înscrisă în art. 72 este prea sintetică, rezumându-se la simpla înșiruire a instituțiilor la care se referă, dispoziția înscrisă în art. 32 (g), deși mai analitică decât cea din Codul penal, inclusiv și expresia în condițiile și temeiul legii", nu se referă decât la instituția pedepsei. Ambele nu conțin, pe de altă parte, nici o referire explicită la cerința neretroactivității legii penale, cerință reglementată de principiu pentru toate tipurile de legi în dispoziția înscrisă în art. 15 (2) potrivit căreia "legile dispun numai pentru viitor, cu excepția legii penale mai favorabile".

În același timp, dispoziția înscrisă în art. 2 din Codul penal, deși beneficiază de o redactare mai reușită, prezintă și ea cel puțin două neajunsuri: primul, se referă la lipsa unei mențiuni referitoare la aplicarea pedepsei sau a celorlalte măsuri prevăzute de legea penală numai "în condițiile și în temeiul legii", al doilea, la absența unei formulari de natură a pune accentul pe caracterul general de neretroactivitate al legii penale, situație rezolvată însă prin înscrerea unor prevederi separate în art. 10 -12 din Codul penal.

După opinia noastră și trecind peste operațiunile de tehnică legislativă care au stat la baza formularilor menționate, credem că principiul legalității poate fi definit cel puțin sub raportul implicațiilor sale în planul dreptului substanțial în felul următor:

"Nimeni nu poate fi supus răspunderii penale decât în condițiile legii și numai pentru fapte prevăzute de aceasta ca infracțiuni atât la data săvârșirii, cât și a judecării lor.

Nimeni nu poate fi supus pedepsei ori unor măsuri educative, de siguranță sau de ocrotire decât în temeiurile, cazurile și condițiile prevăzute de legea penală".

Definiția pentru care am optat are numai însușirea de a încerca o formulare unitară pentru determinarea statutului juridic al principiului legalității penale sub toate laturile sale de incidență instituțională, dar și pe aceea de a sublinia și caracterul de neretroactivitate al legii penale, care reflectă sub raport dinamic în "curgerea" dreptului normativ, principala sa consecință. Ea mai prezintă și avantajul de a nu permite nici un fel de discriminări între instituțiile de bază ale dreptului penal: *infracțiunea, răspunderea penală și sancțiunea de drept penal* sau între diferite categorii de sancțiuni ale dreptului penal (pedepse sau măsuri educative etc.).

În această acceptiune, singura de interes actual pentru evoluția sistemului nostru penal, principiul legalității penale corespunde mai degrabă, adagilor “nullum crimen, nulla poena sine lege previa” sau chiar “sine lege poenali anteriori”, decât adagiu clasic de “nullum crimen, nulla poena sine lege”.

Pe de altă parte, luându-se în considerație și implicațiile același principiu în planul dreptului procesual penal, s-ar putea perora în continuare pe formulări din ce în ce mai extinse ca “nulla poena sine judicio” sau “nullum judicium sine lege” (a se vedea în acest sens și remarcile lui C.Bulai, *op.cit.*, p.41).

Vom examina, în cele ce urmează, principalele consecințe ale principiului legalității penale în materia *incriminării, răspunderii penale și a sanctiunilor de drept penal* – cele trei mari instituții ale dreptului penal substanțial – punând în evidență implicațiile pe care acesta le atrage în planuri succesive, mai întâi în faza de creație legislativă, față de legiuitorul penal iar, mai apoi, în faza de aplicare a legii la cazurile concrete, față de autoritățile de jurisdicție penală, consecințe și efecte cu caracter *imediat și general*.

Într-un plan secund vom cerceta și evalua consecințele “immediate” pe care principiul legalității penale le produce în unele materii ca aceea a izvoarelor de drept și a succesiunii legilor penale.

Modelul cercetării ne-a fost sugerat, în parte, de francezii Roger Mérle și André Vitu (în *Traité de droit criminel*, Paris, 1967, p. 103 și urm.), în parte de specialiști români care relevă în mod curent efectele principiului în materia izvoarelor de drept penal, al succesiunii legii penale în timp și al interpretării normelor de drept penal.

Secțiunea a III-a. Efecte ale principiului legalității penale în materia instituțiilor fundamentale ale dreptului penal

A. In ce privește cerința legalității incriminării

Legalitatea penală presupune ca primă cerință pe cea înscrișă în adagiu *nullum crimen sine lege praevia*, potrivit căreia *nimeni nu poate fi ținut să răspundă decât pentru o faptă prevăzută ca infracțiune atât la data săvârșirii, cât și a judecării ei*. După cum este lesne de observat, legalitatea incriminării vizează două nivele distincte ; atât cel al legiferării penale, deci al incriminării propriu-zise, cât și cel al aplicării dispozițiilor incriminatoare deci al constatării judecătoarești a săvârșirii unei infracțiuni. Sub acest aspect, efectele principiului legalității incriminării se răsfrâng deopotrivă, dar în chip diferit, atât asupra legiuitorului penal, cât și asupra instanțelor judecătoarești. Le vom explica pe rând, încercând relevarea celor mai semnificative.

1. Față de legiuitorul penal, principiul legalității incriminării impune drepturi, obligații și limite specifice :

a) În primul rând și, după cum este firesc să se întâmple în regimul unui stat de drept întemeiat pe fundamentalul separării principalelor autorități publice sau funcții ale puterii, principiul legalității atribuie *exclusivitatea creării normelor de drept penal*, deci al incriminării *Parlamentului*.

Fiind singura autoritate publică abilitată prin Constituția cu funcția legislativă a incriminării, Parlamentul nu poate *nici ceda și nici delega* exercitarea ei, în tot sau în parte, permanent sau excepțional vreunei alte autorități publice, cum ar fi cea executivă sau judecătorească.

În același timp, nu poate permite nici organelor judecătorești libertatea aleggerii procedurilor de urmat sau de a-și determina în mod arbitrar competențele și nici executivului libertatea de a pune sau nu în aplicare, ori de a stabili alte condiții decât cele prevăzute de lege pentru măsurile luate de instanțele judecătorești.

b) Legislativului îi revine nu numai monopolul creării normelor de drept penal, dar și *obligația exercitării efective și eficiente a funcției incriminării*. Această cerință presupune o asemenea organizare a funcției incriminării la nivel parlamentar, încit să se asigure în condiții de maximă *oportunitate și eficacitate* apărarea societății prin mijloace de drept penal împotriva criminalității și, în același timp, atingerea legii penale. Sub acest aspect, Parlamentului îi revine misiunea de a reprezenta *principalul segment al politiciei penale la nivel de stat*.

c) În al treilea rând, legislativului îi revine sarcina de a evalua și eticheta ca infracțiuni *numai acele fapte cu caracter antisocial care aduc atingeri semnificative sau pun în pericol real* principalele valori sociale, umane, spirituale etc. care constituie ordinea de drept.

d) Principiul legalității incriminării impune legislativului și *exigențe importante în planul tehnicii legislative*. Sub un prim aspect se impune cerința elaborării unor texte *simple și clare*, conținând formulări de o căt mai mare transparentă și accesibilitate publică. În funcție de calitatea elaborării textelor de drept penal se află nu numai gradul de adresabilitate – cu toate consecințele ce decurg de aici – a normei penale, dar și aptitudinea ei de a evita arbitrariul iudiciar, favorizat întotdeauna de exprimările vagi și imprecise ale legii penale. Duhul și doilea aspect, principiul legalității incriminării pretinde legiuitorului adoptarea unor texte căt mai *complete* pentru a scopri toate ipotezele de bază ale incriminării și căt mai precise pentru a servi la stabilirea comunității și exactă execuției unor termeni sau expuneri și la determinarea cără echivalență mitelor penale ale cărora este incriminată. Desigur, ceea ce elaborării unor texte legale și complete nu poate fi împinsă la absurd și giulețului penal nu îl va putea ajuta în astfel niciodată, să aducă reglementarea penală până la nivelul unor exprimări de detaliu.

e) O altă implicație a principiului legalității incriminării față de legiuitorul penal – vizând sensul reglementării penale propriu-zise se referă la cerința ca aceasta să se înscrive în limita respectării și promovării valorilor fundamentale consacrate în Constituție, organizând și realizând întregul proces de legiferare penală în strictă conformitate cu spiritul acesteia. Sub acest aspect rezultă printre altele și consecința *inadmisibilității ordonării vreunei dispoziții penale care să implice încalcarea drepturilor și libertăților cetățenești consacrate prin Constituție sau retroactivitatea vreunei legi penale.*

f) În sfârșit, autoritatea legislativă nu are dreptul de a aplica ea însăși legea penală la cauzele concrete. *Legislativul exclude dreptul la jurisdicție.*

2. Față de autoritatea judecătorească, principiul legalității incriminării impune, de asemenea, drepturi, obligații și limite specifice.

a) Ca urmare a legalității incriminării dar și a cerinței separației funcțiilor puterii în stat, judecătorilor nu le revine nici un rol, în procesul de creare a normelor de drept penal, drepturile și obligațiile puterii judecătoarești înscriindu-se numai în sfera aplicării acestor norme la cazurile concrete, în limite și după proceduri dinainte prestatibile prin lege.

Realizând doar o funcție consecutivă celei legislative, de *simplă jurisdicție*, puterea judecătorească nu poate fi nici *opusă*, nici *desprinsă* de serviciul și obiectivele generale ale acestui proces. Într-adevăr, deși legile sunt, în mod normal, susceptibile de interpretare, judecătorul nu are niciodată libertatea unei interpretări care să se îndepărteze de scopurile urmărite de legiuitor. Cu alte cuvinte, deși reprezintă o autoritate publică separată în stat, judecătorul este legat din punctul de vedere al politicii legislative, datorând respectul cuvenit legii, atât în spiritul, cât și în litera ei.

În consecință, el nu poate nici *refuza* aplicarea legii și nici decide *"contra legem"*.

b) În al doilea rând, aplicând legea la cazurile concrete, principala misiune a judecătorului (presupunând drepturi și obligații corelativ) în raport cu principiul legalității incriminării este aceea de a determina cu exactitate încadrarea juridică a faptelor supuse judecății, operație ce presupune raportarea faptelor reînunțate la toate dispozițiile legale cu caracter penal general sau special, ce ar putea servi la o corectă determinare juridică a faptei și individualizare a răspunderii penale a celui judecat. *În cadrul acestei operații, adeseori labioasă și dificilă, judecătorul are atât obligația de a ţine seama de toate elementele și cerințele incriminării legale, cât și pe cea de a nu putea adăuga sau modifica nici una din aceste cerințe.*

În consecință, o încadrare juridică se consideră exactă, iar principiul legalității să fie respectat când judecătorul stabilește o coincidență deplină între cerințele unui anumit text incriminator și particularitățile concrete ale cauzei

supuse judecății (luându-se evident, în considerație și incidența dispozițiilor penale cu caracter general). Cu alte cuvinte, judecătorul nefiind creator de normă juridică nu are dreptul de a institui noi infracțiuni pentru uzul uneia sau mai multor cauze și nici de a modifica pe cele existente în lege.

c) Având dreptul și obligația stabilirii coincidenței dintre conținutul generic al legii penale și conținutul strict individual al faptei cu care este sesizat, deci al încadrării juridice, judecătorul va fi ținut potrivit cerinței legalității unei conduite de apreciere suverană, atât a faptelor, cât și a coincidenței lor cu legea, dar *de strictă interpretare a acesteia din urmă*. Ca atare, în sfera dreptului penal, *regula de bază va fi aceea a strictei interpretări a legii penale* (poenalia strictissime sensu sunt), aceasta *singură putându-l menține pe judecător în strânsă corelație și consecvență cu adevărata scopuri ale legii penale*.

Pe cale de consecință, orice tendință arbitrară de interpretare restrictivă sau extensivă a conținutului sau sferei de aplicare a unei norme de drept penal vine de principiu în contradicție cu principiul legalității.

Sub presiunea liberalizării dreptului penal în statul de drept și în scopul asigurării unei protecții juridice superioare libertăților și drepturilor infractorilor, doctrina occidentală promovează în ultimul timp o metodologie mai complexă și nuanțată în materia interpretării, socotindu-se că, în timp ce normele cu un caracter defavorabil, cum sunt cele ce conțin incriminări – trebuie supuse unei interpretări stricte, cele cu un caracter favorabil infractorilor – cum sunt cele care instituie diferite cauze justificative sau de neimputabilitate, trebuie supuse unei interpretări extensive, numai în acest mod judecătorul putând evita în mod real o aplicare excesivă a dreptului penal (G.Stefani, G.Lavasseur, B.Bouloc, *Droit Pénal Général*, onzième edition, Dalloz, 1980, p.159-160a).

După cum am subliniat și cu alt prilej, deși metodologia sus arătată urmărește să asigure o mai bună corelare a cerințelor principiului legalității cu cele ale umanismului legii penale, creditându-se astfel cu cele mai bune intenții, ea prezintă și riscul ca prin aplicare la cazurile concrete, judecătorul să se abată (fără a dispune de nici un fel de criterii și fără a fi supus vre unor limitări precise) de la adevărata voință a legii, atât interpretarea extensivă, cât și cea restrictivă purtând în sine și pericolul virtual al încalcării principiului legalității.

De altfel, teoria interpretării legii penale nu evoluează fără convulsii. După cum remarcă L.Legros (V.“Avant project de code pénal” Bruxelles, 1985, p.17), principiile de bază ale interpretării legii penale conforme tendințelor actuale ale interpretării în dreptul penal ar fi următoarele : 1) interpretarea strictă nu este sinonimă cu interpretarea exigetică și trebuie să funcționeze în raport cu voința legiuitorului înțeleasă în mod rezonabil ; 2) interpretarea strictă nu

privește decât dispozițiile defavorabile celui chemat să răspundă și nu pe cele care îi sunt favorabile, acestea din urmă putând fi, dimpotrivă, extinse, chiar pe cale de analogie, cu excepția scuzelor legale ; 3) îndoiala asupra sensului legii nu profită în mod necesar celui urmărit, făcând trebui să-l conducă pe judecător la cercetarea sensului pe care acesta înceleze să-l atribuie textului; și, în sfîrșit, 4) concepțele dreptului penal trebuie, în afara unor prevederi contrare, să fie înțelese în sensul lor curent și nu în sensul lor tehnic. Cu alte cuvinte, principiul lor general potrivit căruia dreptul penal este de strictă interpretare cu corolarul său că, extinderea legii prin analogie este interzisă ar trebui să se supună acestor nuanțări la care judecătorul este chemat să se conformeze. După cum rezultă din sursele bibliografice mai des citate în această materie, dintre principiile enunțate, aspectele cele mai delictate de aplicare le antrenează cel al interpretării analogice, care se află la nivelul unei atingeri iminentă a principiului legalității incriminării. Pentru a evita această coliziune, Curtea de Casătie din Bruxelles (Cass., 25 juin 1956, Pas., 1956, I, p. 535, citată de Fr. Tulkens et M. van de Kerchove, "Certitudes et incertitudes dans l'evolution du droit pénal en Belgique", în Revue interdisciplinaire d'étude juridiques, second numero, special anniversaire 1987-1988, nr. 22/1989, p.161) s-a străduit să stabilească o distincție între *interpretarea ei evolutivă* înțeleasă ca o aplicare a acesteia la fapte pe care legiuitorul a fost în imposibilitatea absolută să le prevadă pe care o admite. În acest sens, interpretarea evolutivă a legii penale trebuie să se supună unei duble condiții, și anume ca voința legiuitorului de a incrimina fapte de aceeași natură să fie certă, iar aceste fapte să poată fi cuprinse în definiția legală a infracțiunii. În acest sens, practica judiciară a putut reprema în lipsa unui text adecvat sustragerile frauduloase de curenți electrici denumiți "slabi" în materie de teledistribuție, sustragerile de programe informatici sau ultrajul la bunele moravuri realizat prin intermediul imaginilor vehiculate prin videocasete. Desigur, cauzistica menționată ridică dificultăți de apreciere, în sensul dacă diversele ipoteze pe care le reprezintă satisfac în mod strict metodologia impusă de Curtea de Casătie beliană, în realitate o astfel de interpretare evolutivă a legii penale sprijinindu-se până la urmă, tot pe mecanismul unei interpretări analogice a legii penale (A se vedea, în acest sens, și autorii sus cități, p.162).

În realitate, principiul legalității incriminării impune judecătorului o restricție absolută în privința posibilității acestuia de a aplica legea penală prin analogie, adică prin aplicarea unei dispoziții penale care ar conține elemente asemănătoare cu cele ce ar particulariza fapta, dar fără ca aceasta să fie incriminată ca atare.

d) În sfîrșit, tot datorită exigențelor aceluiași principiu, judecătorii nu au cadrarea de a aplica dispoziții penale incriminării ieșite din vigoare și nici norme

în vigoare la fapte săvârșite înaintea lor, decât în cazurile și condițiile prevăzute de lege.

De asemenea, judecătorul nu este în drept să aplique norme aflate în faza de proiect sau antiproiect legislativ, de dezbatere parlamentară etc.

B. In ceea ce privește răspunderea penală

Nici legalitatea incriminării și nici cea a pedepsei prin ele însese nu presupun în mod necesar și cerința legalității instituirii ori stabilirii răspunderii penale. În adevăr, chiar în situația respectării cerințelor ca numai legea să institue infracțiuni sau pedepse, nici una din acestea nu ar putea împiedica rezolvarea chestiunilor legate de constatarea răspunderii penale și în alte condiții decât cele prevăzute de lege.

Evitarea unei astfel de situații cu torul contrarii conținutului și finalității legii penale este asigurată prin consacrarea principiului legalității și cu privire la modul de instituire și constatare a răspunderii penale. În acest sens, art. 17 alin. 2 din actualul Cod penal (1968) conține dispoziția de principiu potrivit căreia "infracțiunea este singurul temei al răspunderii penale".

Potrivit cerinței legalității răspunderii penale, înțelegem într-o formulare mai elastică că o persoană poate fi trasa la răspundere penală numai în temeiul, cazurile și condițiile prevăzute de lege.

Din examinarea cerinței legalității răspunderii penale rezultă efecte specifice atât față de legiuitorul penal, cât și față de autoritatea judecătorească.

1. Față de legiuitorul penal

Principiul legalității răspunderii penale impune exigențe specifice față de legiuitorul penal, determinând drepturile și obligațiile ce-i revin în faza instituirii regimului juridic al acestei răspunderi și limitele în care și le poate exercita.

a) Sub un prim aspect, legiuitorului penal îi revine *dreptul și obligația exclusivă de a stabili regimul juridic general al răspunderii penale fixându-i temeiul, conținutul căt și limitele*. La determinarea acestora, legiuitorul operaază prin intermediul unor reglementări de natură a fixa cadrul general al răspunderii penale, conținutul acesteia și caracterul ei specific penal.

b) În al doilea rând, legiuitorul penal are dreptul și obligația de a determina în mod strict *cadrul general al criteriilor* cu un caracter obligatoriu sau facultativ înlăuntrul căruia urmează a se realiza *individualizarea răspunderii penale*.

c) În al treilea rând, tot legiuitorului îi revine dreptul și obligația *determinării stricte a cazurilor și condițiilor* în care poate opera *înlăturarea, înlocuirea, agravarea sau atenuarea răspunderii penale*.

d) Evident, legiuitorul penal *nu poate institui el însuși* în mod direct sau prin delegarea altor autorități din afara puterii judecătoarești, *răspunderea penală* în sarcina vreunei persoane, situație care ar presupune o flagrantă încâlcare a principiului separației autorităților publice.

e) În planul dreptului instrumental, cerința legalității răspunderii penale impune o *astfel de organizare judiciară a tragerii și supunerii la răspundere penală* a infractorilor încât *aceasta să se realizeze în cadrul unui proces imparțial, just și echitabil* cu asigurarea unui minim decent de drepturi și garanții procesuale prin a căror exercitare să poată fi valorificate orice circumstanțe reale sau personale, de natură a conduce la stabilirea, înlăturarea, înlocuirea sau atenuarea răspunderii penale.

2. Față de autoritatea judecătorescă

Cerința legalității va opera cu exigențe specifice și în faza constatarii și determinării judiciare a răspunderii penale, la nivel strict individual.

a) Sub un prim aspect, cerința legalității determinării răspunderii penale în activitatea judiciară presupune o *strictă respectare a tuturor dispozițiilor legale cu caracter general sau special care stabilesc temeiul, conținutul, specificul și limitele acestei răspunderi*, judecătorului nefiindu-i îngăduit să intervină cu elemente de natură a modifica cadrul și statutul juridic al răspunderii penale instituit.

b) Sub un al doilea aspect, judecătorului îi revine în mod specific dreptul și *obligația individualizării răspunderii penale la cazurile concrete*, operație în al cărei cadru complex trebuie să pună în lucrare atât criteriile legale obligatorii, cât și pe cele facultative, de individualizare a acestei răspunderi, stabilind atât felul, cât și gradul concret individual al acesteia în strictă conformitate cu spiritul și finalitatea legii penale.

c) Sub al treilea aspect, *judecătorul nu are dreptul de a institui noi cauze de înlăturare, înlocuire sau modificare* (prin agravare sau atenuare) a răspunderii penale, altele decât cele prevăzute de lege.

d) În sfârșit, sub un unghi subsecvent, strict procesual, *judecătorul are obligația de a-și desfășura activitatea în asemenea condiții încât să asigure realizarea unui proces imparțial, just și echitabil*, asigurând valorificarea corectă de către infractor a tuturor și garanțiilor procesuale instituite în favoarea sa.

C. In ce privește sanctiunea de drept penal

Principiul legalității ar fi lipsit de eficiență necesară dacă nu și-ar extinde efectele și asupra pedepsei penale sau a celorlalte măsuri cu caracter educativ, de siguranță sau de ocrotire ce se pot lua în baza legii penale.

În raport de prevederile art. 23 (9) și 72 din Constituție și art. 2 Cod penal credem că principiul legalității în materia sanctiunilor de drept penal ar putea primi următoarea formulare: "Nici o pedeapsă, măsură educativă sau de siguranță ori de ocrotire nu poate fi stabilită sau aplicată decât în temeiul și condițiile legii". Din cuprinsul acestei definiții care încearcă să valorifice elementele cele mai utile din cele două formulări legale, rezultă că principiul legalității sanctiunilor de drept penal trebuie considerat pe valențe de ordin *legislativ* (cât privește instituirea sistemului de sanctiuni, a temeiului în baza căruia pot fi aplicate și a condițiilor), de ordin *jurisdicțional* (cât privește determinarea conținutului și limitelor dreptului de a stabili și aplica pedepse) și *execuțional* (cât privește cadrul, limitele și condițiile executării sanctiunilor de drept penal). Menționăm, în această ordine de idei, că, în timp ce pedepsele propriu-zise sau măsurile educative pot fi aplicate numai pe temeiul săvârșirii unor infracțiuni, măsurile de ocrotire sau cele de siguranță nu presupun, întotdeauna, implicarea acestuia. Astfel, în cazul măsurii internării obligatorii prevăzută de art. 114 din Codul penal, *temeiul* luării măsurii nu îl reprezintă săvârșirea unei infracțiuni, ci săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, în condițiile unei stări de pericol generate de o boală mintală sau o toxicomanie.

Principiul legalității sanctiunilor de drept penal, în conținutul și limitele evidențiate mai sus, implică cerințe specifice față de legiuitorul penal și, după caz, față de judecător.

1. Față de legiuitorul penal

a) Legiuitorului penal îi revine în exclusivitate dreptul și obligația de a institui prin lege *sistemul, felul și durata tuturor pedepselor și măsurilor de siguranță, educative sau de ocrotire* ce se pot lua împotriva persoanelor care săvârșesc fapte prevăzute de legea penală. De asemenea, tot legiuitorului îi revine dreptul și obligația exclusivă de a institui, prin lege, *temeiul și condițiile de stabilire și aplicare* a tuturor sanctiunilor de drept penal. Pe cale de consecință, legiuitorul penal nici nu va putea aplica el însuși vreo sanctiune de drept penal pentru săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală și nici nu va putea ceda sau delega dreptul instituirii sanctiunilor de drept penal, în tot sau în parte, permanent sau temporar, altor autorități publice, cum sunt cea executivă sau chiar cea judecătorească (ipoteze în care s-ar ajunge la o încălcare flagrantă a principiului constituțional al separației puterilor în stat).

b) Sub un al doilea aspect, principiul legalității impune cerința adoptării unei tehnici de reglementare dintre cele mai atente, astfel încât să se asigure nu numai o justă corelare și incidentă în materia sancțiunilor de drept penal a cerințelor celorlalte principii ale dreptului penal, cum sunt cele ale umanismului și egalității legii penale, dar și instituirea unui sistem sancționator eficient, coerent și riguros.

Dacă eficiența sistemului sancționator este de natură să asigure finalitatea legii penale atât sub aspectul funcțiilor de preventie generală și specială a pedepsei, cerințele de coerentă și precizie sunt de natură a asigura o represiune corectă și echitabilă, cu evitarea oricărora manifestări de arbitrar posibile, mai ales în condițiile funcționării unor sisteme sancționatorii insuficient închegate sau cu formulări lipsite de rigoare.

c) Tot legislativului penal îi revine obligația de a determina un cadru precis în conținut, condiții și limite a cauzelor legale generale sau speciale de nepedepsire, agravare sau atenuare a pedepselor.

d) În sfârșit, în vederea unei cât mai juste adaptări a pedepsei individual concrete la scopurile urmărite de legea penală, legiuitorului îi revine dreptul și obligația determinării regulilor, criteriilor generale și limitelor potrivit căror urmează a se realiza individualizarea judiciară și execuțională a pedepsei.

2. Față de autoritatea judecătorească

Cerința legalității sancțiunii de drept penal impune câteva exigențe specifice și în activitatea judecătorească.

a) În activitatea sa de aplicare a legii penale la cauzele concrete, judecătorul nu are dreptul de a refuza aplicarea vreunei din sancțiunile prevăzute de lege pentru fapta reținută și nici dreptul de a crea alte sancțiuni.

b) Judecătorul nu poate modifica temeiul sau condițiile în care urmează să fixeze sancțiunea de drept penal și nici nu poate modifica natura, felul sau durata acesteia.

c) Judecătorului îi revine dreptul și obligația de a aplica sancțiunile de drept în condițiile unei stricte individualizări, atât prin observarea regulilor și criteriilor legale de individualizare a sancțiunii prevăzute de lege, cât și prin stabilirea și valorificarea imparțială, justă și echitabilă a tuturor datelor și imprejurărilor concret individuale favorabile sau defavorabile făptuitorului.

d) În sfârșit, judecătorul nu are voie să aplice sancțiuni ieșite din uzul legii sau aflate în fază de proiect legislativ.

Secțiunea a IV-a. Alte implicații ale principiului legalității

În afara consecințelor pe care principiul legalității le antrenează în materia organizării incriminării, răspunderii penale și a sancțiunii de drept penal, autorii de drept penal insistă și asupra implicațiilor sale *indirecte* în materia izvoarelor de drept și a aplicării legii penale în timp. Deși implicațiile principiului legalității pot fi regăsite și în alte domenii, ne vom referi în acest cadru numai la trei corelații: în materia izvoarelor de drept penal, în raport cu aplicarea legii penale în timp și în raport cu celelalte principii fundamentale și instituționale.

A. In materia izvoarelor de drept

Potrivit sistemului consacrat de actuala Constituție, în art. 72 care a modificat implicit și dispoziția inscrisă în art. 141 din Codul penal, unicul izvor de drept prin intermediul căruia se vor exprima pe viitor normele juridice de drept penal intern, va fi *legea organică*.

Cum prevederile noii Constituții nu au abrogat expres sau implicit normele de drept penal conținute în decretele-legi emise de C.P.U.N. și nici în decretele emise și încă neabrogate ale fostelor structuri supreme ale puterii de stat, rezultă că, în prezent, izvoarele de drept penal intern se constituie într-un sistem complex, înăuntrul căruia fințează legea, decretele-legi și decretele încă neabrogate.

Alături de aceste izvoare de drept penal intern, în sistemul general al izvoarelor de drept penal consacrat atât de noua Constituție, cât și de Codul penal în vigoare, funcționează și tratatele ori convențiile internaționale, conținând normele de drept penal la care a aderat statul român, în regimul asigurării priorității de aplicare a acestora din urmă (art. 7 Cod penal).

Aspecte inedite de considerare a materiei izvoarelor de drept penal se vor naște într-o perspectivă nu prea îndepărtată din faptul aderării României la structurile Comunității Economice Europene, sub raportul posibilității de o va deschide această aderare unor persoane fizice, de a se plângă împotriva actelor de jurisdicție penală internă, Curții de Justiție europeană. Într-un asemenea context, și al acceptării de către statul și cetățenii români a unor jurisdicții internaționale, principiul legalității se va supune unor noi evaluări.

B. In raport cu aplicarea legii penale în timp

În acest caz, principiul legalității impune atât regimul de legitimitate exclusivă a legii penale active de a se aplica faptelor săvârșite sub imperiul ei, cât și limitele de acțiune a legii penale în caz de conflict.

I. Sub primul aspect, vizând legitimitatea de aplicare a legii penale în vigoare, art. 10 din Codul penal înscrie formularea potrivit căreia: "legea penală se

aplică infracțiunilor săvârșite în timpul căt ea se află în vigoare". Deși formularea este deficitară, voința legiuitorului a fost în mod evident aceea că legitimitatea de aplicare a legii penale să fie determinată atât în raport cu durata propriei ei ființări (deci căt se află în vigoare), căt și în raport cu momentul săvârșirii infracțiunilor în limita aceleiași durate.

O primă consecință a aplicării principiului legalității rezultând, de altfel, din economia reglementărilor din Titlul I, cap. I, secțiunea a II-a, partea generală a Codului penal se exprimă în principiul activității legii penale în vigoare, potrivit căruia are legitimitate exclusivă de aplicare legea penală în vigoare la data nașterii raportului juridic penal, căt și la data soluționării lui pe cale judecătoarească. *Acest principiu având un caracter absolut, nu îngăduie pentru nici un motiv și în nici o situație aplicabilitatea altiei legi penale, atâta vreme căt se mai află în vigoare legea penală încălcată de infractor.* În consecință, în raport cu gestiunea și incidența altor legi penale succesive, legea penală nu este, de principiu, extractivă; ca atare, ea nu se va putea aplica nici retroactiv unor fapte săvârșite sub o altă lege, indiferent dacă aceasta le consideră sau nu infracțiuni.

II. Sub un al doilea aspect, vizând situațiile tranzitorii și anume a raporturilor juridice penale născute sub imperiul unei legi anterioare rămase nerelovate sub imperiul unei alte legi penale, deci care se nasc în condițiile unei continuări a incriminării, principiul activității legii în vigoare a cedat principiului aplicării celei mai favorabile (mitior lex) pe rațiuni ce țin de interferența sa necesară cu principiul umanismului dreptului penal (art. 13 Cod penal).

De asemenea, potrivit art. 12 alin. 2 vizând tot o situație de continuitate a incriminării "legea penală care prevede măsuri de siguranță sau măsuri educative se aplică și infracțiunilor care nu au fost definitiv judecate până la data intrării în vigoare a legii noi".

III. În sfârșit, sub un al treilea aspect, vizând situațiile de discontinuitate a incriminării, fie în sensul că legea penală mai nouă intervene cu o dezincriminare (abolitio criminis), fie cu o nouă incriminare (incriminare "ex novo"), principiul legalității și-a găsit exprimări specifice în art. 11 și, respectiv, art. 12 din Codul penal.

Astfel, potrivit art. 11 Cod penal care consacră neretroactivitatea legii penale, aceasta "nu se aplică faptelor care la data când au fost săvârșite, nu erau prevăzute ca infracțiuni", iar potrivit art. 12 Cod penal, legea penală "nu se aplică nici faptelor săvârșite sub legea vechea dacă nu mai sunt prevăzute de legea nouă".

În ceea ce privește legile penale temporare, în mod excepțional și pe rațiuni deosebite de politică penală, Codul penal în vigoare legitimează acțiunea

acestei legi și după ieșirea din vigoare (caz de ultraactivitate), art. 16 prevăzând că : "legea temporară se aplică infracțiunii săvârșite când era în vigoare, chiar dacă fapta nu a fost urmărită sau judecată în acel interval de timp".

IV. Doctrina mai veche a recunoscut fără rezerve și chiar în lipsa unei prevederi exprese și caracterul retroactiv al legii penale interpretative.

În acest context și ținând seama de dispoziția art. 15 (2) din noua Constituție (1991), potrivit căreia : "legea dispune numai pentru viitor cu excepția legii penale mai favorabile", se pune problema dacă, în conformitate cu principiul fundamental al legalității, au mai rămas în vigoare acele dispoziții din Codul penal care prevăd fie retroactivitatea, fie ultratrativitatea legii penale și dacă mai poate fi acceptată teza retroactivității legilor penale interpretative. Vom examina în mod succint aceste ipoteze.

a) *Cazul legii penale dezincriminatoare*. Potrivit opiniei celor mai mulți autori, dispoziția încadrată în art. 12 alin. 1, în sensul că : "legea penală nu se aplică faptelor săvârșite sub legea veche dacă nu mai sunt prevăzute de legea nouă", vizând cazul normelor penale dezincriminatoare (abolitio criminis) consacrat un caz de retroactivitate specială a legii penale întrucât orice dezincriminare presupune și un caracter retroactiv. Într-adevăr, prevăzând în mod expres că legea penală dezincriminatoare "nu se aplică" faptelor săvârșite sub legea veche care nu mai sunt prevăzute ca infracțiuni, legiuitorul dispune atât pentru viitor, înălțând posibilitatea tragerii la răspundere în baza legii noi care nu mai prevede infracțiunea respectivă, cât și pentru trecut, înălțând posibilitatea tragerii la răspundere în baza legii abolate. Cu alte cuvinte, disponând pentru viitor, o lege penală dezincriminatoare produce, prin însăși firea lucrurilor, efecte și pentru trecut.

În consecință, dispoziția cuprinsă în art. 12, alin. 1 din Codul penal, în măsura în care pedepsele și măsurile luate în baza legii vechi nu au fost executate, produce și asupra faptelor anterioare toate efectele pe care legea penală le preconizează și pentru faptele viitoare.

Putem vorbi deci, în continuare, chiar și în condițiile noii reglementări constituționale, printre altele, și de un caracter retroactiv al legii penale dezincriminatoare.

b) *Cazul măsurilor de siguranță sau a celor educative* (art. 12, alin 2). Literatura juridică de peste hotare este aproape unanimă în a recunoaște necesitatea caracterului retroactiv al acestor măsuri. Astfel, după cum relevă Francoise Tulkens și Michel van Kerchove : "în calitatea de corelator al principiului legalității delictelor și pedepselor, regula retroactivității este în mod tradițional limitată la pedepse și ea nu se aplică la măsuri", jurisprudența belgiană admitând-o în ce privește măsurile de siguranță ("de garde"), de educație, de prezervare a minorilor și de internare a bolnavilor mintali (V *Certitudes et*

incertitudes dans l'evolution de Droit penal en Belgie, 1967-1987, R.I.E.F., 1982, 22, p.168).

Vizând un caz de continuitate a incriminării, dispoziția inscrisă în art. 12, alin. 2 își găsește temeiuri depline atât în planul politicii penale, cât și a unei protecții superioare a persoanelor, în condițiile în care se presupune că legea nouă intervine, de regulă, cu un regim instituțional și operațional mai adecvat cerințelor de ocrotire a intereselor generale și a celor individuale. Din acest punct de vedere, apreciem că limitarea prin art. 13 (2) din actuala Constituție a cazurilor de admitere a retroactivității numai pentru legea penală nouă ce s-ar vădi mai favorabilă, nu contravine reglementării din art. 12, alin. 2 *care are și ea în vedere o situație de aplicare a legii mai favorabile* (alta decât cea prevăzută de art. 13 Cod penal).

c) *Cazul legii temporare.* Potrivit art. 16 din Codul penal : "legea penală temporară poate fi ultraactivă, aplicându-se infracțiunilor săvârșite în timpul că era în vigoare, chiar dacă fapta nu a fost urmărită sau judecată în acel interval de timp". În condițiile formulării constituționale din art. 15 (2), potrivit căreia : "legea se aplică numai pentru viitor, cu excepția legii penale mai favorabile", se naște întrebarea dacă dispoziția art. 16 din Codul penal a mai rămas în vigoare.

Considerăm că art. 15 (2) din actuala Constituție nu abrogă implicit regimul legilor penale temporare pentru trei argumente majore. Sub un prim aspect, este de reținut că, prin efectul ultraactivității, legea penală temporara acționează într-un sens larg tot "pentru viitor". Sub un al doilea aspect, este de observat că formularea constituțională vizează nu înlăturarea caracterului ultraactiv al legilor (legile civile sunt, de pildă, prin excelență, producătoare de efecte și pentru viitor), ci retroactivitatea acestora. În sfârșit, este greu de crezut că, Constituția din 1991 a urmărit eliminarea din arsenalul mijloacelor juridice de luptă împotriva criminalității a legilor temporare, prin excelență ultraactive, și a căror necesitate poate apare în situații de excepție.

d) *Cazul legilor interpretative.* Recunoscând în legea penală interpretativă un instrument de interpretare autentică posterioară a unor norme de drept penal, literatura juridică autohtonă nu a negat niciodată caracterul retroactiv al legii interpretative. Dimpotrivă, legea interpretativă prin care se înțelege acea lege ulterioară prin care se lămurește fie conținutul, fie cîmpul unor incriminări anterioare a fost considerată ca parte componentă a (chiar) legii interpretate și, ca atare, au efecte de aplicare din chiar momentul intrării acesteia din urmă în vigoare (V.C.Bulai, *op.cit.*, vol.I, p.65-66).

Pe fondul acestei soluții tradiționale, în literatura occidentală s-au conturat mai multe opinii.

Într-o primă opinie, rolul legilor penale interpretative, nefiind altul decât cel de a fixa sensul legii interpretative care va subzista nemodificat în continuare, chestiunea ultraactivității ar reprezenta o falsă problemă, întrucât nu poate fi acceptată decât soluția că legea penală trebuie înțeleasă și aplicată încă de la intrarea ei în vigoare, cu sensul lămurit ulterior. Cu alte cuvinte, legea interpretativă nu produce nici un fel de efecte proprii, ci îndeplinește doar serviciul de a prezenta într-un înțeles corect textul original. (Sau cum se exprimă F.Tulkens și M.van Kerchove în *Op. cit. supra*, p.168, "ce qui revient à dire que la loi interprétative est censée dire le texte original"). Judecătorul va aplica până la urmă o singură lege, pe cea interpretativă.

Potrivit celei de a doua opinii, exprimată și de autorii avant-proiectului nouui cod belgian, se propune modificarea art. 21 alin. 1 din actualul cod, în sensul extinderii retroactivității și asupra legilor interpretative, mai puțin cu privire la cele a căror interpretare nu ar fi mai favorabilă. În sfârșit, potrivit unui ultim punct de vedere, cel mai radical, se susține inadmisibilitatea practicării legilor penale interpretative, ca unele ce ar fi de natură să contravină principiului separației principalelor autorități ale puterii de stat.

Așa cum susține, M.Velu (*V. Droit Public*, t. I, nr.389, p.600, citat de E.Krings în "Consideration sur l'état de droit, la séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire", Journal de Tribunaux, 108 anné, n. 5817 din 30 septembrie 1989, Bruxelles), în condițiile statului de drept legiuitorul nu mai are posibilitatea adoptării unor legi interpretative pentru simpla rațiune că prin aceasta el ar aprecia ca inopportună jurisprudența anterioară referitoare la legea interpretativă, fără a putea pune sub nici o formă în discuție exactitatea sensului și înțelesului dat de Curți și Tribunale legii respective. Or, o asemenea evaluare cu efecte și pentru trecut, reprezintă în mod clar o ingerință a politicului în sfera activității judecătoreschi, ceea ce este intolerabil.

Ne declarăm în totul partizanii acestui ultim punct de vedere și apreciem că, în condițiile actualei forme de organizare a statului de drept în România, practica adoptării unor legi penale interpretative cu sau fără efect retroactiv ar contraveni principiului separației principalelor funcții ale puterii în stat, legiuitorului rămnându-i însă la îndemâna, pentru eliminarea unor neclarități sau imprecizii ale textului original, posibilitatea înlocuirii lui cu un altul mai reușit.

3. În raport cu celealte principii generale sau instituționale

Principiul legalității, ca principiu fundamental al dreptului penal, îndeplinește nu numai funcția organizării pe baza legii a activității de incriminare și a celei de jurisdicție penală, dar prin subordonarea principalelor instituții

ale dreptului penal pozitiv unui conținut, limite și discipline comune, constituie și oferă unicul cadru funcțional de incidență a celorlalte principii generale.

În același timp și împreună cu celelalte principii generale, principiul legalității și sigură cadrul întregului proces de elaborare și organizare normativă a celorlalte principii cu efecte mai restrânsse, cum sunt principiile instituționale ; constituindu-se și în principala sursă teoretică a unora din acestea. Din acest punct de vedere, este de observat că, deși principiile instituționale, guvernând numai anumite segmente ale reglementării penale, își pot trage izvoarele teoretice în diferite concepte sau puncte de vedere că se dezvoltă în sfera științei dreptului penal, alegerea, instituirea și operaționalizarea lor în dreptul penal pozitiv nu e posibilă decât în sensul și limitele prefigurate de principiile fundamentale, cărora le rămân subordonate, atât ca acțiune cât și ca finalitate. (A se vedea, în acest sens și autorii sus citați, p.162).

Secțiunea V – Principiul egalității legii penale

Principiul egalității legii penale nu este cunoscut în actuala legislație penală (Codul penal din 1968) printr-o dispoziție aparte. Cu toate acestea, incidența sa în cadrul legislației penale derivă, pe de o parte, din dispoziția cu caracter general inscrisă în Constituția României din 1991 și cuprinsă în art. 16 (1), potrivit căreia : "cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări", iar, pe de altă parte, din insuși conținutul normelor ce alcătuiesc ramura dreptului penal pozitiv care, prin modul organizării instituțiilor fundamentale ale infracțiunii, răspunderii penale și a sancțiunii de drept penal, nu îngăduie de principiu vreo discriminare în aplicarea normelor de drept penal față de destinatarii săi posibili pe criterii de ordin politic, economic, rasial, religios sau de altă natură.

Sunt analizabile două aspecte : cel legat de conținutul reglementării propriu-zise, care trebuie să evite orice consacrare a unor dispoziții cu caracter de privilegiu, de favoare în beneficiul unor făptuitori, pe criterii de ordin politic, național, etnic, rasial, religios etc. și cel legat de posibila aplicare inechitabilă și discriminatorie a unor dispoziții penale în funcție de asemenea criterii, la cazurile concrete.

Deși egalitatea nu înseamnă identitate, excluzând, de principiu, atât privilegiul cât și discriminarea¹, ea presupune în schimb, prin jocul de reguli și instituții cu caracter penal, în mod firesc, diferențierea și individualizarea răspunderii penale. Intr-adevăr, fiind direct opus privilegiului și discriminării, principiul egalității legii penale cultivă și fundamentează împreună cu principiul personalității legii penale, cerința individualizării stricte a răspunderii penale și a sancțiunilor de drept penal.

Aceasta înseamnă că diferențierea și individualizarea răspunderii penale și a sancțiunilor între diversi infractori pentru săvîrșirea unor fapte asemănătoare urmează să se facă numai în funcție de criteriile de factură penală strict prevăzute de lege și în condiții care să le asigure o poziție penală echitabilă și nediscriminatorie.

Principiul egalității legii penale este, în ordine istorică, ultimul dintre principiile fundamentale intrate în patrimoniul dreptului penal pozitiv, reprezentând influența conceptelor democratice moderne, printre care un loc central îl ocupă ideea necesității asigurării unei protecții juridice egale a tuturor indivizilor.

Egalitatea legii penale nu rezultă cum se consideră uneori în mod pripit din principiul legalității, întrucât, deși ambele decurg din aceleasi rădăcini umaniste, funcționând într-un proces de complementaritate, legalitatea incriminării sau a pedepsei nu exclude prin ea însăși privilegiul sau discriminarea. De altfel, studii recente acuză chiar unele dispoziții izolate ale legislației penale occidentale actuale ca prezentând elemente discriminatorii². Cât privește legislația penală românească actuală deși orientată în linii generale spre o receptare cât mai adekvată a principiului egalității, dispozițiile ce o alcătuiesc neconținând vreo prevedere cu caracter de privilegiu sau de discriminare pe criterii politice, naționale, etnice, rasiale sau religioase (de regulă incriminate în această materie) ea nu a reușit să evite în totalitate unele dispoziții cu caracter discriminator, de pildă, în materia individualizării răspunderii penale și a pedepsei pe criterii de ordin material sau de relații.

Astfel prin legea nr.104 din 22 sept.1992 pusă în vigoare la 1.X.1992, modificându-se condițiile de aplicare ale suspendării condiționate a executării pedepsei în dispoziția art. 81 alin. 3 s-a prevăzut că, în cazul condamnării pentru o infracțiune prin care s-a produs o pagubă, instanța poate dispune suspendarea condiționată a executării pedepsei numai dacă paguba a fost integral reparată până la pronunțarea hotărârii. Or, această dispoziție introduce prin însăși natura lucrurilor un element de inechitate și discriminare între posibili beneficiari în funcție de criteriul stării materiale a averii acestora, făcând ca instituția să nu mai devină egală pentru toți destinatarii ei. În aceeași situație se află și dispoziția art.87 din codul penal care subordonează executarea pedepsei la locul de muncă – ca mod de individualizare mai favorabil – de obținerea acordului scris al unității, împrejurare care introduce și ea un element discriminatoriu, într-o materie dintre cele mai gingeșe.

În schimb prin legea nr.108/92, publicată în Monitorul oficial nr.251 din 8 oct.1992, Parlamentul României a abrogat Decretul nr.24/70 privind judecarea și executarea pedepselor de către infractori străini pentru fapte comise în limita teritoriului nostru național, care crea pentru acestia un teren discriminatoriu

prin posibilitatea ce li se oferea de a converti pedepsele privative de libertate aplicate, sub 10 ani de închisoare, în amendă (plătibilă în valută forte). Egalitatea legii penale nu exclude însă posibilitatea ca în cadrul sistemelor penale moderne să fie puse în operă tratamente penale diferite pentru categoriile de persoane care reclamă regimuri de sancțiune sau ocrotire speciale, cum sunt, de pildă, infractorii minori, cu condiția ca diferențierile respective să fie intemeiate pe cerințe obiective, științifice de politică penală, iar vocația lor pentru o aplicare nediscriminatorie să fie asigurată.

Datorită importanței sale teoretice și practice excepționale, privilegiu și discriminarea funcționând în regimurile totalitare cu efecte din cele mai neconvenabile mai ales în reglementarea penală, principiul egalității penale ar trebui să-și găsească (împreună cu celelalte principii fundamentale) o consacrare expresă atât în partea generală a codului penal, cât și a celui de procedură penală.

Secțiunea VI – Principiul umanismului dreptului penal

Derivând din umanismul dreptului pozitiv în ansamblul său, principiul umanismului dreptului penal a fost recunoscut ca un principiu fundamental al întregului drept penal pozitiv³, deși unii autori îi semnalează prezența mai ales în sectorul sancțiunilor de drept penal⁴.

Umanismul legii penale este rezultatul transpunerii în cadrul reglementărilor penale a cerinței ca toate instituțiile dreptului penal să reflecte natura rațională a persoanei umane, atât regimul incriminării, al tragerii la răspundere penală cât și al sancțiunii trebuind să protejeze capacitatea și demnitatea fizică și morală a infractorului și să urmărească reeducarea acestuia. Funcționând la nivelul unuideziderat moral, cultivat de majoritatea concepțiilor și tendințelor științei dreptului penal modern, principiul umanismului își găsește reflectări legislative diferențiate de la o cultură sau civilizație la alta. Cu toate acestea, nici unul din sistemele penale actuale nu-și refuză tendința către umanizarea din ce în ce mai profundă și nuanțată a mijloacelor juridico-penale folosite. Cerința umanizării progresive a dreptului penal pozitiv nu rezultă cum s-ar părea la prima vedere, nici din principiul fundamental al legalității, care nu a împiedicat de-a lungul timpului și incidența multor dispoziții cu caracter excesiv și nici din principiul egalității legii penale, care poate preveni discriminarea și privilegiul, dar nu și excesul represiunii.

Considerăm că principiul umanismului poate fi analizat sub raportul unor implicații specifice, dintre care cele mai semnificative par a fi următoarele: a) Ca o primă cerință menționată de unii autori chiar ca un principiu distinct al dreptului penal⁵, umanismul impune legiuitorului penal condiția de a nu incrimina ca infracțiuni decât acele acțiuni sau inacțiuni care prezintă un grad

suficient de periculozitate a făptuitorilor pentru a atrage necesitatea reeducării lor prin mijloace de drept penal.

Prin urmare, nu atât gravitatea obiectivă a faptei săvârșite, cât antisociabilitatea infractorului justifică intervenția ilicitului penal. Sub acest aspect, apreciem că, spre deosebire de concepția formală asupra infracțiunii, concepția realistă oferă un câmp de acțiune net superior umanismului în perimetru incriminării.

b) O a doua consecință notabilă a umanismului se vădese în tendința legislațiilor penale moderne de a institui regimuri de răspundere penală și sanctionare care să asigure apărarea socială contra criminalității în condițiile recuperării penale a infractorilor prin eliminarea sau reducerea cât mai drastică a caracterului infamant al pedepselor și punerea în lucrare a unor noi categorii de sancțiuni de drept penal centrate, mai ales, pe ideea de protecție și ocrotire.

Umanismul legii penale a fost acela care a propulsat, de altfel în planul unor reglementări penale, concepțele de reeducație, resocializare, iar mai recent, de reinserție socială și chiar de reabilitare.

c) O altă consecință a umanismului poate fi regăsită în organizarea întregului sistem penal pe coordonatele unei cât mai largi individualizări a răspunderii penale și a sancțiunilor de drept penal.

d) Revenind la instituția pedepsei, unde principiul umanismului își relevă cele mai evidente conotații, trebuie menționată atitudinea unor sisteme penale de a elimina din arsenalul represiunii pedeapsa capitală și de a moderniza, flexibiliza, lărgi și îmbârzi sistemul de sancțiuni. În cadrul acestei tendințe, care încearcă să dea rezolvare unei crize mai vechi din domeniul punitivului, se înscriu printre altele : trecerea pedepsei închisorii pe un plan secundar și centrarea sistemelor represive mai ales pe pedepsele pecuniare și privative sau restrictive de drepturi, însotite de sancțiuni cu conținut eminentemente moral, cum sunt blamul public, avertismenul, munca în serviciul comunității etc.; eliminarea pedepsei capitale ; reducerea sensibilă a caracterului infamant și degradant al pedepselor privative de libertate ;perfectionarea criteriilor de individualizare a sancțiunilor; instituirea unui regim de sanctiune care să permită o mai bună adaptare a pedepselor la cerințele concrete de reeducație și reinserție socială a celor condamnați etc. Din acest acest punct de vedere modificările aduse regimului sanctiunator din legislația noastră prin legea nr.104/92 devine relevantă, atât prin diversificarea cât și prin lărgirea modalităților de sanctiune atât a adulților cât și a minorilor ;

e) În planul dreptului procesual penal, umanismul a impus consacrarea prezumției de nevinovăție și tendința majorității legislațiilor moderne de a

institui în favoarea infractorilor un regim important de drepturi și garanții procesuale.

f) În sfârșit, este de observat că sistemul judiciar penal tinde în epoca modernă să se organizeze el însuși nu numai pe criteriile celei mai stricte legalități, dar și a unor cerințe de independență, calitate și obiectivitate, care să asigure desfășurarea unor procese penale imparțiale, juste și echitabile.

Secțiunea VII *Principiul personalității legii penale*

Spre deosebire de legea civilă care, pe lângă raporturi juridice strict personale poate reglementa și raporturi sociale cu un caracter obiectiv, real, independente de persoana și personalitatea subiecțiilor (persoane fizice sau juridice), atribuind drepturi și obligații subiective care pot fi înstrăinate sau cedate altor subiecții (cum ar fi dreptul de proprietate, dreptul de servituze, dreptul de superficie, creațele dintr-un raport de vânzare-cumpărare etc.), dreptul penal este în totalitatea sa organizat pe ideea reglementării unor raporturi juridice de tip pur personal ori conflictual, născute între stat și infractori. Pe cale de consecință, dreptul penal nu este destinat finalității de a institui drepturi și obligații cu un caracter subiectiv, abstracte sau transmisibile (care sunt întotdeauna aceleași, indiferent de atitudinea și condiția subiectivă a persoanelor fizice sau juridice) ci de a educa pe destinatarii săi în spiritul unor modele de conduită nepericuloase pentru societate, iar în caz de nerespectare de a-i supune unor proceduri coercitive de remodelare. Tocmai datorită acestei finalități de a organiza apărarea socială nu împotriva unei criminalități abstracte și depersonalizate, ci a unor persoane fizice concrete căre se dedau la săvârșirea unor infracțiuni reale, dreptul penal este de adresabilitate strict personală, toate structurile sale, fiind astfel organizate, încât efectele coerciției penale să vizeze în mod strict numai persoana infractorului. Datorită acestei poziții specifice, normele de drept penal nu conțin descrieri sau enumerări de drepturi, ci formularea unor modele de conduită, răspunderea încalcării lor revenind strict persoanei făptuitorului, iar sanctiunile de drept penal fiind destinate numai acestuia, evident cu luarea în considerare a tuturor datelor și elementelor privind persoana și personalitatea sa. Cu alte cuvinte, atât prin specificul incriminării, stabilității statutului juridic al răspunderii și al modului de stabilire și aplicare a pedepselor, legea penală este cărmuită de principiul personalității. De altfel, prin însăși structura sa raportul penal de tip conflictual care se naște prin săvârșirea unei infracțiuni, atribuie statului dreptul de a trage la răspundere penală numai pe infractor, iar acesta din urmă devine unicul titular al obligației de a răspunde pentru fapta săvârșită.

Principiul personalității legii penale nu beneficiază de o reglementare specială. Dar specificul dreptului penal de a se adresa tuturor destinatarilor săi

numai în calitate de persoane fizice și de a se aplica în caz de săvârșire a unor infracțiuni numai celor care au înfrânt legea penală, în cadrul unei răspunderi strict individualizate și prin aplicarea unor măsuri coercitive destinate numai persoanei vinovate, rezultă din întreg sistemul reglementărilor penale.

Totuși, pot fi menționate dispozițiile art. 2 din codul penal care consacră principiul legalității incriminării și pedepsei, prevăzând că: "pedeapsa se aplică infractorilor" și dispozițiile art. 72, din Codul penal potrivit căroro: "la stabilirea pedepsei se va ține seama de persoana infractorului", ambele punând în valoare ideea caracterului personal al răspunderii penale și a sancțiunii de drept penal. În același sens, pot fi citite de altfel și dispozițiile art. 4 din Codul penal marginal "personalitatea legii penale", potrivit căroro, legea penală română urmărește conduită cetățenilor români sau a apatrizilor domiciliati în țară (deci pe criterii de calitate a persoanei) chiar în afara teritoriului național.

Principalele efecte ale personalității legii penale se regăsesc însă în materia răspunderii penale și a sancțiunii de drept penal, majoritatea principiilor care guvernează aceste instituții fiind simple consecințe sau particularizări ale acesteia. În acest sens, de pildă, în materia răspunderii penale s-au impus principiile caracterului personal și obligatoriu al răspunderii penale, iar în materia sancțiunilor de drept penal, principiul individualizării.

Una din cele mai importante și firești consecințe ale personalității legii penale este, însă, aceea că nici regulile de conduită pe care le prescrie dreptul penal, nici răspunderea penală pe care o implică săvârșirea unei infracțiuni și nici sancțiunile prevăzute de actualul sistem național nu pot privi persoanele juridice sau colective. Cu toate acestea, legislația și jurisprudența occidentală au dus din ce în ce mai mult în actualitate posibilitatea aplicării unor sancțiuni cu caracter pecuniar, chiar unor persoane morale, mai ales în materie de evaziune fiscală.

Credem că această excepție, care nu înlătură obligativitatea tragerii la răspundere penală individuală, în măsura în care nu poate fi stabilită, nu infirmă regula de principiu din care se desprinde și anume aceea a personalității legii penale pe ansamblu structurilor și instituțiilor sale.

Secțiunea VIII. Principiile instituționale

Derivate, în parte, din rațiuni independente, în parte din particularizări ale principiilor generale, principiile instituționale cărmuiesc fie anumite segmente ale reglementării, fie anumite instituții ale dreptului penal pozitiv și servesc configurației principalelor trăsături distinctive și valențe operaționale ale numeroaselor reglementări, mai mult sau mai puțin esențiale din dreptul penal. Dacă principiile cu un caracter general își aduc mai ales contribuția la delimitarea dreptului penal ca ramură autonomă și specifică, determinând caracte-

risticile sistemului normativ penal ca atare, principiile cu caracter instituțional contribuie fie la organizarea unor părți ale reglementării penale, fie la o anume optimizare funcțională a acestora (cum ar fi, de pildă, principiul parificării în sancționarea participanților), ca părți componente cu o anume substanță juridică a unui sistem dat.

Cu titlu enumerativ, și numai pentru uzul exemplificării, notăm câteva dintre principiile instituționale mai cunoscute.

a) În materia aplicării legii penale în spațiu, codul nostru penal consacră principiile: teritorialității, personalității, realității și universalității legii penale (art. 3-6), precum și principiul priorității de aplicare a convențiilor internaționale (art. 7).

b) În materia aplicării legii penale în timp se impun : principiul activității legii penale (art.10), principiul neretroactivității legii penale (art. 11 cod penal și art. 15 (2) din actuala Constituție), precum și principiul aplicării legii mai favorabile (mitior lex) în caz de succesiune a două sau mai multe legi penale (art.13).

c) În materia infracțiunii dominant este principiul potrivit căruia simpla intenție vinovată nu se pedepsește (cogitationis poenam nemo patitur).

d) În materia participației penale sunt întâlnite principii ca cele ale unității infracțiunii, a parificării sau a diversificării pedepsei etc.

e) În materia răspunderii penale întâlnim principiile : unicitatea temeiului răspunderii penale în săvârșirea unei infracțiuni, a caracterului obligatoriu și al prescriptibilității răspunderii penale.

f) În materia sancțiunilor de drept penal, principii ca cel al individualizării pedepselor, al specializării regimului sancționator al minorilor, al eliminării pedepsei capitale etc.

Ceea ce mai trebuie subliniat cu privire la regimul principiilor instituționale este împrejurarea că acestea contribuie în mod substanțial la creionarea conținutului specific al instituțiilor de bază și a celoralte instituții sau subinstituții ale dreptului penal, punând în evidență îndeosebi cerințe tehnico-juridice, acțiunea și influența lor fiind strict subordonată orientării generale date legislației de principiile generale. Datorită rolului și poziției diferite jucate de cele două categorii de principii în organizarea reglementării penale, principiile fundamentale și generale au suferit în decursul timpului mai ales influențe de ordin ideologic din partea unor mari curente și școli ale dreptului penal, pe când principiile instituționale, mai degrabă influențe de factură pragmatică, tehnico-operatională impuse de evoluția științei dreptului penal și necesitatea unei mai bune apărări contra criminalității prin mijloace de drept penal.

Evident că delimitarea celor două categorii de influențe este relativă.

NOTE

1 Francoise Tulkens, "Egalite et discrimination en droit penal belge" en Collection "Document de travail", Université Catholique de Louvain Fac.de droit, nr. 13, 1.986.

2 În acest sens, Francoise Tulkens, în op.cit.supra, menționează regimul penal belgian ca prezentând elemente de incriminare discriminatorii între infractorii minori și adulți în materia fapelor de homosexualitate.

3 v.V.Dongoroz, S.Kahane, I.Oancea, I.Fodor s.a. în - *Explicații teoretice ale codului penal român*, Partea generală, vol. 1, Editura Academiei, 1969, p.89.

4 v.G.Bettoli, *Diritto penale, generale*, Padova, CEDAM, 1969, p.40.

5 v.M.Zolyneak, *Drept penal, partea generală*, Edit. "Chemarea", Iași, 1992, p.42.

LA LITTÉRATURE JURIDIQUE SUR L'ADMINISTRATION
DE LA PROVINCE

DE

MIHAI JACOTĂ și IOAN MACOVEI

1. – Il nous faut préciser et en même temps délimiter avec soin l'objet de nos recherches. Ce qui nous intéresse ici, c'est plutôt la littérature sur l' "administration de la province" que la littérature de "droit administratif" proprement-dite. On peut discuter, à vrai dire, jusqu'à quel point on peut parler d'un droit administratif dans l'État romain, encore moins s'agirait-il d'un droit administratif comme nous l'entendons aujourd'hui.¹

Les manuels modernes sur l'histoire de la littérature latine s'intéressent peu ou pas à la littérature juridique, encore moins à la littérature sur l'administration des provinces.

Il semble qu'au second et au troisième siècle, jusqu'à la mort d'Alexandre Sévère, les cercles dirigeants de l'empire avaient l'intention d'introduire dans l'administration des provinces un régime proche ou inspiré en quelque sorte du régime fait aux relations privées par le *ius civile*. En effet, les règles du *ius civile* offraient jusqu'à un certain point que nous tâcherons par la suite de déterminer, une fixité du droit, la certitude et par là, la stabilité des situations juridiques. En droit privé, cette réglementation était appuyée, contrôlée, mise en action par une organisation judiciaire qui avait donné jusqu'alors de bons résultats. En ce qui concerne les provinces, les relations entre les gouverneurs et les habitants, la mise en action de cette réglementation aurait dû être appuyée (dans la pensée des dirigeants) par un système d'organes de contrôle judiciaire et administratif ayant à leur tête l'empereur.

Ius civile était au commencement de la cité une réglementation formaliste, rigide, peu développée, en harmonie d'ailleurs avec le stade atteint par la société romaine à ce moment-là. *Ius civile* couvrait un domaine encore restreint.

Un large champ de relations sociales était soustrait à cette réglementation précise et sûre qu'était le *ius civile* et soumise principalement à l'appréciation arbitraire de celui qui avait le pouvoir de commandement, que ce soit le chef de la cité, le roi, le magistrat, le *pater familias*, le maître d'esclaves, le patron dans ses relations avec les affranchis, les clients, le grand propriétaire foncier dans ses relations avec les colons, le gouverneur avec les habitants de la province et tant d'autres encore. En général, toutes les relations qui échappaient à l'action du *ius civile* restaient soumises au régime d'appréciation libre de la part de l'autorité (gouverneur, fonctionnaire en province, juge et autres). Ainsi, faut-il distinguer tout d'abord deux domaines: le domaine soumis aux règles du *ius (certum)* et le domaine où règne la discréption du titulaire du pouvoir. Même à la fin de la république, le *ius (certum)* comprenait un nombre très limité d'institutions, de principes, entre autres les actes *per acta et libram*, l'*in iure cessio*, la *sponsio*, la *stipulatio* et autre. Grâce aux formes solennelles, grâce aux rites qui possédaient quelque chose de la matérialité du monde environnant, faciles à percevoir, frappant l'attention des participants², *ius certum* a atteint rapidement un degré élevé de certitude, de fixité, de précision qui assurait la stabilité des situations juridiques entre les particuliers. Les institutions du *ius* étaient obligatoires tant pour les citoyens, que pour les autorités. On croit même que les assemblées du peuple, les comices y étaient tenues. Ainsi, le *ius (certum)* assurait une protection satisfaisante aux citoyens contre l'intervention abusive des autorités et dans les procès, contre les manœuvres dolosives des adversaires, et, jusqu'à un certain point, contre l'imperitie des juges, leur incapacité et leur mauvaise foi.

Ius, le droit qui avait ces qualités, couvrait à la fin de la république un domaine encore modeste de relations sociales et économiques. Bien que ce champ soit par la suite devenu plus large, cette situation s'est maintenue dans l'ensemble jusqu'à la fin du droit romain, fin que nous fixons assez arbitrairement à la date de la mort de l'empereur Justinien en 565 ou au moment où la codification de Justinien a pris fin (534). *Ius* n'a jamais couvert qu'une partie des relations qui auraient appelées la tutelle juridique. Pour ainsi dire, les situations régies par le *ius* constituaient plutôt une exception (heureuse) à l'autre domaine de relations sociales soumises à l'appréciation discrétionnaire du titulaire du pouvoir. Cette dernière façon de concevoir un ordre dans la société faisait à ce qu'il semble part d'un fond commun et très ancien de conceptions, de traditions propres à tout les peuples qui vivaient autour de la Mer Méditerranée en ce temps-là.

Ius civile assurait tous les participants à la vie juridiques, qu'ils concluaient des actes juridiques, soit qu'ils aient eu des litiges, de la solidité de leurs activités. Cet ensemble d'institutions sûres et précises, qui s'imposaient de

façon égale aux citoyens comme aux autorités, constituaient pour les prudents une matière sur laquelle ils pouvaient faire un travail utile: l'application du *ius* (dégagé par les prudents) était assurée par un réseau d'organes approprié. L'influence des prudents sur les magistrats et sur les juges paraissait efficace. Les prudents possédaient les moyens d'agir sur la pratique. Nous nous référerons ici constamment à un *ius certum*, pour l'opposer aux règles, institutions qui étaient en train de maître, mais pas encore suffisamment cristallisées (par exemple, la vente où le prix n'était pas fixé en argent comptant; à l'époque de Gaius on doutait que cela fût une vente; la question n'était pas encore résolue).³

Les manuels sur les devoirs des promagistrats avaient l'avantage de mettre à la disposition du gouverneur et de toute la lignée des fonctionnaires en sous-ordre, sous une forme cohérente, des règles, des principes ayant leur source dans la pratique, soit dans les constitutions impériales, la coutume, les lois, les senatus-consultes. Leurs auteurs ont eu un rôle créateur: des constitutions du prince qui concernaient des cas d'espèce, ils dégageaient des règles. On évitait ainsi aux promagistrats, comme à leurs collaborateurs le soin de parcourir un grand nombre de constitutions du prince. Cette tâche était assez difficile même pour les jurieconsultes du conseil impérial, qui souvent eux-aussi cherchaient les actes du prince dans les écrits de leurs prédecesseurs. Les manuels, de par l'autorité de leurs auteurs, contribuaient ainsi à fixer la pratique administrative et les enseignements tirés d'une expérience de plusieurs siècles.⁴

L'activité du promagistrat dans la province reposait essentiellement sur l'imperium. Il faut aussi comprendre que toute l'activité des fonctionnaires administratifs était fondée sur l'appréciation discrétionnaire, là où il n'y avaient pas de prescriptions légales (obligatoires). C'était précisément ce vide légal que les bons princes et les cercles dirigeants de l'empire cherchaient à combler en quelque sorte. Malheureusement, cette action n'a pas abouti. Des principes et des règles, si élevées soient-elles, ne valent rien sans un réseau d'organes aptes à leur donner la vie. Ces organes auraient dû être neutres, indépendants, impartiaux. Mais ils fissaient défaut. Les empereurs auraient voulu faire reposer l'activité de l'administration sur un ordre égal et obligatoire pour tous, une administration qui puisse garantir la vie, les biens de la population. Aux abus de toutes sortes on n'a pas pu ou on n'a pas su donner de véritables obstacles. Les moyens de recours offerts par les empereurs n'étaient pas en mesure et de loin d'assurer la protection efficace de la population. C'est d'ailleurs, ce que l'empereur lui-même doit constater. Alexandre Sévère s'adresse à la communauté grecque de Bithynie en ces termes: "Nous interdisons aux curateurs et aux chefs de la communauté grecque de Bithynie d'employer les injures et la violence contre ceux qui interjettent appel et pour parler plus

simplement de leur fermer le chemin qui mène à nous; qu'ils obéissent à ma présente déclaration, sachant que j'ai à cœur autant la liberté de ceux qui vivent sous mon empire que leur attachement et leur obéissance".⁵ Vains efforts. L'administration n'a pas su mettre en place des organes de contrôle à la portée de tous qui puissent sanctionner efficacement les intentions du prince. L'empereur était trop loin et les chemins qui menaient à lui n'étaient pas aisés.

Voici d'autres abus que le pouvoir central n'a pas su enrayer. Depuis le second siècle déjà, à l'expiration des contrats de bail à ferme les magistrats des cités auraient pris l'habitude de retenir abusivement les libres agriculteurs sur les terres données en location. Les agriculteurs se sont adressé à l'empereur. Callistrate dans le *de iure fisci* (D.49, 14, 3, 6) cite l'empereur Hadrien (donc, après 118) condamnant cette pratique "tres inhumaine" (*vel-de inhumanum nos est*, aurait dit l'empereur). Déjà du temps d'Hadrien il y avait donc un usage (et peut-être depuis longtemps), Si l'empereur parle de "nos", c'était un usage constitué, peut-être antérieur au règne de Trajan. Les cités ne trouvaient ou ne trouvaient pas facilement des bailleurs qui puissent payer en argent et comme ça elles auraient été dépourvues de leurs revenus. L'empereur leur réplique: si vous cessiez cette manière d'agir, vous seriez en mesure de trouver d'autres cultivateurs libres payant en argent.

Pour cette bureaucratie qui s'était déjà constituée, mais dont l'activité dans la pensée des dirigeants de l'empire devaient être améliorée, il fallait une réglementation uniforme, applicable au moins aux provinces administrées par le sénat (Ulpian a écrit un manuel sur les devoirs des proconsuls). Il y avait une expérience déjà ancienne: on trouve dans les lettres de Cicéron à son frère Quintus des préoccupations de ce genre. Il y avait un nombre de rescrits du prince, le plus souvent, sur des cas d'espèce, et leur nombre augmentait toujours. Les écrivains s'attachaient à en dégager des principes d'une plus large portée.

Les manuels dont nous faisons état ici sont une source d'informations sur la société du temps, contiennent des règles de conduite pour l'administration provinciale, mais les problèmes de droit civil (du *ius gentium*, du *ius praetorium*) y sont à peu-près absents. Pour ces creux dans l'exposé du droit en province on peut hasarder quelques explications.

D'abord, nous ne possédons pas les œuvres en entier. Les problèmes juridiques auraient pu se trouver dans les parties perdues. Puisqu'il s'agissait d'un livre pour les administrateurs, les militaires (qui n'étaient pas tenus de connaître le droit) les questions juridiques étaient laissées de côté. Pour ceux qui y étaient intéressés, il y avaient des manuels comme les commentaires sur le droit civil (*ad Sabinum*), sur l'édit du préteur (*ad edictum*), des ouvrages de synthèse, l'exposition du droit en ensemble, comme le manuel de Gaius ou

d'autres. Enfin, près le gouverneur de province il devaient y avoir des juristes pour le conseiller. Depuis Hadrien la présence du juriste près le magistrat judiciaire était obligatoire et le juriste (assesseur) répondait pour les fautes juridiques du magistrat.

Les auteurs de manuels sur l'administration de la province n'étaient pas en mesure de rien changer à la situation générale de l'empire. Mais, dans les limites étroites assignées à leur activité comme chefs de l'administration (comme Papinien, Ulpian, Paul et autres), comme écrivains, ils ont laissé une œuvre empreinte d'un haut humanisme et ils ont contribué à l'effort entrepris par les princes pour améliorer le travail de l'administration provinciale et pour alléger les souffrances du peuple. En partant des cas concrets pour lesquels étaient délivrées les constitutions impériales, le plus souvent, ils ont édifié un ensemble de principes et ils ont mis les bases d'une nouvelle attitude envers les gouvernés. S'adressant en forme aux seuls gouverneurs de province, les manuels prescrivaient des règles pour l'entièvre administration. Ce qui était vrai pour le promagistrat, l'était aussi pour la hiérarchie administrative. Ulpian, Paul, Papinien et d'autres encore sont à la tête de l'administration de l'empire. Ils ont accès aux archives impériales, ils y puisent les constitutions concernant la matière de l'administration. Peut-être concurrent-ils à leur rédaction comme membres du conseil impérial ou comme fonctionnaires haut placés.⁶

Leur position leur permet de formuler, voire d'imposer certaines règles de conduite. Ces principes sont empreints d'un haut humanisme. Aussi doit-on regretter que les événements ultérieurs à 235 aient mis une fin soudaine et brutale à l'éclosion de cette littérature qui était en même temps un ensemble de principes cohérents et obligatoires. Ulpian, Paul et d'autres encore ont réussi par un effort scientifique méritoire à extraire des constitutions impériales sur des cas d'espèce des principes valeureux et durables. Ainsi, à la suite des rescrits vraisemblablement très nombreux sur la cruauté des maîtres envers leurs esclaves, Gaius (1,53 = D.1, 6, 1, 2) a formulé un principe: "à présent il est interdit à tous ceux qui se trouvent sous l'empire du peuple romain de punir leurs esclaves sans cause et d'une manière excessive" (*sed hoc tempore nullis hominibus qui sub imperio romano sunt licent supra modum et sine causa in servos suos saevire*). Et un peu plus loin, il dégage un autre principe, le principe de l'abus de droit: *male enim nostro iure uti non debemus*, nous ne devons pas faire un mauvais usage de notre droit, nous ne devons pas abuser de notre droit.

2. – Sur l'administration de la province on peut trouver incidemment des informations dans divers travaux juridiques, telles les "Opinions" attribuées à Ulpian. Mais il y a des manuels sur les devoirs des proconsuls. *Venuleius*

Saturninus (*de officio proconsulis libri IV*), *Paul* (*de officio proconsulis libri II*), et *Ulpien* (*de officio proconsulis libri X*) ont écrit de tels manuels.

Ulpien est né à Tyr en Phénicie.⁷ Il le dit lui-même: *Tyrorum colonia unde mihi origo est* (D.50, 15, 1 pr.). Il a été *magister scrinii*, qualité en laquelle il a eu accès aux constitutions du prince qu'ils a largement mis à contribution dans ses écrits sur les devoirs des magistrata, des proconsulats, des légats de l'empereur. Il a été conseiller dans le conseil impérial pendant que Papinius était préfet du prétoire (entre les années 203 (ou 205?) et 211). Son collègue comme conseiller était Paul. Une constitution de l'empereur Alexandre Sévère de l'année 222, mars 31 (Cod.8, 37, 4) le montre préfet de l'annone, *praefectus annonae*. Une autre constitution de la même année (du 1er déc. 222) le présente comme préfet du prétoire, *praefectus praetorio*, le préfet dans le prétoire de l'empereur, le prétoire étant le quartier général du prince. Impliqué étroitement dans l'administration générale de l'empire, Ulpien a écrit aussi d'autres manuels comme *de omnibus tribunalibus*, *de officio consularium*, *de officio praefecti urbis liber singularis*, *de officio quaestoris*, *de officio praefecti vigilum*, *de officio curatoris rei publicae*. D'autres prudents ont écrit des manuels pour l'administration, comme *Arcadius Charissius* (*de officio praefecti praetorio liber singularis*), *Maecianus* (*de iudicis publicis*), *Modestin* (*regularum libri*), *Paul* (*de officio praefecti urbis liber singularis*). Il est probable qu'à un moment donné Ulpien ait enseigné le droit: Modestin a été un de ses élèves. En étudiant les particularités de son écriture, les auteurs modernes ont essayé à distinguer les ouvrages écrits par Ulpien de ceux qui lui auraient été attribués à tort, comme aussi le moment où chaque ouvrage a été écrit.

Les "Opinions" (*Opinionum libri VI*) sont un ouvrage attribué à Ulpien depuis l'antiquité. Les auteurs modernes mettent en doute son authenticité.⁸ Selon l'opinion la plus répandue, il s'agit d'une œuvre postclassique écrite par un auteur inconnu qui s'est inspiré de quelques écrits d'Ulpien et il est possible qu'il y ait ajouté des textes d'autres auteurs sur le même sujet. Le travail aurait été écrit entre le II^e et le V^e siècle. Les "Opinions" contiennent des règles concises; il fait partie de la catégorie des ouvrages de synthèse comme les "regulae", les "definitiones", les "sententiae", travaux qui résument les résultats obtenus par la science du droit dans les problèmes essentiels. Les "Opinions" exposent les devoirs des gouverneurs de province (*liber I*), le droit municipal et les *munera* (*liber II* et *III*); à côté de textes sur les pactes, il traite des curateurs et des représentants dans les procès (*de cognitoribus* et *de procuratoribus*), de *columniatoibus* (*liber IV*), de la restitution en entier (*de in integrum restitutio*) et "de his quae cuiusque in bonis sunt". Ensuite on commente très brièvement des questions contenues dans l'édit du préteur (*liber V*). Le travail ne semble pas avoir été fini. L'ouvrage contient des aspects de la vie sociale de la province au

II-e et au III-e siècle. Si les "Opinions" font naître des doutes sur son authenticité, on a retenu comme œuvres originelles d'Ulprien son commentaire sur l'ouvrage de *Massurius Sabinus* sur le droit civil (*iuris civilis libri tres*), comme aussi le "*de officio proconsulis*". Les dix livres (*libri*) sur les devoirs des proconsuls auraient été écrits par Ulprien en 213 (en même temps que le Ier et le livre second du commentaire sur l'édit des édiles curules et avec la moitié du livre "*de officio praetoris tutelaris*"). Pendant le règne des empereurs Septime Sévère et Caracalla, entre 200 et 212, Ulprien aurait été secrétaire du bureau "à libellis". En cette qualité il aurait rédigé des rescrits depuis le 25 mars 202 jusqu'au 16 août 208. Il aurait aussi rédigé la constitution du 1er mai 209. Mais un rescrit rédigé en 15 juillet de la même année ne peut lui être attribué, ce que voudrait dire qu'il n'était plus dans cet emploi après le 15 juillet. Depuis mars 202 jusqu'au mai-octobre 209, Ulprien aurait suivi les empereurs dans leurs déplacements dans l'Europe du Nord, où il aurait resté jusqu'en 211, année de la mort de Septime Sévère. Il a écrit cette année (211) les premiers livres (*libri*) *ad edictum*. Pendant le règne de Caracalla et Macrin, Ulprien s'est retiré de la vie publique, se consacrant à la rédaction d'une vaste œuvre juridique.⁹ Notons que 40% des textes du Digeste proviennent de l'œuvre d'Ulprien. Ulprien est mort en 223 et non pas en 228 comme on le supposait jusqu'à présent. La précision est due à un document découvert en Egypte. Il a été tué par les prétoires que ses collègues d'introduire une discipline dans leurs rangs révoltaient.¹⁰ Depuis longtemps déjà la garde prétorienne était devenue un foyer d'anarchie. Les prétoires prétendaient avoir un mot à dire dans l'élection des empereurs. L'anarchie qui régnait dans la garde prétorienne a gagné par la suite l'armée, ce qui a conduit plus tard après le meurtre de l'empereur Alexandre Sévère (en 235) à une période de profondes convulsions dans l'empire. Ulprien a écrit beaucoup mais il ne cite jamais son collègue Paul. Il semble que les rapports entre les deux préfets du prétoire n'étaient pas des plus tendres. Ulprien aurait utilisé quelques uns des travaux de Paul comme des sources principales indirectes.

Paul (*Iulius Paulus*). De Paul nous ne connaissons pas son origine, ni son lieu de naissance, ni où il est mort ou dans quelles circonstances. Comme pour d'autres juristes, le peu que nous savons vient de son œuvre.¹¹ Il a été conseiller avec Ulprien dans le conseil de l'empereur (*ego apud praetorem fideicommissarium petebam. . . . nec obtinui*, D.32, 78, 6). Il a été éloigné par Elagabal, mais rappelé par Alexandre Sévère qui l'a nommé avec Ulprien préfet du prétoire. Il a été élève de Scaevola. Il semble qu'il ait enseigné à un moment donné le droit, parce qu'il a écrit plusieurs manuels d'école comme des "*institutiones*", des "*regulae*", des "*sentences*". Dans la même littérature on peut

ranger ses "quaestiones". Il ne cite pas non plus en collègue Ulpien; il cite Papinien assez peu.

Venuleius Saturninus a écrit un ouvrage sur les devoirs des proconsuls. De son manuel on a gardé au Digeste peu de textes.

3. – Le "de officio proconsulis" d'Ulpien nous donne une image de l'activité du gouverneur dans sa province. L'exposition commence par l'entrée du proconsul dans la province désignée et fini à son départ. Le gouverneur doit respecter un cérémonial. Il doit entrer par l'endroit désignée par la tradition. Par exemple, s'il se rend dans la province d'Asie, (province située alors dans le Nord-ouest de l'actuelle Asie Mineure), il doit s'y rendre par mer et aborder en premier lieu la ville d'Ephèse. Ce sont en partie des raisons d'ordre administratif qui s'imposent et puis certaines de ces règles sont en quelque sorte des priviléges reconnus aux gens riches de la province. L'entrée du proconsul par un autre endroit que celui désigné par la tradition aurait troublé le train ordinaire de vie de l'administration. Il agit convenablement s'il envoie un décret au promagistrat qui l'a précédé en lui annonçant les jour de son entrée et la ville qu'il visitera la première. Les provinciaux tiennent beaucoup à ce que les coutumes et priviléges établis soient observées, nous renseigne Ulpien (D.1, 16, 4, 6). Arrivé dans sa province, le gouverneur peut confier la juridiction à son légat.

L'entrée du gouverneur dans la province donne lieu à des fêtes. Il fait le tour des villes. On lui fait des cadeaux. Il doit recevoir de bonne grâce les menses présent de peur d'offenser le peuple. Ce sont des présents symboliques qui attestent l'affection, le dévouement, la soumission, la vénération de la population envers le gouverneur et l'empereur. Mais il y a cadeaux et cadeaux. Les présents de valeur devront être refusés. Une lettre des empereurs Sévère et Antonin fait cette distinction: *quantum ad xenia pertinet, audi quod sentimus: vetus proverbium est: nam valde inhumanum est et omnia avarissimum*" (D.1, 16, 4, 6). En règle générale, pendant leur activité dans la province, ni le gouverneur, ni son personnel ne peuvent recevoir des dons, ni acheter des biens en dehors de ce qui est absolument nécessaire pour le train de vie journalier. De l'ouvrage d'Ulpien sur les devoirs des proconsuls nous n'ont parvenus seulement des fragments insérés au Digeste ou dans d'autres sources. De ce qui nous reste, on peut déduire qu'après les questions introducives dont nous avons fait état Ulpien examine successivement la juridiction, la tutelle et la curatelle (au III-e livre), la réglementation dans les municipes (les livres III-IV), les collèges illicites et les infractions et les peines (les livres VI-X). L'exposé fini par quelques conseils à l'occasion du départ du gouverneur de sa province.

La littérature sur l'administration de la province constitue une source de premier ordre pour la connaissance de la vie sociale: il y sont présents les puissants (*potentiores*) et les gens du peuples (*humiliores, tenui, vitae homines, mediocres, pauopres*, les esclaves). Au second siècle il apparaît dans les textes juridiques la distinction entre les *honestiores, potentiores*, et les *humiliores*.¹² Font partie de la catégorie des *potentiores* les sénateurs de Rome, leurs fils, les membres des curies municipales. A côté d'eux, il y a la catégorie des *humiliores* qui comprend tous les autres hommes libres (riches, aisés seulement ou pauvres).

Le gouverneur se rend dans les principales villes de la province pour y tenir des assemblées judiciaires, des *conventus*.¹³ A cette occasion, il donne des audiences et préside à la distribution de la justice.

C'est un moment important pour son activité: il y entre en contact avec la population, il y entend les plaintes et les voeux. C'est une manière de bien connaître et directement l'état d'esprit des habitants. Le gouverneur remplit sa mission de juge principalement dans les *conventus*. Le *conventus* est un tribunal itinérant. Chaque année le gouverneur et son conseil voyagent à travers le pays et donnent des assises dans les principales localités. Le *conventus* est le tribunal de droit commun. C'est dans le *conventus* que le gouverneur déploie normalement son activité judiciaire. Bien sûr le gouverneur juge aussi à sa résidence permanente, dans la capitale de la province. Le gouverneur juge aussi en dehors de ces assises; par exemple, on lui adresse des requêtes tout le long de l'année et il y répond; il donne des délégations spéciales de juger ou des délégations générales à des fonctionnaires ou à des juges ou à des militaires de décider à sa place. Quelquefois il délègue une compétence régulière: (a) il peut charger un fonctionnaire de préparer un procès qui va être jugé dans le *conventus* par le gouverneur; (b) ou il se décharge complètement du soin de juger tel ou tel procès en déléguant la solution à un fonctionnaire.

A l'occasion de ces assises, il exerce deux sortes d'activités qui pour nous aujourd'hui sont nettement distinctes, mais qu'Ulprien (et il paraît que ses contemporains non plus) ne séparait pas trop. D'une part, une activité juridique: il met les procès en état d'être jugés. Le procès peut être jugé (au II-e siècle) selon la procédure formulaire habituelle à Rome et en Italie (*ordo iudiciorum privatorum*) ou bien selon la procédure *extra ordinem iudiciorum privatorum*, en dehors de la procédure de l'*ordo*. Dans la procédure de l'*ordo*, le promagistrat joue le rôle du magistrat judiciaire à Rome: les parties conviennent sur l'action, sur la formule, sur la personne du juge privée, le magistrat leur délivre une formule et puis les adversaires s'en vont après un délai plaider devant le juge (*iudex unus civis romanus*) ou devant des récupérateurs (des particuliers aussi).

Dans l'autre procédure (*extra ordinem*) le promagistrat peut juger lui-même le procès du commencement à la fin (il n'y a pas de formule), mais le plus souvent il nommera un juge, qui est un fonctionnaire, un militaire, un juge de carrière.

D'autre part, le gouverneur exerce aussi dans ces assises une activité administrative. Un premier commandement: que tous les sujets, même les pauvres gens (surtout les pauvres gens – dirais-je) puissent y faire entendre leurs voix: *omnium desideria audiantur*, dit l'empereur (D.1, 16, 9, 4). Il y avait évidemment une affluence aux audiences du gouverneur. On se bousculait pour y prendre la parole. Le gouverneur était pressé. Tout le monde n'arrivait pas à parler au gouverneur. Ceux qui n'étaient pas assez haut placés ou assez adroits n'arrivaient jamais à faire entendre leur voix. Aussi le gouverneur est averti par l'empereur de mettre un certain ordre dans ses audiences, afin que même les pauvres gens soient entendus. Je dirais, surtout les pauvres gens. La présence des avocats était nécessaire. Plaident en justice ceux qui ont reçu par édit du gouverneur permission (D.1, 16, 9, 2). Le gouverneur doit avoir soin de donner des avocats à ceux qui en demandent et spécialement aux femmes, aux pupilles, aux pauvres, aux faibles d'esprit. Il doit donner des avocats à ces catégories défavorisées même si personne n'en demande en leur nom (D.1, 16, 9, 5). Il y avait des situations où le justiciable ne trouvait personne pour le défendre à cause de la puissance de son adversaire. On attire l'attention qu'il nuit à la bonne réputation du gouverneur le fait qu'il se trouve dans sa province un homme qui s'est rendu si puissant ou si craint que son adversaire ne puisse trouver un défenseur en justice contre lui: *ad invidiam eius qui provinciae preeest, spectat, si quis tam impotenter se gerat, ut omnes metuant adversus eum advocationem suspicere*. Le gouverneur interviendra et lui donnera un avocat (*Sed si qui per potentiam adversarii non invenire advocationem se dicat, neque oportebit ei advocationem dare*). Et puis, s'écrie l'empereur: que personne ne soit opprimé (en justice) à cause de la puissance de son adversaire (*caterum oprimi aliquem per adversarii sui potentiam non oportet*).

Les abus du fisc constituent une préoccupation permanente. Si le gouverneur donne une amende qui ne peut être perçue à cause de la pauvreté du condamné, le gouverneur la réduira ou la supprimera. Si le gouverneur a fait grâce d'une peine pécuniaire, il aura soin que le fisc ne la poursuive pas (D.1, 18, 6, 9: *remissa propter inopiam multa a provincias regentibus, exigi non debent*).

En ce qui concerne les requêtes adressées au gouverneur, un principe important y est relevé: là où un jugement est nécessaire, dit Ulpien, le gouverneur ne peut pas se prononcer en apposant une signature sur une simple pétition (*libellum*: D.1, 16, 9, 1); *ubi decretum necessarium est, per libellum id expedire non poterit*. Il y est question ici de la distinction entre les affaires de la compétence de la justice et des affaires administratives, de la compétence du

chef de l'administration ou de ses subordonnés. Le procès suppose un débat contradictoire, public, avec droit à la défense, avec des preuves. Le gouverneur ne peut pas se prononcer *de plano* là où il est nécessaire un semblable débat. *De plano* se prononce le fonctionnaire administratif. Le magistrat, quand il préside à la distribution de la justice se prononce *pro tribunali*, du haut de son estrade. Le procès romain donnait certaines garanties aux plaideurs. Le cas s'est probablement présenté où le gouverneur a été invité à faire droit à une pétition, *libellum*, qui en réalité était de la compétence des tribunaux avec toutes les garanties qu'un procès public et contradictoire comportait pour les parties. C'était une forme d'abus, fréquent peut-être en province. Mais dans quelles situations une sentence de l'autorité judiciaire était-elle nécessaire? Quel était le critère de distinction entre l'administratif et le judiciaire? Ulprien n'en donne aucun. Il semble que les frontières n'étaient pas nettes entre les deux sortes d'activités. Le manuel d'Ulprien donne quelques exemples: il peut expédier *de plano* des questions comme le respect des fils envers leurs parents, le devoir de respect des affranchis envers leurs patrons. Il peut les menacer, si besoin est, leur administrer une légère correction. C'est tout et ce n'est pas suffisant. Le texte ne fait pas une nette distinction entre *desideria*, prétentions, et actions en justice. Cette absence s'explique en partie par les occupations du gouverneur qui réunit en sa personne et le pouvoir de commande, *imperium*, et la qualité de titulaire de la juridiction, *iurisdictio*. Le gouverneur n'est pas nécessairement un juriste et il se peut qu'il ne saisisse pas la distinction entre une simple plainte adressée à l'administration, *libellum*, et une action civile conduisant à un procès en forme.

4. — La paix romaine apportait avec elle un certain ordre¹⁴, meilleur dirions-nous, et qui présentait des avantages économiques et sociaux ne fut-ce que supprimer les guerres ravageantes entre les villes, entre les petits royaumes, entre les tribus voisines. Cet ordre était imposé par des règles de droit et par l'activité de l'administration. L'ordre était-il maintenu dans la province par cet ensemble d'activités, toujours complexe et variable où se mêlait la règle de droit et le travail de l'administration. L'activité administrative était fondée sur l'*imperium* du promagistrat (ou du légat de l'empereur). Le gouverneur donnait des ordres et assurait leur application par la force. L'ordre introduit en province comprenait-il une grande dose d'arbitraire. La paix et l'ordre romain sont appuyés par un certain nombre, restreint à vrai dire, de principes de droit, sans pouvoir dire que l'Etat romain était un Etat de droit (aucun Etat de l'Antiquité classique ne correspond pas à ce que nous sommes habitué à nommer un "Etat de droit").

L'ordre juridique est un ensemble de principes et de règles qui commandent les relations internes d'une société. Les règles de droit ne peuvent pas être séparées des autorités appelées à les appliquer. La qualité d'une réglementation dépend dans une mesure décisive des organes appelés à les appliquer, des garanties données aux citoyens quant à la mise en œuvre sincère de la réglementation. Des principes excellents en soi mènent à de bons résultats seulement parce que les autorités compétentes les appliquent dans leur esprit, suivant leurs intentions, en vue de la protection de la personne et des biens des citoyens. Au second siècle, l'appareil judiciaire le plus conforme de ce point de vue était l'organisation judiciaire connue sous le nom d'*ordo iudiciorum privatorum*. Le procès connaissait deux étapes: la première devant le magistrat judiciaire (le gouverneur en province). La deuxième, devant le juge, un simple particulier qui exerçait une charge publique et gratuite. Le juge était indépendant vis-à-vis des magistrats et il était responsable de son activité de mauvaise foi. Mais pour des motifs dont nous ne pouvons faire état ici sans risquer de nous éloigner trop de notre sujet, cette procédure (*ordo iudiciorum privatorum*) subissait au second siècle la concurrence d'une nouvelle procédure.¹⁵ De plus, il semble que le procès de l'*ordo* était rarement utilisé en province et que même dans certaines provinces (voire dans la majorité) il n'était du tout en usage. L'ordre romain était loin de ressembler à ce qui est pour nous aujourd'hui l'ordre juridique dans un Etat moderne civilisé. L'ordre romain était imparfait tant en ce qui concerne la réglementation que les organes appelés à l'appliquer. Nous insistons sur le fait qu'à Rome et en Italie au II^e-a et au III^e-e siècle, (un peu moins qu'à l'époque où vécut Cicéron) dans les provinces un vaste réseau de relations sociales restait en dehors de la règle de droit ferme et précise (*ius*) et à l'appréciation souveraine du gouverneur ou de ses fonctionnaires.¹⁶ Il n'y a pas de paix en province sans un ordre institué et maintenu par le libre consentement ou par la force. L'ordre peut-être assuré de diverses manières. Ainsi, au commencement de la cité de Rome, l'ordre était maintenu par le chef militaire, *rex*. Le roi décidait arbitrairement. Le pouvoir du chef primitif de la cité est appelé *manus* par Pomponius (D.1, 2, 2, 1): *Omnia manu a regibus gubernabantur*. On peut enfin s'imaginer un ordre comme celui introduit par le *ius civile* à Rome, en Italie, plus tard, un ordre juridique qui a des traits particuliers qui le distingue des réglementations modernes en ce qu'il concerne un champ restreint de relations sociales. On peut s'imaginer un ordre comme celui qui règne dans les Etats civilisés modernes. Entre ces diverses modalités de concevoir l'ordre il y a des degrés intermédiaires.

A côté de l'action de l'autorité, l'ordre dans la province repose aussi sur un minimum de principes de droit et il semble qu'il en a été ainsi depuis le I^e-

siècle avant J.Chr. Trois cent ans plus tôt, au temps de Cicéron, on peut citer un passage d'une lettre adressée par lui à son frère Quintus (*ad Quint.fr.I, 2, 3, 10*). Un familier de Cicéron, L.Flavius, préteur désigné, héritier d'un certain *L.Octavius Naso*, lui rapporte que son frère avait écrit une lettre aux habitants d'Apollonis leur défendant de toucher à l'héritage de *L.Octavius Naso* avant qu'on ait payé à un certain *C.Fundanius*, créancier de la succession ou qui prétendait être créancier de la succession, ce qui lui était dû. Après avoir décrit l'ilégalité attribuée à son frère, Cicéron s'exclame: "Cela me paraît invraisemblable: (*Haec mihi verisimilia non videntur*). Défense à l'héritier de toucher à l'héritage! (*Ne deminuat heres ?*). Et si l'héritier nie la dette? (*Quid si infinitatur?*). Et s'il ne doit rien du tout? (*Quid si omnino non debet?*). Est-ce donc au préteur de juger s'il y a dette? (*Praetor solet iudicare deberi?*). Ici Cicéron se réfère au préteur comme administrateur, non comme juge. Comme juge *extra ordinem*, le préteur peut se prononcer, mais il décide dans un procès en forme. *Quintus Cicero* avait dans sa province deux qualités: a) il était administrateur, titulaire de l'*imperium*; b) il était magistrat judiciaire, titulaire de la *iurisdictio* (le pouvoir d'organiser les procès, de nommer un juge). *Quintus* a pris une décision dans un procès entre particuliers, un litige civil du ressort d'un tribunal, que ce fut une instance selon l'*ordo iudiciorum privatorum* (nous ne savons pas si dans la province d'Asie on organisait les procès selon l'*ordo*) ou une instance organisée *extra ordinem iudiciorum privatorum*, en dehors de la procédure dans les procès entre particuliers (les *iudicia privata* s'opposaient aux *iudicia publica*, procès qui intéressaient la communauté, l'Etat romain. Dans la situation décrite par nous, *Quintus* aurait pu organiser une instance selon l'*ordo*, envoyant les parties devant un *iudex unus civis romanus* (ou récupérateurs) pour être jugées ou bien un procès *extra ordinem* où il aurait pu juger lui-même ou le renvoyer à un juge délégué par lui, mais tout cela à condition qu'il y eût un procès en forme, selon le loi. Ainsi, s'affirme un principe vieux et solide (qui passe du droit civil ancien dans le droit de l'administration de la province): les litiges entre particuliers doivent faire l'objet d'un débat public avec toutes les garanties qu'une telle procédure comporte: comparution des parties dûment cités, expositions des prétentions du demandeur et des objections de la défense, production des preuves, participation des gens de métier (avocats), plaidoyers. *Quintus* a pris ici la décision controversée comme administrateur, en dehors d'un procès en forme, probablement sur simple demande du créancier qui désirait faire valoir ses prétentions contre l'héritéité. Il n'y a pas eu de procès, l'héritier n'a pas formulé ses objections. L'ordre dans la province si précaire fût-il, s'appuyait sur quelques principes de droit que les empereurs eux-mêmes n'osaient pas négliger.¹⁷ C'était le sentiment de Cicéron et probablement de ses contemporains aussi. C'était ce que les empereurs du

second siècle avaient voulu réaliser. Au lieu d'un procès en forme, Quintus a écrit une lettre aux habitants d'Apollonis leur donnant l'ordre de ne pas toucher à la succession jusqu'à ce que le créancier supposé de l'héritage soit payé. Quintus les a menacé aussi de leur réserver s'ils ne sont pas obéissant, le traitement qu'il a pour ses ennemis, ce qui nous en dit assez sur le caractère illégal de son intervention et la condamne.

Dans la lettre à son frère (ad Quint.fri, 2, 3, 10), Cicéron s'explique: Quoi? C'est au préteur de juger s'il y a dette? C'est-à-dire, est-ce à l'administrateur de juger s'il y a dette? Et la réponse sous-entendue: non, c'est au juge. Et Cicéron de continuer: "Il existe une voie légale dans de telles situations qui ne laisse aucune place aux faveurs" (*Sed via iuris eiusdem modi est, quibusdam in rebus ut nihil sit loci gratiae*). Voilà un exemple de la façon dont les romains éclairés concevaient l'ordre dans la province: une combinaison entre l'action sans entraves du pouvoir et le respect de quelques principes de droit jugés essentiels. Que l'ordre dans la province impliquait le respect d'une réglementation minimale, les manuels sur l'administration de la province le prouvent abondamment.

En province, un domaine de relations sociales est soumis au droit. Mais quel droit?

En premier lieu, la loi de la province (*lex provinciae*), s'il y en avait. Quelquefois, le senatus consulte sur l'organisation de la province. Ensuite, l'édit provincial, et nous savons que l'édit de la province de Cilicie, rédigé par Cicéron, renvoyait à l'édit du préteur urbain et du préteur pérégrin de Rome. Les lois, les senatus consultes, les constitutions du prince étaient selon le cas des sources de réglementation. Enfin, le droit civil, le droit des gens (*ius gentium*), le droit local des populations pérégrines, le droit provincial romain.

Dans la pensée romaine l'ordre est associé au respect de quelques principes de droit. Il fallait donc les connaître. Voilà posé la question des sources de droit. Les promagistrats, les gouverneurs, les juges, les fonctionnaires devaient connaître la loi et les autres sources du droit de la province. En fait, les promagistrats, les fonctionnaires en sous-ordre n'étaient pas obligés d'avoir des connaissances juridiques (mais ils devaient se conformer aux principes et aux règles juridiques). Il y avaient dans la province des assesseurs, des juristes pour les conseiller. Y a-t-il eu dans le manuel d'Ulprien de *officio proconsulis* une section spéciale sur les sources du droit ? En principe, ce serait possible, parce qu'il y avaient des manuels d'enseignement, témoin celui de Gaius, qui traitaient des sources du droit. Dans le manuel d'Ulprien sur les devoirs des proconsuls il y a deux textes sur la coutume. L'un est pris du premier livre du manuel (D.1, 3, 33 = Lenel II 2146). S'il n'y a pas de droit écrit sur un cas concret,

dit en essence le juriste, la coutume doit être suivie (*Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt, observari solet*).

Le second texte provient du livre IV du même manuel (D.1, 3, 34 = Lenel II 2147): Lorsque quelqu'un invoque la coutume d'une ville ou d'une province, je crois qu'il fait d'abord examiner si la coutume alléguée a été confirmée par un jugement dans une procédure contradictoire (*cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicte aliquando iudicio consuetudo firmata sit*). On voit déjà combien complexe était la question des sources du droit: on nous parle de la coutume d'une ville ou d'une province. Les textes dont nous avons fait état ont posé la question si, dans le manuel, Ulprien s'est occupé dans une section des sources du droit dans la province Fr.Schultz émet des doutes: les textes examinés auraient pu être écrits à l'occasion d'une consultation donnée dans un cas concret. Ce qui ne semble pas le cas. Le manuel n'est pas un recueil de consultation (*responsa*), ni de problèmes juridiques (*quaestiones*). Ces lignes constituent plutôt une indication sur la valeur de la coutume, sur la preuve de la coutume, et font partie d'une section consacrée aux usages, aux sources du droit. Le problème était d'importance. Le droit romain était en essence un droit coutumier. Les règlementations des pays de l'Antiquité classique étaient coutumières. On parlait même de *consuetudo domus*, de l'usage dans la maison et on connaît des consultations sur ces bases.¹⁸ D'autant plus en province, où se cotoyaient les règlementations les plus diverses des villes, des populations vivant dans les villages.

Il y a usages et usages. Il y a d'abord la consuetude romaine (le *ius civile*) qui possédait des principes, des institutions bien établies, à contours fermes, précis, assurant aux individus la stabilité des situations juridiques: la *libertas*, la *civitas*, les actions de la loi, les *actus legitimi*, le *iustum matrimonium* etc. La consuetude romaine s'oppose peut-on dire aux usages du monde gréco-oriental, flasques, flous, dénués de contours, qui d'ailleurs ne s'imposaient pas aux juges avec la même autorité que le *ius civile* romain.¹⁹ Dans ces conditions, il devait arriver fréquemment qu'on invoquât une coutume. Aussi des précisions sur la valeur de la coutume, sur l'identification de la coutume, s'imposaient-elles. Les autorités de la province étaient nécessairement peu familiarisées avec les problèmes de la coutume dans la théorie romaine.

Les gouverneurs de la province étaient tenus (en théorie) de connaître les principes généraux du droit concernant leur office, les mandats et les rescrits du prince intéressant leur province. Les autres rescrits n'étaient pas à leur portée, à moins que les avocats ne les leur présentassent. La question des usages en province était malaisée parce qu'il n'y avait pas de ligne de conduite en la matière. Si le *ius civile* était bien ancré dans la conscience des juristes et

très respecté, on ne peut pas en dire autant des usages de la province, d'une certaine ville, des peuples soumis par Rome. Ulprien semble nous donner son opinion personnelle (il ne formule pas de règle obligatoire). Pour le droit coutumier en province, nous étions dans le domaine de la libre appréciation du titulaire du pouvoir. N'était-ce pas à lui que les fonctionnaires adressaient des demandes de consultations juridiques ?

La loi de la province est un règlement pour l'organisation du pays conquis. Nous connaissons la loi *Rupilia* (une *lex data*) qui concerne l'organisation de la Sicile. Le règlement a été rédigé par le magistrat assisté par une commission de sénateurs. Par la loi *Rupilia*, les cités alliées, fédérées et sujettes ont conservé leurs lois (*suis legibus uti*) et leurs magistrats antérieurs à la conquête.

Dans les provinces étaient applicables des lois et des senatus consultes faites pour les provinces (ou spécialement pour une province). Ainsi, la loi *Gabinia*²⁰ fixait un taux d'intérêt de maximum 1% par mois (12% par an). Sous les consuls *Lentulus* et *Philippus*²¹ (Cicéron, ad Att.5, 21, 11) on avait voté un senatus consulte qui prescrivait à ceux qui prendront le gouvernement de la Cilicie de respecter les contrats d'emprunt (*syngraphae*)²² en ce qui concerne le taux d'intérêt, c'est-à-dire, les débiteurs seraient obligés de payer l'intérêt indiqué par le contrat écrit (*syngrapha*), même si l'intérêt était usuraire (*ut qui Ciliciam obtineret, ius ex ea syngrapha diceret*). Au premier moment, nous dit Cicéron (ad Att.5, 21, 11), j'ai été terrifié. Puis, j'ai découvert deux autres senatus consultes sur la même question. Et Cicéron de nous expliquer: les amis de Brutus, avec son concours, voulaient donner de l'argent aux provinciaux avec 4% par mois (48% par an), mais seulement si un senatus consulte les assurait de la validité de leur opération. Sous l'influence de Brutus, on a voté un autre senatus consulte selon lequel les contrats d'emprunt, *syngraphae*, entre les salaminiens et les banquiers romains seraient exceptés des interdictions prévues par la loi *Gabinia* (*ut neve salaminiis, neve qui eis dedisset, fraudi esset*), c'est-à-dire, que la loi *Gabinia* ne doit pas porter préjudice aux parties aux contrats d'emprunt usuraires. Après avoir donné l'argent aux salaminien, les banquiers ont découvert que ce dernier senatus consulte ne leur était daucun secours, parce que la loi *Gabinia* défendait aux magistrats judiciaires de dire le droit (d'organiser le procès entre débiteurs et leurs banquiers) quand une syngraphe portait des intérêts usuraires (*ius dici lex Gabinia vetaret*). Alors, pour ne pas perdre à la fois, et le capital et les intérêts permis par le droit, on a voté un autre senatus consulte qui prescrivait que ces syngraphes (c'est-à-dire, les syngraphes qui portaient des intérêts usuraires) seraient traitées de la même manière que les contrats d'emprunts qui portaient des intérêts permis par la loi (*ut ea syngrapha non esset alio modo quam ceterae, sed ut eodem*), c'est-à-dire, qu'on se contenterait d'un intérêt selon la loi (de 1% par mois). Le

moyen mis par la loi Gabinia à la disposition du magistrat était probablement une *dénegatio actionis* (le magistrat judiciaire refusait l'action demandée par le banquier; on pense qu'une exception fondée sur la loi était aussi possible).

Un autre senatus consulte de l'année 61 a.Chr. avait interdit aux gouverneurs de province d'intervenir en faveur des créanciers dans les affaires de dettes contractées par les cités libres de la province.²³

Le gouverneur publiait à son entrée en charge un édit.²⁴ L'édit rédigé par Cicéron pour la province de Cilicie comprenait (A) des dispositions sur les comptes des cités (*de rationibus civitatum*), sur les dettes (*de aere alieno*), sur les intérêts (*de usura*), sur les syngraphes (les syngraphes étaient des contrats formels d'après le droit pérégrin), sur les publicains; puis (B) des prescriptions sur les matières qu'on ne pouvait trancher sans édit (*quod sine edicto satis commode transigi non potest*) comme l'envoient en possession de l'hérité, sur la possession des héritages et leurs ventes, sur la nomination d'un *magister* parmi les créanciers lors de la procédure d'exécution forcée sur les biens du débiteur insolvable (*de magistris faciendis*), (Cicéron ad Att., 6, 1, 15). Il rappelle aussi d'autres clauses de son édit: il a, par exemple, permis aux grecs de faire trancher leurs différends devant les tribunaux propres (grecs) et d'après les lois locales (*suis legibus et iudicibus utuntur*). Pour le reste, c'est-à-dire, pour ce qui ne se trouve pas dans l'édit provincial, Cicéron renvoie à l'édit du préteur urbain et pérégrin de Rome (*Tertium de reliquo iure dicundo agraphon reliqui. Dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accommodaturum*, j'ai dit que j'accorderai mes décrets aux édits de Rome). Comment comprendre ces lignes ? Les clauses des deux édits ne s'imposaient pas aux promagistrat de la même manière qu'aux préteurs de Rome (selon la loi Cornélia, de 67 av.Chr., le magistrat judiciaire de Rome était tenu de dire le droit d'après son édit). Pour le promagistrat, ces deux édits sont des sources d'inspiration quand il prend une décision. Ils constituent des indications seulement. Cicéron, comme beaucoup de magistrats et comme, plus tard, beaucoup d'empereurs, a le souci de l'ordre, de la règle, (l'ordre introduit par les édits de Rome était ancien et éprouvé). L'ordre était surtout matérialisé par le droit civil; mais l'édit du magistrat était la *viva vox iuris civilis*. Mon sentiment est que le promagistrat se réserve vis-à-vis de l'édit urbain et pérégrin une certaine liberté. Cette liberté (d'appréciation) était conforme avec la position du promagistrat dans sa province, la loi Cornelia n'obligeant pas le promagistrat de dire le droit d'après les édits de l'Urbs. Nous ne savons pas si le promagistrat était tenu de dire le droit d'après son édit provincial. L'édit de Cicéron pour la Cilicie n'avait pas pris les clauses des édits de Rome, mais il y a eu seulement un renvoi à ces édits avec la spécification que le gouverneur "accordera"

les décisions prises aux clauses des édits de Rome. Les deux édits de Rome constituaient des points de départ pour les décisions du promagistrat et tout ça était conforme à la pratique courante dans les provinces.

L'usage de demander et de donner des consultations était, on peut le supposer, très répandu dans la province. En voilà les principes: le gouverneur en difficulté sur un point de droit consultait le prince. En échange, les fonctionnaires en sous-ordre devaient s'adresser au gouverneur (D.5, 1, 79): *iudicibus de iure dubitantibus praesides respondere solent: de facto consulantibus non debent praesides consilium impertire, verum iubere eos prout religio suggerit sententiam proferra*). En revanche, pour les questions de fait les juges et les fonctionnaires de la province devaient décider selon leur conscience.

En province, on appliquait le *ius civile*, le *ius gentium*, les constitutions impériales, les édits du gouverneur, les édits des magistrats judiciaires de Rome, les lois, les *senatus consultes*, les coutumes locales: mais dans quel ordre? Qui éliminait qui? Qu'est-ce qu'on appliquait en premier lieu? Comment était regardé le conflit de lois? Quelles étaient les règles pour les résoudre? Est-ce que les règles de conflit (il y en avaient) étaient-elles obligatoires pour le juge? Les questions ne sont pas élucidées totalement et il est possible que les romains ont regardé les problèmes d'une toute autre manière.

Pour bien comprendre l'attitude mentale des romains devant les problèmes que nous nous sommes posés, il faut faire un retour en arrière au moment où Rome était un Etat-cité à territoire très exigu. Dans le Latium primitif (et la situation s'inscrivait dans un large espace géographique et social) il n'y avait pas ou presque pas d'échanges entre les communautés le composant. Chaque cité se concevait opposée aux autres avec ses dieux, ses traditions, ses institutions. Le *ius civile* (*ius quiritium*) excluait les étrangers par définition (*ius civile est ius proprium civium romanorum*, on affirmait encore à l'époque classique). *Ius* ne concernait que les citoyens et avait pour objet la terre romaine (à l'origine, la terre située *intra muros*, à l'intérieur de la cité). *Ius civile* ne prenait en considération que les relations consacrées par un usage immémorial et reçus d'une manière limité dans la sphère rituelle du *ius* (*actus legitimi*, la *sponsio*, la *stipulatio*, l'*in iure cessio*, *hereditas*, et quelques autres encore). Tout ce qui excédait ce domaine était exclu de la réalité sociale produisant des effets juridiques.

Après des siècles, on s'est apperçu que beaucoup de rapports et des plus importants restaient en dehors du *ius* et il fallait tout-de-même les prendre en considération. La réponse a été conservatrice. Le droit civil est resté à peu-près figé. Ces nouveaux rapports ont été mis sous la tutelle d'un autre système de

règles: le droit des gens, *ius gentium*, le droit naturel, *ius naturale*, le droit honoraire, *ius honorarium*. Il est vrai que plus tard, à l'époque classique, quelques unes des institutions du droit civil ont été étendues aux pèlerins.

Ainsi, à l'époque où Rome régnait sur les peuples des rives de la Mer Méditerranée, dans les provinces conquises, il y a eu des systèmes de réglementation différents en même temps, mais sur des rapports divers. C'est le fameux "pluralisme juridique" dont Val.Al. Georgescu a étudié en profondeur les implications tant à l'époque classique, qu'au moyen-âge roumain.

En province, la situation était compliquée et confuse à cause de la présence du droit des cités pèlerines (et chaque cité avait son droit, au moins en théorie), du droit romain (*ius civile*, *ius gentium*, droit romain provincial, constitutions impériales, *senatus consultes* et lois et aussi du droit coutumier des populations non constituées en cités).²⁵ La solution devait être cherchée dans cet amas confus, mal ordonné, où la loi écrite, les constitutions impériales, les principes généraux du droit, les usages des peuples vaincus, la pratique, le sentiment du juste (l'équité) fournissaient matière. Il n'existe pas un règlement clair, précis de la façon dont ces divers ordres juridiques entraient en action, de leur champ d'effectivité. Il semble que c'était là une question qui restait à l'appréciation discrétionnaire du gouverneur de la province.

On peut douter que le problème des conflits de lois²⁶ se soit posé exactement ou dans le même esprit que chez nous en Europe au XX-e siècle et que leur conception sur les solutions à envisager aient été les mêmes. S'ils ont saisi le problème à leur manière, de leur point de vue, s'ils ont trouvé quelques fois des solutions justes, il n'y a pas eu chez eux une théorie d'ensemble et systématique.

C'est parce que dans les provinces les relations humaines étaient soumises à des cercles de réglementation différentes, que les manuels sur l'administration se limitaient à traiter seulement des problèmes qui présentaient un intérêt pratique immédiat, les autres, c'est-à-dire, les questions juridiques étant soumis et devant trouver leur solution dans les livres de droit civil, dans les commentaires de l'édit du préteur ou dans d'autres ouvrages de droit.

Ce que pensaient les romains, surtout dans les provinces nouvellement conquises, sur l'ordre, sur le régime juridique, était peut-être relevé par la lettre de Cicéron à son frère Quintus (ad Quint.fr.I, 1, 7, 20) quelques trois cent ans plus tôt: "Il me semble que le gouvernement de l'Asie ne comporte pas des activités très variées: il repose tout entier sur l'administration de la justice. La science de l'administration de la province n'est pas en elle-même très difficile (elle est facile): il faut avoir une attitude sérieuse qui non seulement résiste aux séductions, aux tentatives de capter la bieuveillance, mais encore ne se prête pas aux moindres soupçons" (*Ac mihi videtur non sane magna varietas esse negotiorum in administranda Asia, sed ea tota iurisdictione maxime*

sustineri; in qua scientia praesertim provincialis ratio ipsa expeditia est: constantia est adhibenda et gravitas quae resistat non solum gratiae verum atiam suspicioni").

NOTES

¹ Pour la Roumanie, nous signalerons l'*Histoire de la littérature latine* (177 n.è. pVI-e siècle): IV-e volume: *Le droit au second siècle. Le droit au III-e et au IV-e siècle. Le V-e siècle. Le Code Théodosien, Justinien*, ouvrage collectif sous la direction du dr. Eugène Cizek, Bucureşti 1986. Pour la littérature étrangère, dans la mesure où elle nous a été accessible jusqu'à présent, il y a le Manuel de littérature latine de Schanz Martin et Hosius Karl, dont une partie est consacrée aux juristes du II-e siècle et de la première moitié du III-e siècle. Ce Manuel n'étudie pas la littérature sur l'administration de la province et encore moins de notre point de vue. Fr.Schultz dans son *History of Roman Legal Science* consacre quelques pages à la littérature sur les devoirs de magistrats (Oxford 1953). D.Lieba étudie diverses aspects de la littérature juridique (voir les notes qui suivent).

² Val.-Al.Georgescu, *L'opposition entre "ius" et "factum" en droit romain et en droit moderne*, dans: "Scritti in onore di Contardo Ferrini", Milano 1948, 3(1948), p.164: "Dans l'ancienne Rome, la pensée juridique, par sa nature sacrée et religieuse, possède un aspect statique, repose sur des essences et sur contenus matériels. Elle opère avec des sphères appréciées à la lumière de quelques valeurs intégrantes: le sacré, le divin – et délimitées corporellement". L.Chiazzese, Annali Palermo XVIII, p. 1939, p.LIX: nel diritto romano antico ... domina il fatto sensibile et visibile, la parola e non la voluntas".

³ C'est le *ius incertum, ius controversum* (J. Stroux, *Sumnum ius summa iniuria*, "Annali Palermo", XII (1929), p.639-691; il faut y faire rentrer toutes les questions juridiques qui n'étaient pas encore tranchées d'une manière décisive par les prudents).

⁴ J. Gaudemet, *La jurisdiction provinciale d'après la correspondance entre Plaïne et Trajan*, "Études de droit romain", vol.II, Napoli 1979, p.341 sur le cas des enfants abandonnés à leur naissance et recueillis.

⁵ *Paulus libro 20 responsorum*, D.49, 1, 25.

⁶ T. Honoré, *Emperors and Lawyers*, London 1981; L.Solidoro, *I "rescripta" e i loro autori*, Labeo (1987), p.104; C. Ambrosone, *La codificazione di Ulpiano*, Labeo 1984, p.93; D. Lieba, compte-rendu à: B. Santalucia, *Ulpianini Opinionum libri VI*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 41 (1973), p.276.

⁷ T.Honoré, *Ulpian*, Oxford 1978.

⁸ Fr. Wieacker, I "libri opinionum" (di Ulpiano ?), Labeo 1973, p.196.

⁹ A. Pernice, *Ulpian als Schriftsteller*, "Labeo" VIII 1962, p.351-389; Jörs. Domitius Ulpianus, Pauli-Wissowa Real-Enzyklopädie VI, (IX Halbband), coll. 1436-1509.

¹⁰ Modrzejewski et T.Zawadski, *La date de la mort d'Ulpien et la préfecture du prétoire au début du règne d'Alexandre Sévère* "Rev.hist. de droit français et étranger", 45 (1967), p.608.

¹¹ *Iulius Paulus* par A.Berger, dans: "Pauly-Wissowa Real-Enzyklopädie", XI, (XIX Halbband) coll.720.

¹² G.Cardascia, *L'apparition dans le droit des classes d'honestiores et d'humiliores*, "Rev.hist.de droit français et étranger", 28 (1960), p.305-337; 461-485.

¹³ G. Foti Talamanca, *Ricerche sul processo nell'Egitto greco-romano, I. L'organizzazione del "Conventus" del "Praefectus Aegypti"*, Milano 1974; U. Wilcken, *Der Agyptische Konvent*, dans *Archiv für Papyrusforschung*, 4 (1908), p.366-422.

¹⁴ Nous n'avons pas fait mention dans le titre ni de "réglementation", ni de "droit romain" pour marquer qu'en ce qui concerne la paix dans la province, le droit n'était qu'un des éléments employé et qu'on devait compter aussi pour le maintient de l'ordre sur l'activité de l'administration, sur la force.

¹⁵ On connaît peu sur la disparition de la procédure formulaire, de l'organisation judiciaire de l'*ordo iudiciorum privatorum*. Le procès de l'*ordo* était organisé à Rome par le préteur urbain, pérégrin et par les édiles curules. Le préteur pérégrin n'existe plus depuis Caracalla. Les édiles curules disparaissent après Alexandre Sévère (mort in 235). Le préteur urbain existe encore au temps de Constantin, mais il n'a plus de juridiction. Les formules, très caractéristiques pour le procès de l'*ordo* disparaissent entre Dioclétien et Constantin. Une constitution de Dioclétien de l'an 294 (C.3, 3, 2) et une constitution de l'an 324 (C.2, 57) (58) supprime les formules. Nous sommes peu renseigné sur la disparition de la procédure formulaire. Selon la constitution de l'an 294, il paraît que le gouverneur de la province juge le procès du commencement à la fin lui-même, ou bien le délègue à un fonctionnaire en sous-ordre.

¹⁶ Le procès *extra ordinem* est une formation très ancienne. Le général romain en campagne en pays étranger jugeait en civil, en pénal en vertu de son *imperium* et il jugeait les procès du commencement à la fin et sans appel possible. Il jugeait personnellement ou par ses délégués. Aucune règle contraignante pour le chef militaire. Le procès organisé par lui n'était pas soumis à des règles. Tout tenait de la libre disposition du chef militaire. A Rome, le procès *extra ordinem* a été introduit par Auguste qui a voulu donner une solution juridique à une situation qui n'était pas connue ni par le droit civil, ni par l'édit du préteur et par conséquent était dépourvue de sanction légale: c'était le *fidei -commis*. C'était une solution de fortune, mais elle a eu dans le contexte social un succès immédiat et durable. La formule employée par Auguste qui n'était du tout étrangère à la manière dont les généraux se comportaient dans leurs campagnes, s'est par la suite étendue à d'autres causes où ni le droit civil, ni l'édit du préteur ne donnaient de sanction. Le procès *extra ordinem* devant le magistrat et puis devant le fonctionnaire (par exemple, préfet de la ville de Rome) ne respectait ni ne connaissait les règles de la procédure formulaire (*ordo iudiciorum privatorum*: division de l'instance entre le magistrat qui organisait le procès et le juge simple particulier qui exerçait un service public et gratuit). C'est pourquoi le nouveau procès est appelé *extra ordinem iudiciorum privatorum*. On a par la suite fait trancher par les magistrats et les fonctionnaires les causes qui d'après le droit civil et l'édit n'avaient pas de sanction et plus tard, même des rapports reconnus par le droit civil. A mesure que nous approchons du III-e siècle, le procès *extra ordinem* semble préféré même pour les situations que le droit civil ou honoraire ont sanctionné. Le procès *extra ordinem* a été un élément de progrès parce qu'il a permis de trouver une solution là où le droit civil de lente évolution et l'édit du préteur atteint d'une sorte de paralysie après la rédaction de l'édit perpétuel ne permettaient de donner une solution. Le procès de l'*ordo* semble avoir été peu utilisé dans les provinces. La procédure *extra ordinem* a mis des siècles à se fixer, à trouver ses propres principes (voir: J. Corof, *La papyrologie et l'organisation judiciaire de l'Egypte sous le principat*, Actes du V-e Congrès de Papyrologie, 1937, 615-662).

Dans une certaine mesure, elle a pris les principes équitables et judiciaux de la procédure de l'*ordo*: droit à la défense, présence des parties, égalité des parties, publicité, oralité. (la publicité des débats est un droit et une garantie des parties litigantes, un moyen de contrôle de l'opinion publique sur la distribution de la justice), les preuves. Il semble même que les anciennes formules servaient comme guide pour le plaignant, comme aussi pour l'autorité qui ordonnait au fonctionnaire de juger, au second siècle, la procédure *extra ordinem* était encore en voie de formation et

c'était un procès très lent. On peut dire que le procès extra ordinem subissait l'influence des principes du procès de l'ordo. (E.Seidl, *Zur Gerichtsverfassung in der Provinz Aegypten bis 250 n.Chr.*, Labeo (1965), p.311.

¹⁷ J.M.Kelly, *Princeps iudex. Eine Untersuchung zur Entwicklung und zu Grundlagen der kaiserlichen Gerichtsbarkeit*, Weimar 1957. G.Pugliese, "Principi teorici e realtà pratica nei processi romani" (a proposito di J.M.Kelly, *Roman Litigation*, Oxford 1966, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, XXXV, fasc.II, (1967), p.291.

¹⁸ Pour illustrer cette manière de voir le droit en action, si l'on peut ainsi dire, ou la façon pratique de résoudre des difficultés inhérentes vis-à-vis des principes trop rigides, comme ceux qui refusaient aux esclaves aucune capacité on peut se reporter à un responsum de Scaevola (II-e siècle). On lui pose la question si l'héritier peut être tenu de rembourser à l'esclave du défunt ce que celui-ci (l'esclave) avait dépensé pour son maître défunt de son propre fond. On ajoute comme pièce de conviction à la demande de consultation, que selon l'usage de la maison, selon la *consuetudo domus*, le maître restituait à son esclave l'argent que celui-ci lui avançait de son propre fond (cum ex *consuetudo domus esset, ut quidquid ex suo in ratione locularum erogasset, dominica ratio ei debere atque exsolvere*). Et la réponse de Scaevola est affirmative: l'héritier doit à l'esclave du défunt ce que celui-ci a dépensé pour son maître défunt. La solution est pourtant contraire aux principes depuis toujours soutenus par les juristes. Il y a une double explication. D'une part, le juriste, pour donner une solution équitable et acceptée par les moeurs de la région (nous le supposons) laisse de côté les principes rigides du ius. Aujourd'hui encore, dans notre Etat de droit, si la règle est impérative, elle doit être interprétée; elle peut être contredite par l'exégèse de ses intentions; elle peut être négligée; elle est parfois ignorée; il y a mille chemins pour le juge d'aujourd'hui qui veut se débarrasser de la loi qui le gêne; à plus forte raison dans les provinces aux temps des romains. Certaines solutions ont un caractère pratique et non systématique, ont un caractère de solution d'espèce. La raison de décider, la *ratio decidenti*, le juriste ne la cherche pas dans les principes qui dans le cas donné lui sont contraires; si la décision heurte les principes reçus, le juriste fait semblant de les ignorer et donne une solution justifiée par les circonstances particulières de l'espèce. 2) d'autre part, il semble que la théorie de l'incapacité absolue de l'esclave, la théorie rigide, n'était pas unanimement acceptée par les juristes de l'époque classique: selon le cas, les juristes se sentaient en droit de s'en écarter. Les solutions étaient conformes au sens commun, à la pratique courante, aux besoins du commerce et du crédit, au moins dans les provinces gréco-orientales.

¹⁹ L.Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris 1965, p.67: "Le jugement doit être conforme à la loi... Mais une théorie avouée et ancienne et quasi officielle revient à faire de la loi un principe plutôt régulateur que constitutif... La notion de droit strict ne domine pas la justice athénienne. Celle de suffisance de la loi lui est tout-à-fait étrangère. Il est entendu que la loi ne règle pas tout... Il n'y a pas une distinction absolue entre le législatif et le judiciaire. Spolber, *Le concept byzantin de la loi juridique* (Etudes de droit byzantin, v, Bucarest, 1938; sous une forme abrégée et en italien, cette étude fut présentée comme communication au Congrès internationale des études byzantines à Rome, en septembre 1936), p.3: "Pour nous autres modernes, la loi juridique est une règle obligatoire tant pour le citoyen que pour le juge: l'un doit la suivre et l'autre l'appliquer comme un ordre donné par ce patron suprême et inexorable qu'est l'Etat. Chez les byzantins et, en général, chez les anciens, l'injonction légale n'est pas inexorable; l'Etat invite plutôt le citoyen et le juge de faire usage d'une règle qu'il pose dans l'intérêt général; il veut les persuader et pour cela il fait œuvre d'enseignement (p.8) et plus loin (p.8): "En effet, dire que la loi enseigne ou exhorte le juge, cela veut dire en premier lieu, que le juge a le droit de la suivre ou non, bien entendu dans le sens qu'il a le droit de choisir entre elle et une autre loi. Mais, à son tour, cela veut dire – et ne peut pas dire autre chose – qu'il y a dans ce régime des lois coexistantes, ce qui n'est pas possible que s'il n'existe pas d'abrogation. Et Val.-Al.Georgescu (*La réception du droit romain*

LA LITTÉRATURE JURIDIQUE

byzantin dans les Principautés roumaines (*Moldavie et Valachie*), en: "Mélanges Lévy-Bruhl, Paris 1959, p.375: "Voici pourquoi toujours selon l'idéologie du temps, la loi dans son essence était une, immuable et éternelle, et c'était cette essence incorruptible qu'il s'agissait d'atteindre à travers la multiplicité historique concrète, des lois civiles et ecclésiastiques. Dans ce choix, disait-on à ceux qui avaient à le subir, c'était la valeur morale qui devait l'emporter, c'était l'adhésion éclairée de la conscience de l'interprète qui décidera quelle était la loi applicable. Et en cas de conflit entre lois d'âge différent, l'ancienneté d'une règle était toujours une garantie plutôt d'excellence que d'inanité, à l'inverse de ce qui se passait en droit romain classique, et de ce qui se passe surtout de nos jours, par effet du principe rationaliste de l'abrogation". G.Michaelides-Nouaros, *Quelques remarques sur le droit vivant athénien de l'époque classique*, communication à la Soc.intern.des droits de l'Antiquité, 1973, Chronique dans *Studia et documenta historiae et iuris* 39 (1973), p.600.

²⁰ De 68 av.J.Chr.

²¹ Consuls en 50 av.J.Chr.

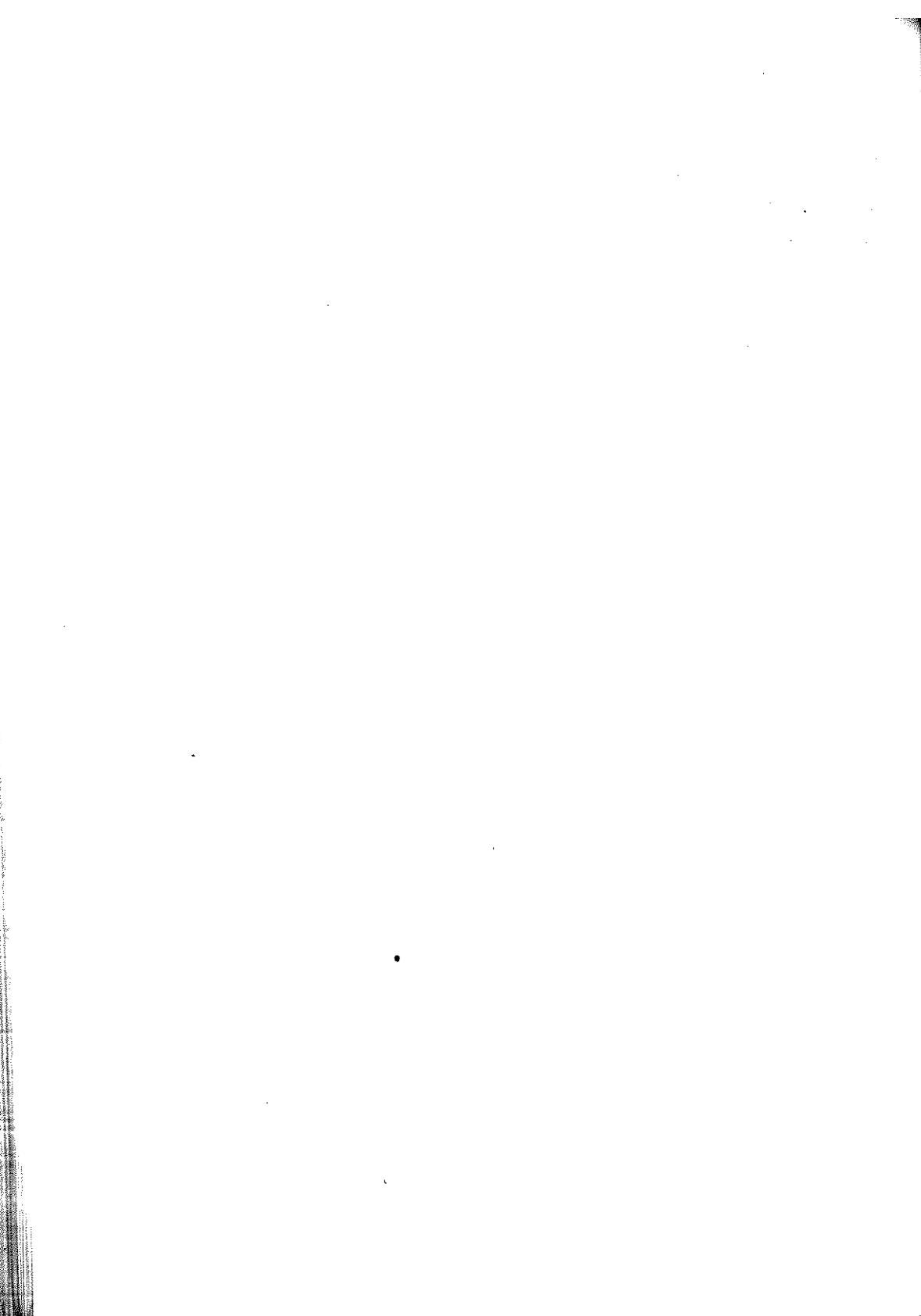
²² G. Grossi, "Syngraphie", "stipulatio" e "ius gentium", "Labeo" 7, (1971).

²³ Cicéron, ed.Att.1, 19, 9: *Hoc autem de populis liberis sine causa editum*.

²⁴ Cicéron, ad Att.6, 1, 15, se réfère à l'édit de Q.Mucius fils de Publius, pour la province d'Asie, à l'édit de Bibulus qui contenait une clause qui protégeait les habitants des provinces contre la rapacité des usuriers. L'édit de Verres pour la Sicile. Une clause semblable à celle publiée par Bibulus, mais plus vague figurait dans l'édit de Cicéron: *Extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona*.

²⁵ E.Weiss, *Zum römischen Recht in Aegypten nach den Ergehen der C.A.*, S.Z. (1953), p.390 p. E.Bickerman, *Remarques sur le droit des gens dans la Grèce classique*, Rev.int.des droits de l'Ant. IV (1950), p.99-129; Cl.Préaux, *Sur la réception des droits dans l'Egypte gréco-romaine*, Rev.int.des droits de l'Ant V (1950), p.349-361; H.J.Wolff, *Römisches Provinzialrecht in der Provinz Arabia*, "Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, Bd.II, 13; idem, *Le droit provincial dans la province romaine d'Arabie*, Rev.int.des droits de l'Ant., (1976), p.271; idem, *Plurality of Laws in Ptolemaic Egypt*, Rev.int.des droits de l'Ant., 7 (1960), p.191; idem, *La structure de l'obligation contractuelle en droit grec*, Rev.hist.de droit fr.et étr., (1966), p.569; H.J.Wolff, *Zur romanisation des Vertragsrechts der Papyri*, S Z 73 (1956), p.1-28; A.Torrent, *Syngraphae cum salaminiis*, IVRA (1973), p.90; G.Pugliese, *Riflessioni sull'editto di Cicero in Cilicia*, Synteleia Arangio-Ruiz, 2, Napoli 1964, p.973; W.L.Westermann and A.Arthur Schiller, *Apokrimata. Decisions of Septimius Severus on Legal Matters*, text, translation and historical analysis, New-York 1954.

²⁶ H.J.Wolff, *Der Problem der Konkurrenz von Rechtsordnungen in der Antike*, Heidelberg 1979; Fr.Schwind, *Internationales Privatrecht und römisches Recht*, Labeo 11 (1965), p.311; E.Volterra, dans: *Studi in onore de P.di Francisci IV* (1955), p.93; idem, dans: IVRA 14 (1963), p.357; Fr.Sturm, *Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois ?* dans: *Journ.du drint.* 106 (1979), p.259-273; H.Lewald, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Labeo 5 (1959), p.334-369; E.Volterra, *Quelques problèmes concernant le conflit de lois dans l'Antiquité*, dans: "Travaux et conférences", Université libre de Bruxelles, Fac.de droit III (1955); W.Niederer, *Ceterum quoero de legum imperii romani conflictu*, traduit par Aubert, dans: Rev.crit.de dr.int.privé 49 (1960), p.147; H.J.Wolff, *Polis und civitas*, Sav.Zeitschr. 95 (1978), p.2-14; Ed.Volterra, *Nuovi documenti per le conoscenza del diritto vigente nelle provincie romane*, IVRA 14 (1963), p.29; J.Gaudemet, *La juridiction provinciale d'après la correspondance entre Pline le Jeune et Trajan*, Rev.int.des droits de l'Ant., 11 (1964), p.335; De Vischer, *La justice romaine en Cyrenaïque*, Rev.int.des droits de l'Ant., 11 (1964), 321; G.I.Luzzatto, *In tema di processo provinciale et autonomia cittadina*, Rev.int.des droits de l'Ant., 11 (1964), p.355.



ACTE NORMATIVE NOI

PERSONALITATEA JURIDICĂ A SOCIETĂȚILOR AGRICOLE

DE

ȘTEFAN RÄUSCHI

Anul 1991 are o deosebită semnificație pentru poporul român, dar mai ales pentru țărâname, acesta marcând reîmproprietărirea și împroprietărirea celor care aproape uitaseră că au fost proprietari de terenuri sau nu se gădeau că vor putea dobândi un asemenea drept.

Parlamentul țării prin adoptarea Legii nr.18/1991, legea fondului funciar, a repus sau, după caz, a pus în drepturi, mai multe categorii de persoane, iar Constituția României prin art.41 "garantează în limitele stabilitate de lege, dreptul de proprietate". Totodată, Constituția prin art.42 alin.2 și 3 stabilește că: "Proprietatea privată este ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular" și că "Nimeni nu poate fi expropriat decât pentru o cauză de utilitate publică, stabilită potrivit legii, cu dreaptă și prealabilă despăgubire". În continuare, art.42 din Constituție precizează că: "Dreptul de moștenire este garantat".

Așa fiind, proprietarii de terenuri agricole care beneficiază de prevederile Legii fondului funciar, precum și alți proprietari de terenuri agricole pot să-și lucreze pământul în mod individual dar și în forme de asociere. Această a doua posibilitate nu este altceva decât expresia dreptului fundamental consacrat de art.37 din Constituție, respectiv dreptul de asociere. Acestui drept, pentru proprietari agricoli, i s-a dat și o reglementare specială prin Legea nr.36/1991, privind societățile agricole și alte forme de asociere în agricultură.

Legea, în art.2, se referă, mai întâi, la formele simple de asociere create pe bază de înțelegere între două sau mai multe familii, având ca scop exploatarea terenurilor agricole, creșterea animalelor, aprovizionarea, depozitarea, condiționarea, prelucrarea și vânzarea produselor, prestarea unor servicii, precum și alte activități. Aceste forme de asociere nu au personalitate juridică și se pot constitui prin înțelegerea verbală sau scrisă, fără altă formalitate

juridică, cei în cauză stabilindu-și singuri obiectul activității și condițiile în care înțeleg să-și desfășoare activitatea, iar în cazul în care asociații doresc, pot încheia și contracte de societate în condițiile prevăzute de Codul civil.

Potrivit art.3 alin.4 din legea menționată, proprietarii de terenuri pot constitui și societăți comerciale în condițiile Legii nr.31/1990, iar în cazul în care nu doresc să exploateze terenurile nici individual și nici în formele de asociere menționate, ei se pot constitui în societăți agricole cu personalitate juridică.

Înainte de a ne ocupa de reglementările speciale referitoare la personalitatea juridică a societăților agricole trebuie să menționăm și prevederile legale, care constituie dreptul comun în materie și care sunt în vigoare, respectiv art.26 lit.e din Decretul nr.31/1954 care prevede că "Sunt în condițiile legii persoane juridice... orice altă organizație care are o organizație de sine stătătoare și un patrimoniu propriu afectat realizării unui anumit scop în acord cu interesul general".

Din textul citat rezultă că prima condiție de fond care trebuie indeplinită de o societate agricolă pentru a deveni persoană juridică o constituie organizarea de sine stătătoare, element ce se desprinde din prevederile art.10 din Legea nr.36/1991 care, referindu-se la constituirea societăților agricole face trimitere la actul de constituire sau statut. De asemenea, capitolele IV și V din lege fac ample referiri la administrarea societății agricole de către consiliul de administrație și adunarea generală. În acest sens menționăm dispozițiile art.38 din lege conform căruia: "Consiliul de administrație poate alege, dacă e cazul, comitetul de direcție, din care pot face parte și persoane care nu sunt asociați, în condițiile prevăzute de statut.

Consiliul de administrație sau, după caz, comitetul de direcție, unde există, reprezintă societatea în justiție și față de terți, putând da mandat de reprezentare oricărui asociat ori chiar unei persoane care nu este membru al consiliului.

Persoanele imputernicate răspund față de societate pentru actele săvârșite cu depășirea mandatului". În continuare, textul face o precizare foarte importantă, derogatorie de la cele menționate, în sensul că administratorii, adică membrii consiliului de administrație își desfășoară activitatea fără a putea da imputernicire altiei persoane, iar cei ce au semnatură socială nu o pot ceda sau transmite. De asemenea, art.40 din lege conține o dispoziție de nouătate, în sensul că consiliul de administrație alege dintre membrii săi un președinte și un vicepreședinte iar în lipsa acestora funcția de președinte va fi exercitată de cel mai în vîrstă dintre membrii consiliului de administrație.

Cel de-al doilea element de fond, patrimoniul propriu, rezultă din dispozițiile art.6 din Legea nr.36/1991 care prevede că: "Unelele agricole și alte utilaje, mijloace materiale și bănești, precum și animalele pot fi aduse în societate, în proprietatea sau numai în folosința acesteia, după caz. Terenurile agricole se

aduc numai în folosința societății, asociații păstrându-și dreptul de proprietate asupra acestora. La intrarea în societatea agricolă, bunurile mobile și imobile, precum și animalele se vor evalua pentru a se determina părțile sociale subscrise de fiecare membru asociat¹.

Dispozițiile textului menționat trebuie coroborate și cu prevederile art.28 alin.1 și 2 din Legea fondului funciar nr.18/1991 conform căruia: "Construcțiile agrozootehnice, atelierele de industrie mică, mașinile, utilajele și alte asemenea mijloace fixe, ce au aparținut cooperativei de producție desființate, precum și terenurile de sub acestea, ca și cele necesare utilizării lor normale, plantațiile de vii și pomi și animale devin proprietatea asociațiilor de tip privat, cu personalitate juridică". Drepturile foștilor cooperatori asupra bunurilor prevăzute la alin.1 se vor stabili în cotă valorică, proporțional cu suprafața de teren adusă sau preluată în orice mod în cooperativă și cu volumul muncii prestate. Membrii asociații vor constitui aceste drepturi ca aport în natură la noua asociație.

În fine, ca argument al existenței patrimoniului propriu și implicit al răspunderii patrimoniale proprii al asociației agricole, menționăm și prevederile art.7 din Legea nr.36/1991 conform căruia: "Obligațiile societății agricole constituie potrivit art.4 din prezenta lege sunt garantate cu patrimoniul social, asociații fiind răspunzători numai cu părțile lor sociale".

Cel de al treilea element, scopul, prin existența lui se explică tocmai necesitatea și rațiunea însăși a persoanei juridice și, deci a structurii organizatorice de sine stătătoare și a patrimoniului său propriu. Scopul este acela care va defini, în cele din urmă, întinderea capacitatii de folosință a persoanei juridice, în funcție de care se va analiza valabilitatea actelor pe care aceasta le va încheia.

De remarcat este faptul că actele normative în vigoare nu utilizează noțiunea de "scop", ci noțiunea de "obiect de activitate"¹.

Referindu-ne numai la societățile agricole, art.5 din Legea nr.36/1991 prevede că: "Societatea agricolă este o societate de tip privat, cu capital variabil și un număr nelimitat și variabil de asociați, având ca obiect exploatarea agricolă a pământului, uinelor, animalelor și altor mijloace aduse în societate, precum și realizarea de investiții de interes agricol. Exploatarea agricolă poate consta din: organizarea și efectuarea de lucrări agricole și îmbunătățiri funciare, utilizarea de mașini și instalații, aprovizionarea, prelucrarea și valorificarea produselor agricole și neagrile și alte asemenea activități". În continuare, același articol, în alin.2 prevede că: "Societatea agricolă nu are caracter comercial", iar în art.11 și 12 din aceeași lege se arată că "în actul de constituire și statut trebuie să se cuprindă și obiectul activității" ori "obiectul societății".

În afară de condițiile de fond menționate, pentru ca o societate agricolă să ia ființă trebuie îndeplinite și anumite condiții de formă sau formal-juridice, adică crearea lor într-un mod prevăzut de lege, exprimându-se prin aceasta voința statului cu privire la înființarea asociației respective.

Dacă pornim de la dreptul comun, în materie, respectiv de la dispozițiile Decretului nr.31/1954, cororate cu normele speciale din Legea nr.36/1991, observăm că ne încadrăm în prevederile art.28 lit.b din decret, adică „înființarea prin actul celor care o constituie cu prealabilă autorizare a organului ... competent a aprecia oportunitatea înființării ei”.

Deși textul menționat se referă la faptul că organul competent apreciază oportunitatea înființării societății agricole, aceasta însă nu exclude, ci, dimpotrivă, presupune și o verificare a legalității actului de înființare.

Referindu-ne în mod concret la societățile agricole, conform art.10 din Legea nr.36/1991 acestea „se constituie prin act scris autentificat de notariatul de stat și statut.²

Actul de constituire³ va fi semnat de membrii fondatori, iar semnăturile acestora și imputernicirile vor fi legalizate de primărie. Acestea împreună cu statutul vor fi prezentate notariatului de stat de către imputernicii membrilor fondatori ai societății.

Actele menționate (în patru exemplare), împreună cu cererea de înscriere a societății agricole, urmează să fie depuse la judecătoria în circumscripția căreia și va avea sediul societățea. Președintele judecătoriei sau judecătorul desemnat de acesta va examina actul de constituire și statutul și dacă acestea îndeplinesc condițiile prevăzute de art.11 și 12 din Legea nr.36/1991 va dispune, prin încheiere, înscrierea societății agricole în registrul rezervat anume acestor societăți. De la data înscirerii, societatea agricolă dobândește personalitate juridică.

Față de cele arătate, cu privire la înființarea unei societăți agricole trebuie să adăugăm și dispozițiile art.22 alin.1 și 2 din lege conform cărora „Orice modificare a statutelor trebuie să fie hotărâtă de adunarea generală. Ea nu este opozabilă terților decât după îndeplinirea formalităților de înscriere în registrul societăților agricole, la partida corespunzătoare, prin încheierea judecătoriei și după satisfacerea cerințelor de publicitate prevăzute în art.16 alin.2.

Dispozițiile alineatului 1 sunt aplicabile în mod corespunzător și în cazul schimbărilor intervenite în persoana administratorilor și cenzorilor. Persoanele care capătă o nouă semnătură socială vor depune, cu ocazia îndeplinirii formalităților de schimbare, la judecătorie, specimenele semnăturilor”.

Legea la care ne referim, dă dreptul societăților agricole să poată înființa, pe baza hotărârii adunării generale, una sau mai multe sucursale sau filiale în

orice localitate, dar numai sub condiția ca ele să fie înscrise. Aceasta înseamnă că și sucursalele sau filialele (unități anexă) au personalitate juridică, cu condiția respectării tuturor condițiilor impuse de art.16 și 17 din lege, pe care le-a îndeplinit și associația pe lângă care funcționează.

Dispoziții noi, diferite de cele din Decretul nr.31/1954 întâlnim în materia reorganizării societăților agricole ca persoane juridice.

Astfel, dacă potrivit art.41 alin.1 din Decretul nr.3/1954, reorganizarea poate avea loc prin comasare (absorbție, fuziune) sau divizare, reorganizarea societăților agricole poate îmbrăca numai forma fuziunii, operațiune care trebuie hotărâtă de adunarea generală extraordinară a fiecărei, cu majoritatea de 2/3 din numărul membrilor asociați.

Potrivit Legii nr.36/1991, fiecare din societățile care au hotărât fuziunea, trebuie să înscrie hotărârea în registrul societăților agricole și să ia măsuri pentru afișarea ei în condițiile art.16 alin.2. Tbdată, fiecare societate agricolă va depune la judecătorie bilanțul ultim aprobat de adunarea generală, precum și o declarație⁴ asupra modului în care a fost stabilită stingerea pasivului.

În ipoteza în care, societatea care a rezultat din fuziune își stabileste sediul în circumscripția altei judecătorii decât acolo unde își aveau sediul societățile care au fuzionat, noua societate va proceda la înscrierea statutului la judecătoria în circumscripția căreia își are sediul.

În conformitate cu prevederile art.68 din Legea nr.36/1991, "fuziunea nu produce efecte decât după ce a trecut o lună de la îndeplinirea formalităților prevăzute la art.67".

În tot acest timp, orice creditor poate face opoziție la judecătorie, a cărei hotărâre este definitivă.

Cât timp opoziția nu este respinsă sau retrasă, executarea fuziunii este suspendată, iar dacă termenul a expirat fără opoziție, fuziunea este definitivă. Drept urmare, societatea care a rezultat prin fuziune își asupră sa toate drepturile și obligațiile societăților care și-au încheiat existența.

Elemente noi față de reglementarea dată de Decretul nr.31/1954, întâlnim și în materia dizolvării persoanelor juridice, respectiv a societății agricole, începând cu cauzele de dizolvare și sfârșind cu faza de lichidare.

Astfel, în ce privește cauzele de dizolvare, și acestea pot fi clasificate în cauze de dizolvare voluntară și cauze de dizolvare silită. Legea nu face această distincție în mod expres dar ea se deduce din dispozițiile alineatului 2 al art.64.

Astfel, conform alineatului 1 din articolul menționat: "Societatea agricolă se dizolvă: a) la împlinirea termenului pentru care a fost constituită; b) la constatarea imposibilității de a realiza obiectul societății; c) la terminarea activității; d) prin retragerea asociațiilor, dacă prin numărul celor rămași este mai mic

decât în statut și în prezenta lege; e) prin hotărârea asociațiilor; f) dacă societatea face operații contrare legii sau obiectului stabilit prin statut".

Așa cum am afirmat mai sus, art.64 în alin.2 prevede că, în cazurile prevăzute la lit.a - e dizolvarea se hotărâște de adunarea generală (caz în care ne aflăm în fața unei dizolvări voluntare), iar în cazul prevăzut la lit.f, prin hotărârea judecătoriei unde a fost înscrisă, la sesizarea organelor Ministerului Finanțelor sau a procurorului (caz în care ne aflăm în fața unei dizolvări silite).

După ce hotărârea adunării generale și, după caz, a instanței judecătoarești se înscrive în registrul societăților agricole, societatea intră în lichidare, operație care se face de către doi lichidatori numiți de adunarea generală sau de către judecătorie.

Lichidatorii, îndată după intrarea lor în funcție, au obligația ca, împreună cu administratorii societății, să încheie inventar și un bilanț semnat și de unii și de alții, care să constate exact situația activului și pasivului societății.

Sub rezerva restricțiilor prevăzute în statute sau actele de numire, lichidatorii reprezintă societatea în justiție, îndeplinesc toate operațiunile necesare lichidării, vând orice bunuri mobile sau imobile ale societății cu aprobarea judecătoriei, lichidează și incasează orice creațe dând chitanțe liberatorii, fac tranzacții, semnează obligații cambiale și contractează împrumuturi și, în general, îndeplinesc actele necesare lichidării.

Bilanțul semnat de lichidatori, însotit de raportul censorilor, va fi depus la grefa judecătoriei care va face de îndată mențiune de această depunere în registrul societăților agricole.

Timp de 30 de zile de la mențiunea făcută la grefa judecătoriei, oricare asociat poate să facă opoziție la judecătorie. După expirarea acestui termen, toate opozitiile se vor întruni și soluționa printr-o singură hotărâre.⁵ Dacă, după expirarea termenului de 30 de zile nu s-a făcut opoziție, bilanțul se socotește aprobat de toți asociații, iar lichidatorii sunt liberați, sub rezerva distribuirii activului între asociații.

Conform art.77 din Legea societăților agricole, după terminarea repartiției între asociații, registrele societății trebuie depuse și conservate la judecătorie timp de 10 ani, iar lichidatorii vor cere radierea societății din registrul societăților agricole.

NOTE

¹ A se vedea dispozițiile Legii nr.15/1990 și ale Legii nr.31/1990.

² Prin statut se vor determina condițiile pentru admiterea asociațiilor în societate, numărul minim de asociații care nu poate fi mai mic de 10, capitalul social format din părți sociale de egală valoare, a căror mărime nu poate fi mai mică de 10.000 lei fiecare, numărul de părți sociale pe care

PERSONALITATEA JURIDICĂ A SOCIETĂȚILOR AGRICOLE

îl poate avea un asociat, modul de evaluare a părților sociale în cazul aportului în natură, inclusiv a folosinței pământului. Pe lângă acestea, statutul va trebui să mai cuprindă și alte elemente pe care legea le prevede în mod expres în art.12.

³ Acesta va trebui să cuprindă în mod obligatoriu: denumirea – firma societății; obiectul activității; numele, prenumele și domiciliul asociaților; valoarea părților subscrise și vărsate de fiecare; felul răspunderii; numele și prenumele administratorilor și censorilor desemnați; numele și prenumele persoanelor care au semnatură legală; numele și prenumele persoanelor asociate, împuñernicite cu îndeplinirea formalităților de constituire.

⁴ Bilanțul și declarația se publică în condițiile art.16 alin.2 din lege.

⁵ Hotărârea este definitivă și are autoritate de lucru judecat și față de cei ce nu au făcut opoziție.



IN MEMORIAM

OCTAVIAN IONESCU

Octavian Ionescu, ultimul din cei nouă copii ai preotului econom stavrofor Ioan Ionescu și al Elenei Ionescu, s-a născut la 25 iunie 1901 în Vorniceni, lângă Dorohoi. După studiile primare în localitatea natală (1908-1913) și cele secundare la Liceul "A.T.Laurian" din Botoșani (1913-1920), se înscrise la Facultatea de Drept din Iași în octombrie 1920, iar în anul următor și la Facultatea de Filosofie.

În primele două decenii ale secolului al XX-lea, prestigiul științific al Facultății de Drept din Iași atinsese apogeul prin cursurile predate și lucrările publicate de marii personalități ale dreptului românesc: Dimitrie Alexandrescu, Matei Cantacuzino și Ioan Tanoviceanu.

Studentul de atunci a putut urmări prelegerile strălucite ale profesorilor Nicolae Dașcovici la drept internațional public, Eugen Heroveanu la drept procesual civil, V.V. Pella la drept penal și Traian Ionașcu (numit în 1923 profesor la drept internațional privat și drept civil comparat, după ce i se decernase în 1922 titlul de doctor și laureat al Universității din Paris).

După obținerea licențelor în drept (1924) și în filosofie (1925), Octavian Ionescu pleacă în Franța pentru a-și continua studiile.

În același an, 1925, se înscrise la doctorat la Facultatea de Drept a Universității din Paris, unde, sub conducerea lui Georges Ripert – decanul facultății și membru ilustru al Institutului Franței – își pregătește, între 1925 – 1931, teza de doctorat cu titlul *La notion de droit subjectif dans le droit privé*.

La acea epocă, problema dreptului subiectiv nu a format subiectul unei discuții în domeniul dreptului privat.

În dreptul public, ea a apărut sub forma "droits individuels", noțiune care nu are aceeași accepțiune pe care o are "droit subjectif". Singurul jurist care a tratat acest subiect era J. Barthelemy, reputat profesor la Facultatea de Drept din Paris, în celebra sa teză de doctorat, susținută la Toulouse în 1899: *Essai*

*d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français.*¹

În dreptul privat, până la acea dată, problema dreptului subiectiv fusese tratată într-o manieră restrânsă, tangentială, de René Demogue în *Les notions fondamentales du droit privé*², Raymond Saleilles în *De la personnalité juridique*³ și François Geny în *Science et technique en droit privé positive*.⁴

În ceea ce-l privește pe Léon Duguit, cronologic, primul care se ocupă încă din anul 1889 în studiul *Le droit constitutionnel et la sociologie de notionne de drept subiectiv*, abordează o sinteză asupra acesteia atât în dreptul public, cât și privat, considerând-o o noțiune "metafizică", negându-i existența.

Pentru elaborarea unei asemenea lucrări de amploare, în care existența dreptului subiectiv este susținută prin argumente juridice, filosofice, doctrinare și jurisprudențiale, Octavian Ionescu analizează diverse teorii exprimate în Europa acelor ani.

În același scop, frecventea cursurile de filosofie ale Facultății de Litere de la Sorbona.

Teza de doctorat *La notion de droit subjectif dans le droit privé*⁵ a fost susținută la 14 martie 1931 în fața unui juriu alcătuit din personalități ale științei dreptului: Georges Ripert, Louis Le Fur și René Cassin, cel care va contribui la redactarea *Declarației universale a drepturilor omului* și căruia î se va decerna, în 1968, premiul Nobel pentru pace pentru activitatea sa în favoarea drepturilor omului.

Desi Georges Ripert nu obișnuia să prefățeze tezele studentilor săi, totuși, pentru doctorandul Octavian Ionescu a făcut o excepție, considerând lucrarea "una dintre cele mai bune pe care românii le-au dat Franței".

În prefața tezei de doctorat, Georges Ripert spunea: "Negarea drepturilor subiective poate să reprezinte un joc al spiritului pentru un jurist care se amuză să reconstruască o teorie a dreptului. Dar cine poate asigura pe acel jurist că elaborarea sa tehnică nu va fi luată de alții drept o negare a respectului pentru personalitatea umană, drept o distrugere a situațiilor dobândite prin muncă și chibzuință? Jocurile gândirii nu sunt totdeauna jocuri inocente...".⁶

Teza de doctorat a fost premiată în 1932 de Facultatea de Drept din Paris, autorului decernându-i-se titlul de "doctor laureat".

După obținerea diplomei în drept, Octavian Ionescu își continuă cercetările de drept și filosofie în Germania (la Universitățile din Berlin, Frankfurt pe main, Freiburg, München, Jena) și în Austria, la Viena în perioada 1932 – 1935, ca bursier al Fundației Rockefeller și apoi între anii 1936 – 1938 ca bursier al Fundației "Alexander Humboldt" din Berlin.

Această perioadă de acumulări și cercetări științifice se oglindește în valoasele lucrări pe care le publică în țară și în străinătate: *Consideraționi asupra*

*normei juridice*⁷, *Problema părții introductive a codului civil*⁸, *Curente actuale de filosofie juridică germană*⁹, *Leon Duguit et le droit subjectif*¹⁰, *Zur Arbeit der rumanischen Gestzgergebung*¹¹, *L'influence de la législation allemande sur le projet du Code civil roumain*.¹²

În anul 1934, Octavian Ionescu este numit membru în Consiliul Legislativ al României, unde va lucra până la desființare, în 1948, a acestui înalt și prestigios for juridic. În cadrul acestei instituții, desfășoară o lăboroasă activitate, participând la lucrările de unificare ale legislației țării și, în special, la elaborarea și redactarea unui nou cod civil.

Studiile pe care le publică în această perioadă sunt inspirate din propria-i activitate legislativă: *Opera Consiliului Legislativ față de știința și tehnica Dreptului*¹³, *Obligația pe cale de voință unilaterală și antiproiectul Codului civil român*¹⁴, *Codul civil de muncă*¹⁵, *La sociologie juridique et l'enseignement universitaire*¹⁶, *Codul civil și noile ideologii sociale*¹⁷, *Tendențe noi în dreptul civil*¹⁸, *O instituție de drept privat german: bunul rural de familie (Erbhof)*.¹⁹

În anul 1941 a fost chemat ca profesor suplinitor la Catedra de Drept civil a Facultății de Drept din Iași, ca apoi, în anul următor să fie numit profesor titular la aceeași catedră.²⁰ Până în 1950, Corpul profesoral al facultății era alcătuit din: Constantin Sion, Constantin Angelescu, Ilie Popescu Spinei, Ioan Popovici, Ioan Mircea Nonu, Aurel Popescu, Paul Demetrescu, I.L. Georgescu, Nicolae Buznea, Nicolae Tătonir, Ioan Iavorschi, Grigore Gr.Theodoru, Mihai Jacotă, Mihai Eliescu. Cu doi dintre aceștia: Paul Demetrescu și Mihai Eliescu, Octavian Ionescu era coleg și la Consiliul Legislativ.

Jurist de-o formăție largă, cunoscător a mai multor limbi străine, având o deosebită erudiție, posedând o vastă cunoaștere a izvoarelor de drept, înzestrat cu o memorie excepțională, cursurile profesorului Octavian Ionescu erau de o înaltă ținută academică.²¹ Într-adevăr, învățământul superior, pentru care se pregătise peste 10 ani, era marea lui vocație.²²

Cariera universitară a profesorului Octavian Ionescu a fost prea scurtă (1941 – 1950), fiind îndepărtat de la catedră împreună cu alți colegi de generație²³, după reforma învățământului.

Refuzând orice compromis, profesorul Octavian Ionescu a predat limba română la diferite școli și licee din Iași, ieșind la pensie în 1961.

În ciuda piedicilor de orice fel, și-a continuat nefintrerupt cariera științifică în afara Universității, fiind membru al Societății de Legislație comparată din Paris și al Asociației Internaționale de Filosofia Drepturilor, participând sau comunicând la diverse congrese internaționale: Congresul Mondial de Filosofia Dreptului și de Filosofie Socială de la Bruxelles 1971, Madrid 7 – 12 septembrie 1973²⁴, Saint-Lucia (SUA) 24 – 29 august 1975²⁵, Sidney și Canberra (Australia) 14 – 21 august 1977²⁶, Basel 27 august – 1 septembrie 1979.

De asemenea, a publicat în străinătate lucrări valoroase de drept civil și de filosofia dreptului: *Le problème de la partie introductory du code civil*²⁷, *La philosophie du droit et la sociologie juridique en Roumanie jusqu'à la veille de la seconde guerre mondiale*²⁸, *Théorie nouvelles sur le droit subjectif*²⁹, *Le droit: expression de la latinité du peuple roumain*³⁰, precum și numeroase recenzii și studii critice în reviste de finală ținută: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* (Berlin – Wiesbaden)³¹, "Annales de Droit" (Bruxelles), "Revue Internationale de la Théorie du Droit" (Zürich), "Archives des Philosophie du Droit et de Sociologie juridique", "Revue Internationale de Droit comparé" (Paris).

La vastă și profunda operă juridică a profesorului Octavian Ionescu, trebuie să adăugăm demnitatea și curajul de opinie care au caracterizat întreaga sa viață și activitate științifică. El a susținut existența unor principii generale care domină întreaga știință a dreptului, în centrul căror se află personalitatea umană, libertatea și demnitatea sa.

În urma schimbărilor intervenite în România, Senatul Universității "Al.I.Cuza" Iași, în octombrie 1990 l-a reintegrat în învățământul superior pe cel care, din 1950 nu a renunțat nici o clipă să semneze toate lucrările în străinătate astfel: "Octavian Ionescu, Professeur de Droit civil, Iassy, Roumanie".

La 15 noiembrie 1990, profesorul Octavian Ionescu a început din viață (la Iași), fiind înmormântat la Vorniceni.

Georges Kalianowski, director onorific al C.N.R.S., scrie în necrolog: "Dans la personne de feu professeur Ionescu nous voulons rendre hommage à tous les universitaires des pays de l'Est persécutés par leur régimes communistes respectifs".³²

Gabriela Lupean

NOTE

¹ Libraria "Société du Recueil général des lois et des arrêts", Paris, 1899.

² Libraria "Arthur Rousseau", Paris, 1911.

³ Idem, Paris, 1922.

⁴ 4 volume, Libraria Sirey, Paris, 1914 – 1924.

⁵ Libraria Sirey, Paris, 1931, 184 pag. O a doua ediție, revăzută și îmbunătățită, apare la "Bruylants", Bruxelles, 1978, 256 pag.

⁶ "La négation des droits subjectifs, ce peut être seulement un amusement de l'esprit pour un juriste qui dans les jeux de la technique se plaît à reconstruire une théorie du droit. Mais qui peut assurer ce juriste que sa construction technique ne sera pas prise par d'autres pour une négation du respect de la personnalité, pour une destruction de situations acquises par l'hérédité ou le travail. Les jeux de la pensée ne sont pas toujours des jeux innocents".

IN MEMORIAM

⁷ Tipografia "Al.Terek", Iași, 1933, 133 pag

⁸ Idem, Iași, 1935, 171 pag.

⁹ În Revista de "Drept public" nr.2-3, 1936, "Institutul de arte grafice și editură "Marvan", București, 1936, 29 pag.

¹⁰ În "Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridiques" nr.1-2, Paris, 1932.

¹¹ În "Archives für Rechts und Sozialphilosophie", Band XXXI, Berlin, 1937.

¹² În "Festschrift Jusus Wilhelm Hedeman", Jena, 1938.

¹³ În volumul festiv al Consiliului Legislativ publicat cu ocazia înmplinirii a zece ani de activitate, Institutul de arte grafice "Luceafărul", București, 1936.

¹⁴ Tipografia "Al.Terek", Iași, 1937.

¹⁵ În "Curierul judiciar" nr.16 și 17, București, 1938.

¹⁶ Comunicare la al XI-lea Congres internațional de Sociologie, București, 1939.

¹⁷ În volumul festiv dedicat înmplinirii a 75 de ani de existență a Codului civil, editat de Facultatea de Drept din Cluj, Tipografia "Cartea Românească", Cluj-Sihiu, 1940.

¹⁸ În "Curierul judiciar" nr.23, București, 1942.

¹⁹ Idem, nr.3, București, 1943.

²⁰ A se vedea Raportul Comisiei de raporturi pentru propuneri de chemare prin numire de titular la catedra de Drept civil IV vacanță la facultatea de Drept din Iași, publicată în M.of. nr.289 din 9 decembrie 1942, pag. 10743 – 10747.

²¹ Dumitru V.Vlad, "In Memoriam" în "Opinia" nr.234 din 8 decembrie 1990, Iași.

²² Mihai Jacotă, "Un profesor de drept pentru drepturile omului", în "Cronica" nr.12 din 22 martie 1991, p.7, Iași.

²³ A se vedea M.Jacotă, *Universitatea din Iași 1860 – 1985. Dezvoltarea științei*, Iași, 1986, p.12.

²⁴ "Tendances de rapprochement des conceptions fondamentales en droit privé", în "Anuario de Filosofia del Derecho", Tom X VII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1973-1974.

²⁵ "L'égalité, la liberté et le droit", în vol. "Equality & Freedom", vol.III, Oceana Publications Inc, New York, 1977.

²⁶ "L'avenir de la société et du droit privé", în "Archiv für Rechts und Sozialphilosophie", Wiesbaden, Germania, 1979.

²⁷ În "Revue internationale de droit comparé" nr.3, Paris, 1967.

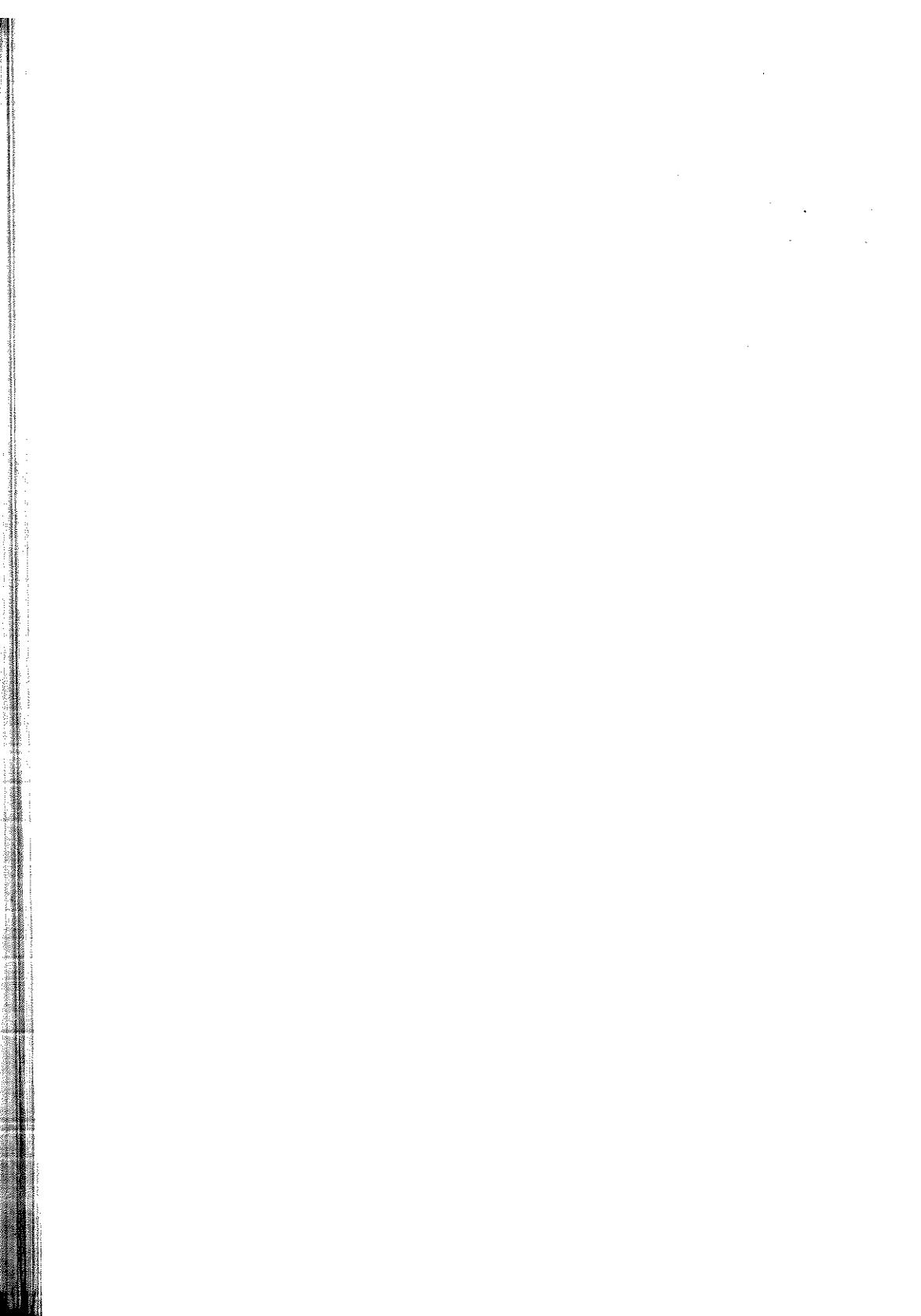
²⁸ În "Archives de Philosophie du droit", tome XVII, Libraria Sirey, Paris, 1972.

²⁹ În "Xenion, Festschrift für Pan J.Zepos", I.Band, Tipografia Ch.Katsikolis, Atene, 1972.

³⁰ Congresul internațional Avignon – mai 1978 cu ocazia centenarului "Des Jeux de la Latinité 1878 – 1978".

³¹ "Deux nouveaux ouvrages de Giorgio Del Vecchio", 1968, p.375-379.

³² În "Archives de Philosophie de Droit", tom.36, Sirey, Paris, 1991.



RECENZII

ION P. FILIPESCU – *Drept internațional privat*, Editura Academiei Române, București, 1991, 463 p.

Lucrarea pe care o recenzăm constituie un eveniment editorial deosebit. Interesul și actualitatea lucrării sunt configurate de tratarea sistematică și aprofundată a problemelor teoretice și practice ale dreptului internațional privat.

Lucrarea este structurată în două părți. Fiecare parte este împărțită într-un număr de titluri și capitole.

Prima parte este consacrată problemelor generale ale dreptului internațional privat: raportul juridic cu un element de extraneitate, normele conflictuale și normele de aplicare imediată, aplicarea legii străine și luarea în considerare a acesteia, noțiunea, natura și importanța dreptului internațional privat (titlul I); izvoarele și istoricul apariției și dezvoltării acesteia (titlul II); calificarea, retrimiterea, ordinea publică, frauda la lege, conflictul de lege în timp și spațiu, conflictul mobil de lege și conflictul în timp al normelor conflictuale ale forului și ale normelor aplicabile, aplicarea legii străine (titlul III).

Partea a doua se ocupă de problemele speciale ale dreptului internațional privat: condiția juridică a străinilor și persoana juridică în dreptul internațional privat (titlul I); normele conflictuale privind starea și capacitatea persoanei fizice, bunurile și drepturile reale, forma, condițiile de fond și efectele contractelor și ale altor acte juridice, faptele juridice, raporturile de familie, succesiunea (titlul II) și, în final, conflictele de jurisdicție – competența, procedura de judecată, efectele hotărârilor judecătoarești străine și arbitrajul în operațiunile de comerț exterior (titlul III).

Prin vasta documentare folosită, cu referiri la spețe din practica judiciară și arbitrală și trimiteri la reglementările recent adoptate în materie, lucrarea facilitează cunoașterea metodică și detaliată a principalelor instituții ale dreptului internațional privat. În cadrul problematicii abordate, unele aspecte de o reală importanță ne-au sugerat câteva reflectii.

În primul rând, alături de calificare, retrimitere și frauda la lege, ordinul public în dreptul internațional privat este unul dintre mijloacele de înălțare a legii străine normal competente potrivit normei conflictuale a forului.

Postglosatorii făceau distincția între statutele favorabile și cele odioase acesteia din urmă îndeplinind rolul ordinii publice. Ca noțiune, ea a apărut doctrina olandeză sub denumirea de "ordine publică locală", prin care urmarea împiedicarea (evitarea) țării în considerare a legii străine. O concepție generală despre ordinea publică apare abia în Codul civil francez.

Cunoscută și admisă de sistemele de drept, ordinea publică nu are conținut determinat. Autorii de specialitate (Dicey, Morris, Lagarde, Mau) consideră că această noțiune nu este absolută, ci relativă. În fiecare caz concret instanța va decide dacă o lege străină contravine ordinei publice la momentul respectiv.

Punctul de plecare în elaborarea noțiunii a fost ordinea publică din dreptul intern, însă cele două noțiuni nu se confundă. În dreptul intern, ordinea publică arată caracterul imperativ al normei juridice de la care părțile nu pot derula prin actele lor juridice, pe când în dreptul internațional privat, ordinea publică elimină legea străină normal competență sau se opune unor efecte nedorite care le-ar provoca aplicarea ei.

Cu alte cuvinte, conținutul celor două noțiuni este diferit. Astfel, în dreptul francez se admite clauza – aur în contractele internaționale, ceea ce nu este permis în contractele interne; în dreptul englez se admite validitatea contractelor de joc străine și se recunosc atât hotărârile de divorț date pe baza înțelegерii părților, cât și legitimarea copiilor din afara căsătoriei prin căsătorie subsecventă a părților, aspecte interzise în dreptul intern.

Ideile formulate de B. Goldman în *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, Recueil des cours, La Haya, 1963, p.367., potrivit căruia s-a creat o noțiune de ordine publică cu adevărat internațională care să apără interesele fluxului de schimburi internaționale, iar instanța de arbitraj comercial poate aplica un sistem autonom și anatural pentru soluționarea conflictelor de legi, sunt criticate de autor.

Ordinea publică are un caracter național, ea se aplică în momentul când apare vădită incompatibilitatea dintre legea străină și principiile socotele esențiale de legea forului.

În continuare, prof.dr.doc. Ion P. Filipescu enumera caracterele ordinei publice în dreptul internațional. Astfel, ea apare ca un coercitiv în aplicarea legii străine, în sensul că instanța deduce din ansamblul reglementării sau anumite reguli precise că ordinea publică este lezată prin aplicarea legii străine pe teritoriul țării forului.

În literatura de specialitate se arată situații în care ordinea publică poate interveni: lipsa de comunitate juridică între legea franceză și legea străină, legea străină este contrară bazelor politice și sociale franceze (H. Batiffol și P. Lagarde); legea străină contravine concepției engieze despre justiție și morală, despre drepturile și libertățile persoanei, întreținerea copilului din afara căsătoriei, legea străină aduce prejudicii relațiilor internaționale engleze cu alte state sau respinge comerțul, așa cum este el înțeles în concepție engleză (G.C. Cheshire, R. Graveson).

În ceea ce privește conținutul său, ordinea publică este diferită nu numai de la un sistem de drept la altul, dar și în cadrul aceluiași sistem, în timp.

Deși ordinea publică poate fi invocată în toate materiile dreptului internațional privat, practica judiciară internațională arată că această instituție s-a folosit mai mult în materia statutului personal și al relațiilor de familie sau în domeniul raporturilor contractuale (asemenea spețe sunt menționate de Fr. Rigaux, *Droit international privé*, vol.I, Bruxelles, 1977, p.367).

În Franța, practica a permis să îndepărteze legea străină competență în baza unui tratat internațional, pe motiv că este contrarie ordinei publice franceze.

În al doilea rând, o preocupare majoră prezintă conflictele de lege în materia contractelor.

În literatura de specialitate – română (M. Jacotă, I. Căpățină, T.R. Popescu, B. Ștefănescu, I. Rucăreanu, V. Babiuc) și străină (H. Batiffol, A. Toubiana, F. Deby-Gerand, J.D. Bredin, Y. Loussouarn, G.C. Cheshire) – acestei probleme i s-au consacrat numeroase lucrări. *Lex contractus* – legea aplicabilă, în principiu, la ansamblul operației juridice, adică la formarea, efectele, executarea și stingerea obligațiilor contractuale, poate filex voluntatis – legea aleasă de părți în temeiul autonomiei de voință – sau, în lipsa acesteia, legea determinată de către organul de jurisdicție sau *lex venditoris*.

Principiul *lex voluntatis*, formulat prima dată de Charles Dumoulin, trebuie înțeles în sensul că prin voința lor părțile pot să creeze efecte juridice peste lege sau în afara legii. Legea însăși stabilește limitele în care voința părților se poate manifesta. Cu alte cuvinte, *lex fori* determină condițiile și limitele în care părțile pot să-și exercite libertatea de a alege legea contractului.

Autorul supune unei critici bine argumentate opinia potrivit căreia contractul național și arbitrajul în echitate ar exista în afara dreptului (Ph. Kahn – *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961; B. Goldman – *Droit commercial européen*) și că uzanțele comerciale fac parte din *lex mercatoria*.

Henri Hattifol consideră că obiectul voinței părților îl constituie localizarea contractului – exprimată expres sau dedusă din imprejurări – și nu alegerea legii competente care ar fi determinată de instanța sesizată. Deși termenul de "localizarea contractului" se folosește de autori în sensuri diferite, elementul

lor comun îl reprezintă localizarea față de anumită lege care urmează să i se aplice în calitate de *lex contractus*.

Având în vedere lipsa unei reglementări expuse a principiului autonomiei de voință și practica Curții de arbitraj comercial internațional de la București, *lex voluntatis* nu poate să se aplice tuturor contractelor cu element de extranitățe. Astfel, contractele numite în literatura de specialitate ca fiind strict reglementate (contractul de bursă, de asigurare, de transport maritim și aerian) sunt exceptate de la legea autonomiei de voință a părților.

Într-o concepție originală, lucrarea expune, în mod complet și armonios, principalele instituții ale dreptului internațional privat. Autorul reușește printr-o îmbinare judicioasă a ideilor și raționamentelor să capteze atenția cititorului, punând în dezbatere probleme controversate și dificile pe care le finalizează prin soluții raționale și utile.

Lucrarea se înscrise ca o realizare deosebit de valoroasă și de referință în domeniul dreptului internațional privat.

Ioan Macovei, Gabriela Lupșan

MIHAI VASILE JAKOTĂ, *Dreptul roman*, Editura "Chemarea", Iași, 1993, vol.I-II, 575 pagini.

Distinsul profesor de drept roman, Mihai Jakotă, abordează, într-o nouă manieră, în cadrul acestui veritabil tratat, întreaga problematică, circumscrisă unei structuri, de asemenea, inedită: introducere în studiul dreptului roman; izvoarele dreptului roman (inclusă fiind și codificarea dreptului roman); organizarea judecătorească și procedura în *ordo iudiciorum privatorum* și *ius personarum* (*status libertatis*) în vol.I iar, în al doilea volum, *ius personarum* (*status civitatis* și *status familiae*); *ius rerum* (proprietatea și celelalte drepturi reale); obligațiile (cu toate izvoarele lor), pentru a încheia cu un generos corpus dedicat succesiunilor.

Fără a fi considerate probleme aporetice, insolubile, multe dintre subiectele tratate, care n-au primit, în timp, o configurație clară, precisă, pe baza unui eșafodaj de argumente în afara oricărei îndoieri, dobândesc, în viziunea autorului, o dimensiune științifică, prin tratarea lor istoricistă și, chiar, sociologică. În acest sens, este evidențiat caracterul convențional al ambelor date care delimită durata dreptului roman ca sistem de coeziune socială (754 f.Ch. și 565 d.Ch.). În spiritul acestei acribii științifice, autorul, pornind de la adaptările

romano-bizantine sau bizantine ale dreptului roman, propune romaniștilor, ca temă de cercetare, de meditație, încercarea de identificare a momentului final al dreptului roman. Mai mult, atât în viziunea comparatistă, cât și istoristă, ni se oferă un incurs savant în diacronia acestui remarcabil sistem juridic, prin valorificarea lui în juxtapunere cu alte sisteme de drept sincrone. În acest context, surprinde esența concepției lui Cicero (*ad Quintum fratrem I, 2*) care extragea sursa normativității și ordinii romane dintr-un suumum de rituri, principii și formule solemne de esență mitică, sens în care ne restituie assertiunea ciceroniană "sed via iuris est eiusmodi quibusdam in rebus ut nihil sit loci gratiae" (este, însă, calea juridică pentru aceste lucruri, care nicidecum nu lasă loc favorurilor), amintindu-ne de mos maiorum ut lex valebat (tradiția care avea puterea unei legi), în sensul surprins de R. Darest, atunci cînd se referă la reproșul lui Cicero adresat lui Quintus, fratele său, pentru faptul de-a fi eludat calea judiciară (*judiciis*) preferînd să rezolve un litigiu civil între două persoane pe cale administrativă. În context, este evocat J.G. Wolf, cu a sa *Die Litis Contestatio im römischen Zivilprozess*, Karlsruhe, 1968, iar noi, pentru opinio necessitatis, l-am sugerat pe Edouard Lambert, cu a sa *La fonction du Droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 128-129, pentru a augmenta ideea că la fundamentul normativității, a ordinii juridice, se află, totuși, tradiția populară prezervată în cutume, pe baza unei percepții, unei intuiții colective aflate în emergență naturală (*tacitus consensus populi sau convingerea juridică: "Gemeinsame Rechtsüberzeugung"*).

Quasi inedit, în cîmpul cercetărilor universitătare româniști din România, ni se prezintă, în manieră comparatistă, în raport cu un criteriu central – însăși substanță sau economia dreptului roman oficial – alte ubicuități ale aceluiași sistem juridic, urmare operei de aculturăție juridică forțată sau, chiar, voluntară. Ne referim la dreptul roman în Dacia, dreptul aplicat în Egiptul roman, dreptul provinciilor și, chiar, dreptul local peregrin (în Sicilia, evocîndu-se, pe filiera ciceroniană, *Lex Rupila* din *In Verrem*, II, 2, 13 și în Cilicia, pe aceeași filiera) precum și dreptul provincial în Arabia Petrea, ori, chiar, aşa-zisul drept vulgar, pentru a încheia, pe axa verticală, istorică, cu dreptul roman aplicabil în Apusul Europei după căderea imperiului. În această din urmă privință, pornind de la aporturile teoretice ale glosatorilor și postglosatorilor (evocat fiind Accursius, cu a sa "Magistralia" – Marea glosă –), autorul ne schițează un îndelungat proces istoric de aculturăție juridică, de receptare a normativității romane, într-o vădită tentă de mondializare a principiilor și exceptiilor celor mai viabile ale acestei venerabile arhitecturi normative.

Remarcabilă ni se pare a fi tratarea în extenso, cu largi extrase din opera ciceroniană, a problemei legalistului, concepție juridică și filosofică ce-a anticipat și a impus, în cele din urmă, constitutionalismul. În fapt, legalismul este

piatra de temelie, fundamentul întregului sistem de drept formalist, a cărei esență se reduce la preceptul "Nemo censetur ignorare legem". Desigur, astăzi trăim o perioadă a unor noi mari căutări. Sincretismul juridic și tendințele manifeste de mundializare a dreptului ne obligă să acceptăm și alte opțiuni deduse, pe de o parte, din principiul libertății individului (inconfundabil, însă, cu hiperindividualismul) și afirmarea tezei autonomiei de voință (voluntas sua) și, pe de altă parte, din principiul socializării standardelor juridice (apud voluntas populi) și afirmarea tezei "Nemo plus juris". Impunerea ex novo a legalismului se poate deduce, astăzi, din fenomene socio-juridice impresionante, cum ar fi: infuzia masivă a statute-law-ului în dreptul comun englez (common-law), determinismul legalist tot mai pronunțat (mai evident, chiar, decât în Anglia) în U.S.A. și importantele disoluții ale vieții societare ce s-au consumat în acest secol XX (secolul violenței).

Cu o remarcabilă concizie, concretește și, deși pe o întindere restrinsă, capitolul consacrat celei de-a treia părți a Instituțiunilor lui Gaius – Ius actionum – este redactat într-un veritabil spirit didactic. Prin aceasta, se deosebește fundamental de economia întregului tratat, mult mai pleorică. Cronosociologia juridică pe care autorul o prestează în legătură cu procedura acțiunilor legii (*legis actiones*) este o notă de distincție în explicitarea formalismului juridic. Ne îngăduim, aici, să redăm cîteva explicații și definiții valabile nu doar din perspectivă romanistă ci dintr-o mai largă, de repere teoretice general juridice. Iată, pentru a ilustra: "Formalismul caracterizează viața dreptului în străvechiul Latium. Formalismul se atenuează cu timpul și dispără în cursul unei perioade lungi. Rămîn, însă, unele elemente de formalism utilitar și rațional, aşa cum întîlnim și astăzi în viața dreptului și în administrația de stat, uneori în viața socială. Formele sunt și astăzi necesare atunci cînd statul dorește să controleze încheierea anumitor acte juridice. Cea mai cunoscută formă este înscrisul. Prin forme înțelegem gesturi, cuvinte și alte elemente materiale ușor de perceptu de simțurile noastre. Astăzi, formele juridice constau mai ales în redactarea unor înscrisuri în prezența unui funcționar de stat sau a unor martori la încheierea actelor". Sau, în finalul paragrafului dedicat procedurilor bazate pe imperiumul magistratului: "În timpurile moderne și în dreptul european în integrum restitutio a constituit suportul pe care s-a edificat teoria nulităților relative". Este benefică, pentru înțelegerea fenomenologiei juridice romane, această propensiune a autorului deschisă evidențierii caracterului peren al substratului de filosofie juridică romană, în contrast cu acela istoricestă determinat al formelor, procedurilor și mecanismelor dreptului. Ne-am format această convingere studiind și o recentă recenzie pe care același autor a făcut-o cărții profesorilor Detlef Liebs, Hannes Lehmann Praxedis Möhring, Gallus Strobel, intitulată *Lateinische Rechtsre-*

gein und Rechssprichwörter, recenzie în care profesorul Mihai Jakotă prezintă explicit această lume romană ca fiind "veche și în același timp nou". Cu alte cuvinte, prin invocarea pluralismului dreptului, în diversele sale ipostaze diacronice, nu înălțură substanța filosofică perpetuă a dreptului roman.

În debutul părții a patra a lucrării recenzate, atenția ne este reținută de relativismul cu care sunt interpretate definițiile libertății și sclaviei în Digestele lui Iustinian și atribuite lui Florentinus. Prin acest relativism se observă o distanțare de quasi totalitatea convingerilor exprimate în literatura romanistă autohtonă, în viziunea cărora aserțiunile de natură filosofică: "libertas... naturalis facultas" și "servitus... contra naturam", întâlnite în cuprinsul definițiilor sus-menționate, n-ar putea fi decit interpolații iustiniene (Florentinus, Inst.1.9: "Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique libet nisi si quid aut vi aut jure prohibetur", respectiv "servitus est constitutio juris gentium qua qui dominio alieno contra naturam subjicitur").

Ca element de noutate și fără a piede ferm în favoarea opiniei ce susține teza originalității concepției filosofice personale a lui Florentinus, desprinsă din definițiile avute în vedere, autorul remarcă, prin argumentele cu caracter istoric influența binefăcătoare din secolele I î.Chr. – II d.Chr. a stoicismului (prin Cicero și, apoi, Seneca) ca și emergența învățăturii creptine, fenomene de natură a induce în gîndirea socială romană o îndoială asupra legitimității sclavajului. Este citată, în mod ilustrativ, în acest context, din Epistulae ad Lucilium, scrisoarea nr.XLVII, din vara anului 63 d.Chr., din corespondența lui Seneca, pe care o întreținea cu procuratorul (administratorul imperial) Lucilius (a se vedea în Schultess, *De L. Annaei Senecae Quaestionibus et Epistulis commentatio*, Bonn, 1872; de asemenea, în Binder, *Die Abfassungszeit von Senecas Briefen*, Tübingen, 1905, precum și în Sénèque ou la Conscience de l'Empire, par Pierre Grimal, deuxième tirage, Société d'Edition "Les Belles Lettres", Paris, 1979): "Sînt sclavi? Dimpotrivă, sînt oameni liberi... Sînt oameni trăind sub același acoperămînt cu noi... Sînt tovarăși de scalvie... Nu este diferență între stăpini și sclavi. Hazardul face din stăpini sclavi și din sclavi stăpini. Poți să-l vezi pe cineva azi sclav și în fine liber, după cum acela poate să te vadă într-o zi sclav". Iată cum pragmatismul, prin excelență roman, și-a găsit în ideile stoice, care accordau intîțietate ratiunii, pe tradiție socratică și pe filieră platoniciană și aristotelică, o excelență ubicuitate, fertilizînd întreaga gîndire socială a sfîrșitului epocii clasice și a începutului de epocă postclasică română. Ratiunea, ca centru unificator al Universului, reprezintă criteriul stoic prin care se deceleză valorile fundamentale: virtutea individualui, singura în care el poate trăi liber, suveran, pe de o parte și dreptul natural, pe de altă parte, acesta din urmă fiind văzut ca o "cetate ideală" (Zenon, în temeietorul stoicismului și Marcus Aurelius, 3, 11) ce iradiiază legi atât pentru natură cât și

pentru oameni. Este axiomotic pentru stoicii greci și romani (Zenon și Chrysippus – cu operele nepăstrate –, Epictet, Manual, 8; Marcus Aurelius; Sextus Empiricus, Opera I-IV; Cicero: Academica, De officiis, De finibus, Tusculanae disputationes, De oratore; Seneca: De providentia, De brevitatae vitae, De vita beata și alte scrieri morale: De tranquilitate animi, De clementia, Moralis philosophiae – pierdută –, De otio, Epistulae ad Lucilium, De beneficiis și tratatul "Naturalis quaestiones" ca și cărțile exilului: De constantia sapientis, Ad Polybium de consolatione) faptul că libertatea omului se regăsește doar în propria sa rațiune, ceea ce, pentru posteritate, va semnifica același lucru, regăsit emblematic într-o formulă a lui Rudolf Steiner: "dacă se știe că această gîndire este liberă, atunci știm și sfera voinței, căreia trebuie să-i atribuim libertatea". Iar noi, dacă mai adăugăm faptul că moralitatea, fizionomia spirituală și filonul lăuntric, susținut al romanului secolelor I-II d. Ch. cunosc propensiuni vaste către stoicismul grec, ce oferea o vizuire ubicituală asupra existenței, raționalitate, o anumită cauțiune morală în acțiune, un suport pentru grecofobia aproape naturală (ce marca un anumit complex față de creația spirituală originală, autentică), o ejetare naturală a sofisticii elene (care-i deconcerta pe romani, fie că era percepță ca o esențială caracteristică, fie ca una pernicioasă a gîndirii platoniciene și aristotelice). Cu alte cuvinte, romanii și-au asumat pe deplin stoicismul, dezvoltindu-l ca pe un vîrstă autohton, neelen. De aceea, Pierre Grimal, mergind mai departe, în a sa Civilizația romană II, asimilează doctrina stoică "moralei instinctive a romanilor". Și ne întrebăm, care, pe acest fond de eservescență spirituală, mai putem noi admite ideea inadecvarată definițiilor lui Florentinus la spiritul epocii? Desigur, foarte greu. De aceea, apreciem în mod deosebit rezerva autorului recenzat în a exprima o concluzie tranșantă în această chestiune. Această rezervă este cu atît mai firească avînd în vedere epoca istorică la care se raportează. Este vorba de sec. II d.Ch., secol al unor mari mutații politice și istorico-religioase: întărirea puterii imperiale prin cuceririle teritoriale ale lui Traian, apariția colonatului, ca formă incipientă de afirmare a relațiilor feudale în provinciile imperiale din Nordul Africii și Asia, reforma judiciară impusă prin edictul perpetuu al lui Hadrian (reformatorul, centralizatorul și autoratul împărat, care este și creatorul administrației imperiale și care, cu sprijinul juristului Salvius Iulianus, a impus interpretarea uniformă a legii în toate provinciile romane prin intermediul edictului perpetuu -un gen de codificare a dreptului pretorian-), continuarea deschiderii către influențele greco-orientale de către successorul său, Antoninus Pius (ni se pare semnificativă, în acest sens, cronologia profesorului M. Jacotă care amintește, în legătură cu acest din urmă împărat: rescriptul despre tratamentul crud aplicat sclavilor; interzicerea omorului sclavului de către stăpîni -ius vitae necisque; judecarea

sclavilor vinovați în penal de către autorități; posibilitatea plângерii (querella) sclavului împotriva stăpînului în fața administrației – prefectului Romei sau a guvernatorului de provincie – și nu excludem, de aici, semnificativa acceptare, pentru prima oară, a celebrării, de manieră oficială, în imperiu, a insuși împăratului, de către preoții gali, egipteni sau hinduși ai cultelor Cybelei, lui Isis și Osiria, culte legate de ciclurile vegetale, de riturile morții și renașterii, ori al lui Mithra, cultul cosmic.

Semnificativă nu se pare a fi, de asemenea, în context, apariția diasporei iudaice după alungarea de către neieritarul Hadrian a evreilor din Ierusalim, după răscoalele ațătate în tot Orientul anului 117 și răspândirea învățăturilor iudaice noi, dezvoltate sub egida școlii fariseice, învățături ce vor sta la baza Legii ebraice – Mishna.

În sfîrșit, civilizația orașului, care a ajuns la deplina ei maturitate tot în acest secol, mai ales sub Commodus (cel care rebotează Roma sub denumirea Colonia Lucia Aurelia Nova Commodiana) incurajează mișcarea sectară și, indirect, emanciparea de sub vechile rinduieri sclavagiste.

Iată, un tablou larg ce poate susține ideea că libertatea, ca valoare juridică, este naturală iar aservirea este contra naturii. Iar autorul, profesorul M. Jacotă surprinde, în această carte pe care o recenzăm, singura concluzie logică ce poate fi dedusă de aici. Aceea că, în egală măsură cu Iustinian, Florentinus putea să afirme liber ceea ce, cu siguranță, majoritatea romanilor gîndeau.

În finalul primului tom al lucrării este abordată problematica surselor colonatului. Explicațiile sunt oferite de autor în raport cu fiecare izvor în parte și nu doar din perspectivă istorică. Sunt semnalate, în acest context, opțiuni socio-politice ale unor personalități ale sec. II d.Ch. precum împărații Marcus Aurelius și Commodus sau avocatul, cratorul și omul de litere Plinius cel Tânăr. Acesta din urmă, în afara panegiricului din anul 100, pronunțat în calitatea sa de consul, în fața princepsului Traian Optimus, ne-a lăsat nouă volume din Corespondența sa cu Traian, o adevărată frescă a realităților provinciale, aşa cum le-a perceput în calitate de legat al Împăratului în Pont și în Bithynia (Anatolia) între 97-108 d.Ch. Pornind, tocmai de la o astfel de scrisoare, autorul ne explică, în mod cauzal și complex, apariția unei instituții juridice noi: colonus partiarus (sed partibus locem, cum spune Plinius Junior), după cum, deosebit de interesantă este și interpretarea pe care autorul o face rescriptului lui Marcus Aurelius și al fiului său, asociat la tron, Commodus și, prin care, aceștia declară nul legatul al cărui obiect al transmisiunii testamentare este arendașul neînsoțit de pămîntul de care este legat ("servi terrae" – sine praediis quibus adhaereat). Interpretarea autorului este inedită, renunțându-se la tratarea evenimentului consemnat în anul 183, cînd colonii imperiali din saltus burunitanus din Nordul Africii au adresat o reclamație împăratului Commodus, prin

care se plingeau de încălcarea de către gerantul lor, a nivelului impunerilor zilelor de corvoadă (șase pe an, în baza unei Lex Manciana și cu excepția absolvirii de arendă, excepție acordată de Hadrian celor care cultivau terenuri degradație).

Erau colonii aflați sub controlul gerantului imperial asimilați sclavilor (inquilinus) deși acești geranți aveau, la rîndul lor, din partea împăratului, mai mulți sclavi imperiali puși la dispoziție pentru a lucra pământurile proprii? Se pare că, în realitate, situația colonilor, care și ei trebuiau să presteze (ce-i drept, limitat prin lege) muncă și să plătească arenda acestor geranți, era asimilabilă sclavilor dar, de jure, separația dintre statutul juridic al sclavului și acela al colonului (fie el și partiarus) este evidentă. Iar, în această chestiune, interpretarea pe care o dă profesorul M. Jacotă rescriptului: "si quis inquilinos sine praediis quibus adhaerant legaverit, inutile est legatum; sed an aestimatio debeatur, ex voluntate defuncit statuendum esse, divi Marcus et Commodus rescriptuserunt" ni se pare a fi eloventă.

Al doilea volum al veritabilului tratat de drept roman al profesorului Mihai Vasile Jakota, care a văzut lumina tiparului în anul 1993, este consacrat ultimelor două părți componente ale lui *Jus personarum*, anume, *Status civitatis și Status familiae*, integralității problematicii lui *Jus rerum și Successiunilor*.

Spiritul quasi-exhaustiv care domină tratarea teoretică din primul volum al acestei cărți se regăsește și în prezentul volum. Într-o manieră savantă, ni se propune un incurs teoretic, spiritual, care, cu siguranță, va rămâne un spațiu-reper în pregătirea juridică a tuturor interesanții de paradigmă normativă română.

Volumul pe care-l recenzăm debutează cu *Status familiae*. Explicația acceptării plurivalente a noțiunii de familie în directă legătură cu puterile conferite lui pater familias este benefică pentru înțelegerea următoarelor instituții juridice specifice, între care, mai cu seamă, aceea a căsătoriei romane ca sursă a uneia dintre aceste puteri – manus.

Un remarcabil paragraf, conceput într-o viziune socio-juridică exemplară, ne pare a fi cel consacrat dezagregării familiei patriarcale romane și a averii familiale unice, prin extensiunea deosebită a peculiilor, paragraf ce precede căsătoriei romane în raport cu manus. Și interrogațiile, atât de prezente în paragraful dedicat încheierii căsătoriei, vădesc un întreg soliloquiu științific ce contribuie la înțelegerea deductivă a unor raporturi juridice formale care, în timp, au devenit informale și, chiar, simplu consensual. Presupozițiile autorului devin, astfel, demne de acceptat.

Foarte rar, literatura română din țara noastră tratează aspectele legate de uniunile dintre bărbați și femei, permise de lege, altele decât căsătoria

legitimă. Profesorul M.V.Jakota, valorificând câteva texte din Gaius, Paulus și Theodosianus, face, însă, lungi referiri la concubinatus în raport cu conubium, pe de o parte și stuprum, pe de altă parte.

O atență analiză face autorul asupra dotei, ca o condiție a încheierii căsătoriei, urmărindu-i evoluția istorică de la epoca veche când "dotis causa perpetua est et semper apud maritum remanet" (dota intră pentru totdeauna în proprietatea bărbatului) și până la cauțiunea legală extinsă de Justinian asupra tuturor bunurilor dotale, ca o aplicare la regula instituită de Octavianus Augustus, la început de epocă clasică, prin Lex Iulia de fundo dotali.

Ne atrage atenția, prin maniera de abordare, finalul acestui capitol consacrat stingerii puterii părintești, unde autorul oferă o largă explicație sociologică acestui fenomen socio-juridic al emancipării fiilor de familie de sub puterea parentală (patria potestas).

O viziune nouă întâlnim în materia incapacităților de fapt și de drept care sunt subsumate capitolului definit, generic, *Tutela*, abordare care, în creațiile anterioare ale distinsului autor, apare ca fiind diferită. Ne întrebăm dacă, pornind de la această nouă abordare, tot generic, am putea extrapolă definiția tutelei (*vis ac potestas in capite libcro tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit*) la curatelă, cu tot florilegiul de forme cunoscut de această din urmă instituție, inclusiv aceea instituită prin Lex Plaetoria pentru Tânărul de 25 de ani. O cercetare specială s-ar impune.

Partea a patra a lucrării este rezervată proprietății și celorlalte drepturi reale (*Ius rerum*). Ca ad veritatem, autorul preferă, în introducere, să ofere o explicație a noțiunii de "res" și a semnificației plurivalente dobândite de această noțiune în cadrul diverselor clasificări care, toate, la un loc, suplinesc lipsa unei teorii unitare a drepturilor reale în sistemul juridic roman.

De la lipsa inițială de distincție dintre drept (*jus*) și obiectul dreptului (*res*), ce se degajă din străvechea formulă a apropriațiunii : "hunc ego hominem meum esse aio ex jure quiritium" și până la "iura in re aliena" este o distanță seculară. Consacrarea modernă a acestei din urmă formule, în raport cu quasi-totalitatea drepturilor reale este rezultatul unor cristalizări teoretice și practice mai mult decât milenare. Aceeași consacrare, modernă, a cunoscut-o și importanța noțiune de "patrimoniu", elaborată, cum spune autorul, "pe baza elementelor desprinse din dreptul roman și dezvoltate de interpréți."

O poziție principală, diametral diferită de a altor cercetători (de ex., Fustel de Coulanges în "*La cité antique*"), dezvoltă autorul în privința întărirea proprietății private mobiliare (prin excelență, asupra sclavilor) față de proprietatea imobiliară. Tratarea acestei chestiuni ține profund de hermeneutica juridică, autorul invocând tehniciile rituale (gestica și cuvintele solemne) folosite la mancipație și în iure cessio. Indirect, dezavuează argumentele

istoriste, după care proprietatea se fundamentează pe trecerea de la starea nomadă la cea sedentară de existență tribală, însotită de stabilirea, pentru familiile componente, a "reședințelor" (domus) înconjurate de un teren necesar, protector, asigurator, așa-numitul "heredium", obiect al proprietății colectiviste familiale, care i-a succedat colectivismului tribal și bază a economiei familiale patriarhale de mai târziu. În viziune ciceroniană, mai mult, proprietatea privată a învins și colectivismul familial, prin impunerea autorității (dominium) lui pater asupra a ceea ce se numea "familia pecuniaque" (sclavi și turme), sens pe care îl deduce și autorul atunci când reține regula din Lex Duodecim Tabularum – "uti legassit super *pecunia* tutelave suae rei, ita *jus esto*" – cum va dispune cu titlul de legat asupra pecuniei și a tutelei, așa va fi dreptul. Urmează o amplă tratare a diviziunii obiectului proprietății și a formelor de proprietate, lăsând unificării proprietății un spațiu limitat, compensat generos de o problematică, am spune, conectată, mai mult, la *Ius actionum*, anume, cărarea proprietății prin rei vindicatio, acțiunile publiciene și actio ad exhibendum.

Posesiunea reprezintă, sub aspectul juridicității sau factualității sale, un domeniu controversat. Rămânem la aprecierile prudentilor romani ai epocii clasice, Papinianus și Paulus, după care posesiunea este o simplă stare de fapt ("eam enim rem facti non juris", ori "possessio... plurimum facti habet") sau, după cum tinde autorul să ne explice, pornind de la un text din Pandectae, pe care și noi îl considerăm interpolat (quia possessio non tantum corporis, sed et juris est), achieșăm ca "posesiunea era un fapt juridic: stăpânirea efectivă și permanentă a unui lucru corporal în condițiile fixate de drept." ? Ni se pare rațională această din urmă optică, deși, argumentele sunt, mai mult, de ordin deductiv, decât explicit juridice. Cheia explicației s-ar afla în izvorul originar de dobândire a însăși proprietății pe un ager publicus – occupatio –, astfel încât, neorânduiala primitivă în luarea în posesie să capete un aspect, oricără de suran, de juridicitate. Definiția lui Festus ("Possessiones appellantur agri late potentes publici privatique, qui non mancipazione, sed *usu tenebantur* et ut quisque *occupaverat possidebat*.") pe care o evocă, dintr-un început, autorul, ne apare pe deplin comprehensibilă.

Capitolul dedicat modurilor de dobândire a proprietății, prin maniera de redactare și eflorescența informațiilor ar reprezenta un util exercițiu, o anamneză benefică pentru orice civilist, astfel încât, în optica noastră, se recomandă de la sine.

Partea a cincea a cărții este rezervată studiului obligațiilor. Accepțiunii romane de "obligație" și definiției iustiniene i se circumscrie o parte introducătivă de o necesitate incontestabilă. Nu suntem, astfel, surprinși de ce unii autori civiliști moderni, de o netăgăduită valoare universală, precum Henri, Léon și

Jean Mazeaud ori Alex Weill au zăbovit asupra acestor acceptiuni și definiții romane. Într-un eseu al său, dedicat metamorfozelor obligațiilor, bine remarcă Michel Villey denaturata înțelegere a juriștilor moderni a acestei noțiuni – "obligatio" – care, alături de contract, societate, stat, pact, persoană și-a găsit consacrarea în gândirea clasică română. Responsabili de această denaturată înțelegere față de acceptiunile inițiale îl face pe interpreții superficiali ai noțiunilor romane și nu-i exclude nici pe marii filosofi, care n-au practicat dreptul roman de o manieră serioasă, de la Hobbes și Locke, Grotius ori Pufendorf și până la Wolff Rousseau, Kant, Fichte ori Hegel. Poate, în context, nu mai apare atât de îndrăzneață butada lui L.Pazzolini (din *La nuova scuola*), după care "pentru recucerirea limbajului autentic al dreptului roman, o precauție indispensabilă este aceea de-a nu mai deschide manualele de drept roman contemporane." Nu-i, aici, doar o interesantă remarcă... Pentru a descoperi sensul limbajului este necesar să înțelege spiritul lui sau cu alte cuvinte, profunda filosofie socială adăpostită de dreptul roman, indispensabilă oricărei interpretări. Cu metoda cartesiană ori, dimpotrivă, lockeană și cu exploatarea, doar, a faimoasei culegeri de compilări, *Corpus Juris Civilis*, nu vom ajunge la esența dreptului roman. Profesorul M.V.Jakota sesizează capcanele spiritului modern, rationalist sau empirist și simte nevoia unei explicitări a termenului de "obligatio" pe care, firește, îl abstrage din definiția iustiniană : "Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimus alicuius solvendae ei secundum nostrae civitatis jura".

În același spirit abordează și materia izvoarelor obligațiilor, începînd cu contractul. Remarcabilă și benefică pentru înțelegerea studenților este contrapunctarea contractelor cu pactele, acestora din urmă conferindu-le, chiar, un spațiu generos în al X-lea capitol al lucrării.

Nu putem vorbi de o teorie a obligațiilor, care să ar fi întemeiat și dezvoltat în dreptul roman. Mulți cíviliști între care și vestiții savanți ai contemporaneității, precum Jean Carbonnier și Alex Weill, cad în această capcană. Jus civile recunoștea, la epoca străveche și veche doar contractele formale fără situație de predare efectivă a bunului (un început de contract real), nesanctionând, în nici un fel sau, mai bine, cu nici o acțiune, eventualele convenții sau pacte convenționale. Ideea de consensualitate n-a fost admisă în dreptul roman niciodată în maniera plenară, consacrată de dreptul modern francez, în contradicție evidentă cu vechile coutume germanice. În această chestiune, autorul are o concepție foarte bine primită, consacrată internațional printr-o serie de cercetări speciale (de ex. "L'esclave créancier. Studi in onore di G.Grosso II ", Torino, 1968 și "Les pactes de l'esclave en son nom propre", în *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, tom.XII, 1966, p.205). Doar *jus praetorium* și constituțiunile imperiale la epoca postclasică au largit cadrul consensualismului, atenuând rigoarea formalismului străvechi.

Nici în materie delictuală, contrar unei optici comune, nu s-au înregistrat progrese semnificative, deși, Lex Aquilia (votată, cu largă aproxiماție, în jurul anilor 250 i. Cr.) a lărgit sfera delictelor sănătăționale. Importantul principiu de inspirație napoleoniană, profund liberal, inscris și în Codul civil român, în art. 998, după care, "orice faptă a omului care cauzează altuia prejudiciu, obligă pe acela din a cărui greșeală s-a ocasionat, a-l repară", a rămas străin de gândirea juridică română. La fel de străin a rămas un principiu fundamental în teoria modernă a obligațiilor și sănătăționat de întreg romano-germanic, anume, acela al dreptului de gaj general al creditorului cu privire la bunurile debitului, atunci când lipsească garanții reale sau personale speciale. Desigur, execuțarea creațelor a cunoscut evoluții importante, transformându-se, parțial, dintr-o eminamente execuție asupra persoanei debitului (corporală), într-o execuție contra patrimoniului său (reală sau pecuniară). Să nu uităm, însă, remanența vechiului sistem roman și să ne amintim că instituția închisorii datornicilor a fost abolită, de exemplu, în Franța, abia în anul 1867, printr-o lege din 22 iulie, lege prin care, considerându-se a fi "atentorii la libertatea umană", s-a renunțat la sănătățile umilitoare, degradante ale închisorii debitorilor insolvenți.

Ultima parte a acestui veritabil tratat este consacrată de către profesorul M.V.Jakota, succesiunilor, ocupându-se de izvoarele formale ale succesiunii (succesiunea deferită ex lege și succesiunea deferită de pretor – bonorum possessio și, desigur, de succesiunea testamentară, toate, cu varietățile lor. Benefică, în această materie, ne apărând inserarea unui paragraf special, consacrat fideicomiselor, tratate in extenso și cu explicarea modului în care judecata extra ordinem s-a transformat într-o instituție foarte uzitată ("populară") sau, după Institutionum seu Elementorum a lui Iustinian, într-o jurisdictie permanentă – "paulatim conversum est in adsiduam jurisdictionem" – sens pe care-l reține, în mod deosebit, profesorul Mihai Vasile Jakota.

Ioan Macovei, Valeriu Ciucă

OCTAVIAN LOGHIN, AVRAM FILIPĂS – *Drept penal român*, Partea specială, Casa de editură și presă "Şansa", București, 1992, 366 p.

Lucrarea pe care ne propunem să o prezentăm, reprezintă ediția revizuită a celei din 1983 apărută în editura didactică și pedagogică sub titlul *Drept penal – parte specială* și a fost elaborată folosindu-se literatura juridică, practica judiciară și actele normative publicate până la data de 1 iunie 1991.

Capitolul I – este un capitol introductiv și tratează noțiunea de parte specială a dreptului penal, corelația dintre partea generală și partea specială, partea specială a științei dreptului penal, obiectul și sarcinile acestuia precum și sistemul părții speciale a dreptului penal. Capitolul al II-lea este intitulat *Infracțiuni contra statului și analizează infracțiunile corespunzătoare din titlul I* al părții speciale a C.P.(art.155-172), iar capitolul al III-lea, intitulat *Infracțiuni contra persoanei analizează pe larg infracțiunile prevăzute în art.174-206 c.p.* Capitolul al-IV-lea, intitulat *Infracțiuni contra avutului personal sau particular* cuprinde analiza infracțiunilor prevăzute în art.208-221 c.p., în timp ce capitolul al-V-lea este intitulat *Infracțiuni contra avutului public și cuprinde analiza infracțiunilor prevăzute în art.223-234 c.p.* Capitolul al-IV-lea, intitulat *Infracțiuni contra autorității*, face analiza infracțiunilor prevăzute în art.236-244 c.p., iar capitolul al VII-lea este intitulat *Infracțiuni care aduc atingere activității organizațiilor de stat, organizațiilor obștești sau altor activități reglementate de lege și cuprinde analiza infracțiunilor prevăzute în art.246-281 c.p.* Capitolul al VIII-lea, intitulat *Infracțiuni de fals* cuprinde infracțiunile prevăzute în art.294, iar capitolul al-IX-lea este intitulat *Infracțiuni la regimul stabilit pentru anumite activități economice și cuprinde analiza infracțiunilor prevăzute în art.295-302 c.p.* Capitolul al-X-lea este intitulat *Infracțiuni care aduc atingere unor relații privind conviețuirea socială și cuprinde analiza infracțiunilor prevăzute în art.303-330 c.p.*, iar capitolul al-XI-lea este intitulat *Infracțiuni contra capacitatei de apărare a României și cuprinde analiza infracțiunilor prevăzute în art.331-360 c.p.*

La elaborarea lucrării s-a avut în vedere scoaterea de sub incidentă legii penale a faptelor de sabotaj (art.164 c.p.), avort (art.185-188 c.p.), defăimarea unei organizații (art.237 c.p.), trecerea frauduloasă a frontierei (art.245 c.p.), divulgarea unor secrete privind interesele obștești (art.251 c.p.), precum și unele fapte de speculă (art.295 lit.c și d.c.p.).

Prin dezincriminarea faptei de propagandă împotriva orânduirii socialiste (art.166 alin.2 c.p.) legiuitorul a lăsat practic fără denumire marginală fapta incriminată în art.166 alin.1 c.p. Printr-o interpretare rațională a conținutului acestuia, autori au denumit marginal textul rămas în vigoare ca fiind “propaganda cu caracter fascist” (p.25). În strânsă corelație cu aceasta, se apreciază că la infracțiunea de complot (art.167 c.p.), partea din text referitoare la desfășurarea oricărei alte activități prin care se urmărește schimbarea orânduirii socialiste (alin.3) trebuie considerată ca fiind implicit abrogată, ca urmare a abrogării alin.2 al art.166 c.p.(p.26 și 33).

Prin decretul-lege nr.112/1990 au fost modificate dispozițiile art.189 c.p. privind infracțiunea de lipsire de libertate în mod ilegal. Pe baza textului de

lege, aşa cum a fost modificat, se face o amplă analiză a noilor agravante introduse în textul incriminator (p.57-60).

Prin legea nr.19 din 9 octombrie 1990, România a aderat la Convenția împotriva torturii și altor pedepse ori tratamente cu cruzime, inumane sau degradante. Consecința acestei aderări constă în incriminarea faptei de tortură prevăzută în art.267¹ c.p., infracțiune căreia i se face analiza elementelor constituite (p.227-229).

Noua Constituție prevede în art.41 alin.2 că "proprietatea privată este ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular", în timp ce codul penal menține în vigoare consacrarea distinctă a infracțiunilor contra avutului personal sau particular (art.208-222) față de infracțiunile contra avutului obștesc (art.223-235 c.p.), cu un regim sancționator diferit. Deși lucrarea a fost înaintată spre editare anterior adoptării noii Constituții, autorii au precizat că în sistemul codului penal în vigoare, infracțiunile contra avutului public sunt prevăzute distinct de acelea care aduc atingere patrimoniului particular, semnificându-se în acest mod importanța deosebită pe care legiuitorul român de la 1968 o acorda relațiilor sociale care, direct sau indirect depind în evoluția lor de apărarea avutului obștesc (p.140).

Importanța și utilitatea lucrării sunt evidente atât în plan teoretic dar și practic. Sub aspect teoretic, este singura care cuprinde modificările legislației penale de după decembrie 1989 iar sub aspect practic se constituie într-un util instrument de lucru pentru practicienii dreptului.

Toader Tudorel

GHEORGHE DIACONESCU – *Genocidul*, Editura Militară, București, 1991, 190 p.

Monografia recenzată este prima din literatura noastră de specialitate care tratează infracțiunea de genocid și aduce o valoroasă contribuție la studiul conținutului ei constitutiv. Autorul își repartizează demersul științific în cuprinsul a cinci capitole.

Primul capitol este intitulat *Crime ale elitei puterii*. Se susține că astfel de crime în masă pot fi infăptuite de regulă de guvernanți, de elita aflată la putere, împotriva celor guvernați, indiferent dacă guvernanții sunt minoritari sau majoritari în acea societate. Față de această susținere, este criticată noțiunea infracțiunii de genocid, pentru absența oricărei referiri la autoritatea de stat. Deoarece infracțiunea nu poate fi săvârșită de o persoană oarecare ci întotdeauna numai de un grup de persoane format din exponenți ai puterii, apare

ca fiind preferabil conceptul de "crime ale elitei puterii" în locul aceluia consacrat actualmente în dreptul intern și internațional – genocidul. O scurtă incursiune istorică arată primele victime ale crimelor elitei puterii, mergându-se până la "victimele halucinantului holocaust cu ofranda sa de peste douăsprezece milioane de victime, semnat de regele neîncoronat al crimei Adolf Hitler".

Premisele conceptului de genocid au fost puse în 1933 de Rafael Lemkin.

La Cincea Conferință pentru Unificarea Dreptului Penal Internațional el a propus ca *delicta juris gentium*, anumite acte vizând distrugerea unei colectivități naționale, etnice etc. Conceptia și conceptul de genocid își vor găsi consacrarea oficială în documentele pregătitoare – Statutul Tribunalului Militar Internațional de la Nürnberg – și judecare a marilor criminali naziști.

"Genocidul în dreptul internațional" este intitulat capitolul al II-lea și debutează prin constatarea că şocul provocat omenirii de crimele nazismului a avut ca efect agregarea gândirii, voinței și acțiunii națiunilor pentru identificarea acelui instrument capabil să asigure prevenirea repetării unor asemenea crime și să-i reprime pe reprimatori, în ipoteza ineficienței metodelor profilactice. Acest instrument a fost Convenția pentru prevenirea și reprimarea crimei de genocid, adoptată de Adunarea Generală a ONU la 9 decembrie 1948. Se semnalează caracterul novator al Convenției, prin înlăturarea ambiguității hotărârii Tribunalului de la Nürnberg, constând în aceea că incriminează faptele de genocid săvârșite atât în timp de pace cât și în timp de război. În sensul Convenției este explicat conținutul noțiunilor de distrugere a grupului, grup etnic, național, rasial sau religios.

Potrivit Convenției infracțiunea de genocid urmează să aibă o dublă jurisdicție, alternativă: națională sau internațională. Dar opoziția manifestă ori tacită a cvasitotalității statelor a blocat instituționalizarea Tribunalului Internațional Penal și nici nu s-au înregistrat intenții ale unui stat ori comitet de specialitate de a propune Adunării Generale a Națiunilor Unite rediscutarea, în vederea aprobării existenței Curții Internaționale de Justiție în materie penală.

Absența în continuare a Curții de Justiție din structura organismelor internaționale nu poate fi suplinită de Curtea Internațională de la Haga, a cărei jurisdicție nu este penală ci de rezolvare a celor conflicte intervenite între state din interpretarea și aplicarea convențiilor în domeniul drepturilor omului.

Capitolul III este intitulat *Răspunderea penală pentru crima de genocid* și tratează cu preponderență răspunderea penală pentru ordine ilegale în gândirea de la Nürnberg și a unor instrumente juridice internaționale. Pentru clarificarea acestei probleme este citat art.8 din Statutul Tribunalului Internațional în care se stipulează: "Faptul că inculpatul a acționat în conformitate cu ordinul guvernului său ori al unui superior nu-l va exonera de răspundere, dar poate fi avut în vedere la diminuarea pedepsei dacă tribunalul

apreciază că dreptatea cere acest lucru". Analizând legislațiile penale din mai multe țări, autorul conchide că unele din prevederile legilor naționale – în mod cert cele din SUA, Franța, Anglia și fostă URSS – au servit drept surse de inspirație, sau chiar modele, juriștilor care au elaborat Statutul ori i-au aplicat creator dispozițiile normative în cadrul procesului de la Nürnberg, valorificându-le ca precedente legislative, judiciare sau pur și simplu ca argumente de logică juridică.

Genocidul în dreptul intern este titlul capitolului IV.

România a aderat la Convenție prin Decretul nr.236/I.X.1950 iar prin Decretul nr.212/1960 s-a introdus în codul penal un nou articol nr.231² cu denumirea marginală – genocidul. Autorul remarcă faptul că infracțiunea de genocid este una dintre rarele fapte incriminate de codul penal care nu a constituit niciodată obiect de examinare specială, cu atât mai puțin al unor studii sistematice și aprofundate de către teoreticienii români. Este analizată infracțiunea sub aspectul obiectului juridic special, obiectul material, al laturii obiective și subiective. Este criticată opinia doctrinară conform căreia genocidul poate avea ca subiect activ orice persoană iar participația penală fiind posibilă sub forma coautoratului, instigării și complicității. Se apreciază că pe o condiție specială pe care trebuie să o îndeplinească autorii infracțiunii analizate, aceea de a fi angajați într-o structură de stat – pe diferite trepte ierarhice – ori de a lucra din dispoziția unui asemenea angajat, lipsa acestei calități obligând la concluzia că autorul nu a săvârșit infracțiunea de genocid. Este adevărat că infracțiunea de genocid poate fi săvârșită mai ușor de către elitele puterii, dar apreciem că această posibilitate nu poate fi transformată într-o condiție pentru subiectul activ. Admitând o atare calificare pentru subiectul activ ar însemna implicit o restrângere a sferei protecției penale conferite prin incriminare genocidului, ceea ce nu credem că a stat în intenția legiuitorului.

Contra doctrinei majoritare se susține, cu argumente relativ convingătoare, că pluralitatea subiectului pasiv al infracțiunii nu este o condiție sine qua non, subiectul pasiv putând fi și unic dacă se va stabili că intenția subiecților activi și obiectivul crimei oficiale "a fost de a distruge grupul din care a făcut parte acea unică victimă". Opinia exprimată ne apare ca fiind mai puțin întemeiată. O atare ipoteză impune încadrarea juridică a faptei în tentativă la infracțiunea de genocid.

Ultimul capitol este intitulat *Genocidul în practica judiciară* arătându-se că genocidul a pătruns brusc în practica judiciară română la numai trei zile de la prăbușirea, sub presiunea maselor, a structurii politice și statale totalitare.

Pe baza considerentelor demersului său, autorul își exprimă îndoiala cu privire la imprejurarea că aceste acuzații vor rezista timpului.