

CLUJ-NAPOCA

STUDIA

UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI



IURISPRUDENTIA

SUBB

oct.-dec.

4/2011

Anul LVI

ISSN 1220-045x

DIN SUMAR:

- » **Puncte de vedere** : Adrian Băncilă - SCURTĂ PRIVIRE ASUPRA RESTRÂNGERII DREPTULUI CADRULUI DIDACTIC DE A CUMULA MAI MULT DE DOUĂ NORME DIDACTICE CONFORM LEGII NR.1/2011 A EDUCAȚIEI NAȚIONALE3
- » **Studii** : Gardiol Van Niekerk - THE ENDURANCE OF THE ROMAN TRADITION IN SOUTH AFRICAN LAW 20
- » **Studii** : Mircea-Dan Bob - *PROPTER VETERIS IURIS IMITATIONEM*: NOU ȘI VECHI ÎN MATERIE SUCCESORALĂ ÎN NOUL COD CIVIL (II) 34
- » **Articole** : Jean Pineau - HISTOIRE TRES BREVE D'UNE RECODIFICATION ET DE SES EMBARRAS 63
- » **Articole** : Jean Pineau - A VERY BRIEF HISTORY OF A RECODIFICATION AND ITS PROBLEMS 70
- » **Articole** : Attila Pókecz Kovács - HUNGARIAN LAW IN THE FIRST DECADE OF THE 21ST CENTURY (HUNGARIAN LAW-COMPARATIVE LAW)..... 77
- » **Articole** : Monica Gheorghe - CONSIDERAȚII PRIVIND MODIFICĂRILE ADUSE CONTRACTULUI INDIVIDUAL DE MUNCĂ PE DURATĂ DETERMINATĂ REZULTATE DIN CUPRINSUL LEGII NR. 40/2011 PENTRU MODIFICAREA ȘI COMPLETAREA LEGII NR. 53/2003 - CODUL MUNCII 95
- » **Articole** : Aida Diana Dumitrescu, Mara Ioan - PARTICULARITĂȚI TEORETICE ȘI PRACTICE ÎN LEGĂTURĂ CU APLICAREA PREVEDERILOR DECRETULUI-LEGE NR.118 DIN 30 MARTIE 1990 PRIVIND ACORDAREA UNOR DREPTURI PERSOANELOR PERSECUTATE DIN MOTIVE POLITICE DE DICTATURA INSTAURATĂ CU ÎNCEPERE DE LA 6 MARTIE 1945, PRECUM ȘI CELOR DEPORTATE ÎN STRAINĂTATE ORI CONSTITUITE ÎN PRIZONIERI 104
- » **Articole** : Sergiu Petrisor - INTERCEPTAREA ȘI ÎNREGISTRAREA CONVORBIRILOR TELEFONICE ȘI CONTROLUL ȘI CENZURA CORESPONDENȚEI SCRISE. RESPECTARE SAU ÎGNORARE A EXIGENȚELOR CEDO ÎN MATERIA DREPTULUI LA VIAȚĂ PRIVATĂ ȘI DE FAMILIE? 118
- » **Articole** : Bjarne Melkevik - JUGES ET DÉMOCRATIE..... 146
- » **Articole** : Hunor Kádár - PRINCIPIUL EGALITĂȚII ARMELOR ȘI AL CONTRADICTORIALITĂȚII ÎN LUMINA JURISPRUDENTEI C.E.D.O. EFECTELE ACESTOR PRINCIPII ASUPRA INTEROGARII MARTORILOR 161
- » **Articole** : Sonia Vigdorovits - OFERTA PUBLICĂ DE PRELUARE OBLIGATORIE..... 176



CLUJ UNIVERSITY PRESS
51 B.P. Hasdeu Street, 400371
Cluj-Napoca, ROMANIA

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 4/2011
octombrie-decembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

DIRECTOR: Prof. dr. Paul VASILESCU

REDACTOR-ȘEF: lector dr. Mircea Dan BOB

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

lector dr. Sergiu BOGDAN

profesor dr. Dan CHIRICĂ

asist. Cosmin COSTAȘ

profesor dr. Mircea MINEA

profesor dr. Liviu POP

conf. dr. Florin STRETEANU

REFERENȚI:

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

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

Vladimir HANGA - profesor dr.doc., Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec

Benoît MOORE - profesor, Université de Montréal

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Puncte de vedere : Adrian Băncilă - SCURTĂ PRIVIRE ASUPRA RESTRÂNGERII DREPTULUI CADRULUI DIDACTIC DE A CUMULA MAI MULT DE DOUĂ NORME DIDACTICE CONFORM LEGII NR.1/2011 A EDUCAȚIEI NAȚIONALE / Bref regard sur la restriction du droit l'enseignant de cumuler plus de deux règles d'enseignement selon la Loi no.1/2011 de l'Education Nationale	3
» Studii : Gardiol Van Niekerk - THE ENDURANCE OF THE ROMAN TRADITION IN SOUTH AFRICAN LAW	20
» Studii : Mircea-Dan Bob - <i>PROPTER VETERIS IURIS IMITATIONEM</i> : NOU ȘI VECHI ÎN MATERIE SUCCESORALĂ ÎN NOUL COD CIVIL (II) / Propter veteris iuris imitationem? Qu'est-ce qu'il y a de nouveau en matière successorale dans le nouveau code civil roumain (II).....	34
» Articole : Jean Pineau - HISTOIRE TRES BREVE D'UNE RECODIFICATION ET DE SES EMBARRAS	63
» Articole : Jean Pineau - A VERY BRIEF HISTORY OF A RECODIFICATION AND ITS PROBLEMS.....	70
» Articole : Attila Pókecz Kovács - HUNGARIAN LAW IN THE FIRST DECADE OF THE 21ST CENTURY (HUNGARIAN LAW-COMPARATIVE LAW).....	77
» Articole : Monica Gheorghe - CONSIDERAȚII PRIVIND MODIFICĂRILE ADUSE CONTRACTULUI INDIVIDUAL DE MUNCĂ PE DURATĂ DETERMINATĂ REZULTATE DIN CUPRINSUL LEGII NR. 40/2011 PENTRU MODIFICAREA ȘI COMPLETAREA LEGII NR. 53/2003 - CODUL MUNCII / Considerations on the fixed-term employment contract as established by Law No.40/2011 completing and amending the Law no.53/2003 - the Labor Code	95
» Articole : Aida Diana Dumitrescu, Mara Ioan - PARTICULARITĂȚI TEORETICE ȘI PRACTICE ÎN LEGĂTURĂ CU APLICAREA PREVEDERILOR DECRETULUI-LEGE NR.118 DIN 30 MARTIE 1990 PRIVIND ACORDAREA UNOR DREPTURI PERSOANELOR PERSECUTATE DIN MOTIVE POLITICE DE DICTATURA INSTAURATĂ CU ÎNCEPERE DE LA 6 MARTIE 1945, PRECUM ȘI CELOR DEPORTATE ÎN STRAINĂTATE ORI CONSTITUITE ÎN PRIZONIERI / Traits théoriques et pratiques de l'application des dispositions du décret-loi nr.118 de 30 Mars 1990 sur l'octroi de certains droits aux personnes persécutées pour des raisons politiques par la dictature instaurée le 6 Mars 1945, et aux personnes déportées à l'étranger ou mises en prison.....	104
» Articole : Sergiu Petrisor - INTERCEPTAREA ȘI ÎNREGISTRAREA CONVORBIRILOR TELEFONICE ȘI CONTROLUL ȘI CENZURA CORESPONDENȚEI SCRISE. RESPECTARE SAU IGNORARE A EXIGENȚELOR CEDO ÎN MATERIA DREPTULUI LA VIAȚĂ PRIVATĂ ȘI DE FAMILIE? / Wiretapping, control and censorship of the written correspondence. Are the demands of the European Court of Human Rights, regarding the right for private and family life respected?.....	118

» Articole : Bjarne Melkevik - JUGES ET DÉMOCRATIE	146
» Articole : Hunor Kádár - PRINCIPIUL EGALITĂȚII ARMELOR ȘI AL CONTRADICTORIALITĂȚII ÎN LUMINA JURISPRUDENTEI C.E.D.O. EFECTELE ACESTOR PRINCIPII ASUPRA INTEROGARII MARTORILOR / The principle of equality of arms and the principle of adversarial process in the jurisprudence of the E.C.H.R. the effects of these principles on the cross-examination of witnesses	161
» Articole : Sonia Vigdorovits - OFERTA PUBLICĂ DE PRELUARE OBLIGATORIE / The mandatory bid rule.....	176

SCURTĂ PRIVIRE ASUPRA RESTRÂNGERII DREPTULUI CADRULUI DIDACTIC DE A CUMULA MAI MULT DE DOUĂ NORME DIDACTICE CONFORM LEGII NR.1/2011 A EDUCAȚIEI NAȚIONALE¹

Adrian BĂNCILĂ*

Résumé : *Bref regard sur la restriction du droit de l'enseignant de cumuler plus de deux règles d'enseignement selon la Loi no.1/2011 de l'Education Nationale. Cette étude vise à jeter un bref regard sur le système de cumul des règles d'enseignement dans la loi no.1/2011 de l'éducation nationale. Le régime juridique du cumul des règles d'enseignement présente une importance particulière pour l'ensemble du système d'enseignement supérieur en constituant, avec d'autres institutions inscrites dans la loi, un moteur de l'inhibition ou au contraire de la croissance de l'enseignement supérieur.*

Cet article est structuré sur deux niveaux. Le premier niveau est l'analyse actuelle statutaire de cumul des règles en touchant la législation et la jurisprudence constitutionnelle antérieure. La deuxième partie présente le récent avis de la Cour constitutionnelle qui a invalidé sa propre jurisprudence.

La conclusion de cette étude est que, de notre point de vue, actuellement, la loi a clairement fait savoir, en règle générale, qu'on ne peut excéder deux règles d'enseignement mais la jurisprudence constitutionnelle ne reconnaît pas ça.

Rezumat: *Studiul de față își propune să arunce o scurtă privire asupra regimului cumulului de norme didactice în condițiile Legii nr.1/2011 a educației naționale. Regimul juridic al cumulului de norme prezintă o importanță deosebită pentru întreg sistemul educațional superior constituind, alături de alte instituții consacrate în lege un motor de creștere sau din contră de inhibare a învățământului superior.*

Articolul de față este structurat pe două niveluri. Primul nivel îl constituie analiza actualelor reglementări în materia cumulului prin prisma legislației anterioare și jurisprudenței constituționale. A doua parte prezintă opinia recentă a Curții Constituționale care își infirmă propria jurisprudență.

Concluzia acestui studiu este că, din punctul nostru de vedere, în prezent, legea dispune fără echivoc, ca regulă, că nu se pot desfășura activități didactice care să excedă două norme didactice.

Mots clés: *loi de l'éducation nationale, enseignement supérieur, cumul, restrictions*

Cuvinte cheie: *legea educației naționale, învățământ superior, cumul, normă didactică, restricții*

I. Prima lege publicată în anul 2011 a fost legea educației naționale. Dincolo de realitatea incontestabilă a importanței extraordinare pe care această lege o are pentru ansamblul societății românești și de certitudinea că, cel puțin atâta vreme cât coloratura eșichierului politic rămâne neschimbată, acest act normativ va fi aplicat întocmai fără a suferi modificări de esență, nu putem să trecem cu vederea parcursul cel puțin sinuos și pe alocuri alunecos al acestei reglementări vitale. Adoptată prin procedura consacrată de art. 114 din Constituția României² această lege a trecut prin furcile caudine ale Curții Constituționale a României nu o dată, nu de două ori și nici măcar de trei ori, ci de nu mai puțin de 5 ori³!

Într-un act normativ de o asemenea amploare simpla cantitate a reglementării este de natură să creeze dificultăți legiuitorului astfel încât nu este de mirare că dispoziții legale ale vechii legi privind statutul cadrelor didactice care au fost declarate neconstituționale supraviețuiesc într-o formă schimbată, e drept, dar cu aceeași finalitate. Scopul prezentului studiu îl reprezintă încercarea de a scoate în evidență și de a explica noile reguli în materia cumulului de norme didactice din perspectiva dispozițiilor noii legi a educației naționale cu o scurtă privire și asupra reglementărilor anterioare.

Astfel, Legea nr.128/1997 privind statutul personalului didactic⁴ la art.93 alin.(4) dispunea că „*personalul didactic din învățământul de stat, precum și cel al instituțiilor de învățământ privat autorizate sau acreditate, poate îndeplini cel mult două norme didactice, cu acordul conducerii unității de învățământ unde este titular cu carnet de muncă.*”

După cum putem lesne observa, această dispoziție legală limita posibilitatea personalului didactic universitar (indiferent de universitatea în care avea calitatea de titular cu carnet de muncă, autorizată sau acreditată) de a îndeplini mai mult de două norme didactice. Mai mult, conducerea respectivei unități trebuia să-și dea acordul și pentru această situație.

În prezent, prevederile noii legi a educației naționale reiau dispozițiile art. 93 alin. (4) din Legea nr.128/1997 în cuprinsul art.288 alin.(1) teza a II-a care prevede că „(teza I) *activitățile didactice care excedează o normă didactică prevăzută la art. 287 sunt remunerate în regim de plată cu ora. (teza a II-a) Pentru personalul titular, numărul maxim de ore plătite în regim de plată cu ora, indiferent de instituția la care se efectuează, nu poate depăși norma didactică minimă.*”

În conformitate cu dispozițiile acestui aliniat, personalul titular poate să îndeplinească mai mult de o normă didactică însă acest mai mult nu poate să depășească norma didactică minimă indiferent de instituția la care se efectuează. Condiționarea legalității acestei prestații didactice de aprobarea conducerii unității de învățământ la care personalul este titular nu lipsește nici în noul act normativ ea

regăsindu-se în cuprinsul art.288 alin.(3) conform căruia „*susținerea de către personalul titular de activități de predare și cercetare în alte instituții de învățământ superior sau de cercetare se poate face doar cu acordul scris al senatului universitar.*” Observăm însă o diferență notabilă între reglementările actuale și cele anterioare, sub aspectul formulării, diferență care ar putea să legitimeze dispozițiile noului act normativ cel puțin din prisma considerentelor deciziei Curții Constituționale la care vom face referire în cuprinsul prezentului.

Această diferență notabilă⁵ constă în statuarea ipotezei existenței sau nu a remunerării în regim de plată cu ora a activităților didactice.

Susținătorii primului punct de vedere argumentează că ipoteza de la care se pornește este remunerarea sau nu a ceea ce depășește norma didactică minimă. În funcție de acest fapt se instituie limitarea personalului titular la a desfășura două norme didactice. Cu alte cuvinte, limitarea personalului titular la două norme didactice, indiferent de instituția de învățământ la care acestea se prestează, se instituie numai dacă orele efectuate sunt plătite. Așadar, în opinia acestora, urmând raționamentul de mai sus, nimic nu poate împiedica personalul titular să presteze activități didactice neremunerate peste două norme didactice. Într-o atare interpretare, nu s-ar putea susține că dreptul la muncă ar fi limitat personalului titular ci doar remunerarea peste un anumit nivel ar fi restrânsă, situație în care am putea cel mult discuta despre pragul rezonabil și echitabil care ar trebui să fie stabilit de legiuitor răspunzând la întrebarea de ce două norme plătite, de ce nu trei, patru, etc.

Ne raliem celui de-al doilea punct de vedere, legea dispunând că toate activitățile didactice sunt plătite. Din formularea actuală a textului legal este opinia noastră că prevederile legale actuale referitoare la cumulul normelor didactice de către personalul titular perpetuează neconstituționalitatea dispozițiilor legale precedente, neconstituționalitate constatată de Curtea Constituțională în jurisprudența sa anterioară, la care ne vom referi pe larg în cuprinsul prezentei. Considerăm că, în prezent, *formularea legală interzice personalului titular să desfășoare activități didactice pro bono iar universitățile nu pot plăti mai mult de două, respectiv trei norme didactice.*

Astfel, textul legal statuează că *activitățile didactice care excedează o normă didactică prevăzută la art.287 sunt remunerate în regim de plată cu ora.* Legiuitorul folosește subiectul exprimat prin substantivul „*activități*”⁶ articulat cu articolul hotărât „-le” (fapt ce denotă cunoașterea de către acesta lato sensu a substantivului respectiv) și predicatul nominal „*sunt remunerate*” format din verbul semiauxiliar copulativ „*sunt*” urmat de numele predicativ exprimat prin adjectiv propriu-zis simplu variabil „*remunerate*” acordat în gen și număr cu subiectul propoziției. Așadar, din interpretarea gramaticală și logică *per a contrario* a textului legal supus atenției (art.288 alin.1) rezultă în mod evident că

1. activitățile didactice care excedează unei norme didactice sunt remunerate (pentru că altfel legiuitorul ar fi folosit sintagma „*pot fi remunerate*”),
2. nu există activități didactice neremunerate (acest fapt decurgând din interpretarea *per a contrario* a aceluiași text, întrucât norma didactică este remunerată în cadrul contractului de muncă încheiat de personalul titular cu unitatea de învățământ), cu alte cuvinte personalul titular la care face referire legea nu poate desfășura activități didactice gratuit, dispozițiile legale arătând cum se face, în concret, plata a ceea ce excede o normă didactică, și
3. nu se pot plăti în regim de plata cu ora personalului titular un număr de ore care să depășească norma didactică minimă.

Constatăm așadar că prevederile art.288 alin.(1) perpetuează art.93 alin.(4) din Legea nr.128/1997 la care am făcut referire mai sus.

După o primă vedere (ale cărei scurte concluzii le-am tras în paragraful anterior), la un nivel de interpretare mai profund, textul legal arătat, art.288 alin.(1) și (3) coroborat cu art.287 din Legea nr.1/2011, impune o restricție legală *personalului titular iar nu doar personalului didactic sau de cercetare titular*.

La o cercetare mai atentă a dispozițiilor în atenție vom observa o serie de inconsistențe și imprecizii care ar putea face inaplicabilă norma juridică avută în vedere sau oricum ar putea împieta asupra corectei sale receptări și interpretări. Mai precis, dispozițiile art.288 alin.(1) și (3) fac trimitere la noțiuni insuficient explicitate în text precum *personal titular, instituția, alte instituții de învățământ superior sau de cercetare*.

În ce privește noțiunea de personal titular, dat fiind că art.288 face parte din secțiunea *Statutul personalului didactic și de cercetare din învățământul superior* a capitolului II din Legea nr.1/2011 și raportându-ne și la constanta utilizare de către legiuitor în cuprinsul acestei secțiuni a noțiunii de personal didactic sau de cercetare, am putea foarte ușor concluziona că sintagma la care ne referim este o simplă scăpare a legiuitorului, fiind omisă adăugarea atributului „*didactic*” între ceilalți doi termeni. Astfel, prin „personal titular” din ipoteza art.288 alin.(1) ar trebui să înțelegem personal didactic sau de cercetare titular. În combaterea acestei interpretări vine însă dubla utilizare a sintagmei personal titular în cuprinsul art.288 alin.(1) (la care am făcut deja referire) dar și în cuprinsul alin.(3) al aceluiași articol ceea ce denotă o consecvență a legiuitorului și o precizie a exprimării care exclude o greșeală mai ales fiind vorba de reglementarea regimului juridic al activităților care exced o normă didactică (așa cum este prevăzută la art.287). O atare perspectivă ar lua așadar în considerare că dorința creatorului de act normativ a fost extinderea sferei de aplicare a reglementării activităților care exced o normă didactică și la alte categorii de personal decât cel didactic sau de cercetare, mai precis la întreg personalul titular.

În acest moment al discuției se ridică problema raportării noțiunii de personal titular la cea de personal didactic (ultima conținând, după cum se va arăta în cele ce urmează, personal didactic propriu-zis și personal didactic auxiliar).

Așa cum s-a precizat, nicăieri în cuprinsul legii nu mai regăsim sintagma de personal titular ca atare astfel încât pentru a determina sfera de aplicare a aceste noțiuni va trebui să recurgem la dispozițiile art.127 din lege care definește la alin.(1) comunitatea universitară ca fiind „constituită din studenți, personal didactic și de cercetare și personal didactic și de cercetare auxiliar”⁷. Pentru simplitatea exprimării ne vom referi în continuare doar la personalul didactic urmând a se înțelege prin acesta implicit și personalul de cercetare; doar acolo unde va fi necesar se va face diferențierea clară între aceste două categorii de personal.

Prin personal didactic, în sensul legii, „(...)se înțelege personalul care deține, în mod legal, unul dintre titlurile universitare (...) prevăzute de prezenta lege, care aparține unei instituții de învățământ superior și care desfășoară activități didactice (...)”⁸. Fără a intra în detalii, nefiind locul pentru acestea, remarcăm cu interes folosirea încă unei noțiuni pe care nu o regăsim explicitată în textul legal, „aparține” atunci când se face vorbire despre personalul didactic. Cu alte cuvinte ne punem întrebarea, din punctul nostru de vedere justificată, ce înseamnă apartenența și care este sfera ei de aplicare?

În continuare, legea clasifică personalul didactic dintr-o instituție de învățământ în titular și asociat: „Prin personal didactic titular se înțelege personalul didactic care ocupă o funcție didactică într-o universitate, obținută prin concurs, pe o perioadă nedeterminată, în condițiile legii. Salariatul optează unde are funcția de bază. Personal didactic titular este și personalul didactic care beneficiază de rezervare de post, în condițiile legii. Cadrele didactice și de cercetare angajate pe perioadă determinată au statut de cadru didactic și de cercetare asociat.”⁹ Principala diferență¹⁰ dintre un titular și un asociat o reprezintă durata contractului individual de muncă dintre ocupantul postului didactic din organigrama instituției și angajator; mai precis titularul este încadrat pe durată nedeterminată în vreme ce asociatul este încadrat pe durată determinată¹¹.

Remarcăm o situație de excepție care decurge din interpretarea art.291 alin.(1) și (2) conform căreia ar putea exista personal didactic cu contract individual de muncă încheiat pe durată nedeterminată care nu ar fi nici titular nici asociat. Dăm ca exemplu, situația ipotetică a unui cadru didactic care, la momentul intrării în vigoare a Legii nr.1/2011 are încheiate două sau mai multe contracte de muncă pe durată nedeterminată cu instituții diferite. În conformitate cu prevederile art.291 alin.(1), acesta ar urma să opteze pentru instituția unde are norma de bază devenind prin efectul legii titular la acea instituție de învățământ. Totuși, calitatea de titular

subzistă, în conformitate cu art.291 alin.(2) față de o singură unitate de învățământ față de celelalte acesta căpătând automat calitatea de asociat, fapt pentru care concluzionăm că un cadru didactic asociat poate avea un contract de muncă pe durată nedeterminată.

În opinia noastră, întrucât art.288 alin.(1) și (3) se referă la personal titular, iar personalul didactic se clasifică după un prim criteriu în personal didactic titular și personal didactic asociat, este evident că dispozițiile legale sunt inaplicabile cumulului de norme didactice atunci când acesta este realizat de un cadru didactic asociat acesta neavând calitatea de titular și, implicit, nefăcând parte din categoria personalului titular.

O a doua clasificare la nivelul personalului didactic se face *după nivelul pregătirii profesionale și gradul participării la procesul didactic*, în personal didactic și personal didactic auxiliar¹². Considerăm că se impun scurte observații pe marginea clasificării personalului didactic în personal didactic propriu zis și ajutor (în instituțiile de învățământ superior întrucât dispozițiile referitoare la cumulul de norme didactice sunt aplicabile personalului titular corespunzător lor) față de insuficienta explicitare în textul legal a acestei diferențieri, în opinia noastră, foarte importantă. Astfel, atât anterior Legii nr.1/2011, cât și în prezent, funcțiile didactice auxiliare erau foarte clar explicitate cel puțin în ce privește învățământul preuniversitar, iar ministerului educației îi revenea sarcina de a organiza și actualiza funcțiile didactice auxiliare.

În ce privește personalul didactic auxiliar din învățământul superior, dispozițiile Legii nr.1/2011 par să ocolească stabilirea unui regim juridic derogatoriu complet de la prevederile dreptului comun, Legea nr.53/2003, Codul Muncii, modificată și completată. Astfel, raportându-se la explicitarea clară a funcțiilor didactice auxiliare, legea educației naționale se limitează la a defini comunitatea universitară și funcțiile didactice iar nu funcțiile didactice auxiliare. Această atitudine a legiuitorului ar putea fi explicată prin apariția Legii nr.284/2010 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice¹³ care în cuprinsul Anexei II intitulată *Familia Ocupațională de funcții bugetare „Învățământ”* enumeră toate funcțiile didactice auxiliare din sistemul educațional românesc¹⁴. Dincolo de unele observații pe care le-am face legat de necuprinderea unor funcții din universități în cadrul sistemului de funcții didactice auxiliare, cu toate consecințele care decurg din acest fapt (e.g. nerecunoaștere vechime didactică), considerăm că, în ce privește personalul didactic auxiliar (la care face referire legea educației naționale ca fiind inclus în personalul didactic al instituției de învățământ și în comunitatea universitară), acesta este enumerat exhaustiv și limitativ în cuprinsul Anexei II la Legea nr.284/2010¹⁵. În consecință, acolo unde legea educației naționale va trimite la noțiunea de personal didactic vom înțelege clasificarea acestuia în propriu-zis și auxiliar unde cel propriu-zis este definit de dispozițiile legale citate mai sus din Legea nr.1/2011 iar cel auxiliar este indicat de Legea nr.284/2010.

O a doua problemă care se pune este regimul juridic al personalului didactic auxiliar din învățământul superior față de necuprinderea unor prevederi în acest sens în cuprinsul secțiunii corespunzătoare¹⁶ din Legea nr.1/2011. De altfel constatăm neconsecvența legiuitorului în ce privește utilizarea noțiunilor de personal didactic, cadru didactic, personal din învățământ, ș.a.¹⁷ Suntem de părere că legiuitorul s-a referit în mod constant la personalul didactic propriu-zis chiar atunci când a folosit termenul de personal titular. Prevederi legale care să guverneze, special, personalul didactic auxiliar în învățământul superior, se găsesc dispart în cuprinsul Legii nr.1/2011 și dăm aici ca exemplu: art.286 alin.(9), art.287 alin.(20)¹⁸, art.291 alin.(2), art.315¹⁹. În aceste condiții considerăm că legea care guvernează personalul didactic auxiliar este în fapt Legea nr.53/2003, modificată și completată, și Carta Universitară, doar acolo unde se face referire expres la personal didactic auxiliar din învățământul superior în Legea nr.1/2011 urmând a se aplica cu prioritate prevederile acestei legi speciale. Bineînțeles că s-ar putea argumenta că există mult mai multe prevederi legale care să se refere la personalul didactic auxiliar din învățământul superior acestea rezultând numai dacă privim prin analogie cu cele care guvernează personalul didactic auxiliar din învățământul preuniversitar. Totuși, o asemenea susținere este, în opinia noastră, neîntemeiată întrucât considerăm ca dacă legiuitorul ar fi dorit, ar fi precizat expres în acest sens. Lipsa manifestării directe este, pentru noi, semnul că trebuie aplicate prevederile dreptului comun, ținând seama de faptul că *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

În ce privește caracterul de „titular” atribuit personalului la care se face referire de art.288 alin.(1) și (3) suntem de părere că trebuie avute în vedere dispozițiile legale sus citate referitoare la clasificarea personalului didactic pe care am preferat să-l denumim propriu-zis spre a-l delimita de cel auxiliar sau ajutător.

Revenind la discuția referitoare la raportul dintre personalul titular și personalul didactic, față de regula potrivit căreia *actus interpretandus est potius ut pereat quam ut valeat*, și întrucât am semnalat anterior inconsecvențe și neclarități în ce privește utilizarea diferitelor noțiuni de personal, ne vedem nevoiți să constatăm că deși exprimarea propriu-zisă este de personal titular iar aparent sfera de aplicare ar fi și personalul didactic titular și personalul didactic auxiliar, nu se poate concepe aplicarea regimului cumulului decât față de personalul didactic titular. Subliniem că, în opinia noastră, nu se poate vorbi despre personal didactic auxiliar titular deși aceasta este prima impresia pe care ne-o lasă formularea generică „personal titular” (având în vedere că, logic, împărțirea legală a personalului didactic din cadrul comunității universitare, așa cum este aceasta definită de dispozițiile Legii nr.1/2011, trimite la personalul didactic și la personalul didactic auxiliar titular).

Așadar, referitor la personalul didactic titular, așa cum am precizat mai sus, calitatea de titular este condiționată de încadrarea în funcția didactică cu contract individual de muncă pe durată determinată. Pe de altă parte, conform art.291 alin.(4), *„calitatea de titular există numai în raport cu o singură instituție de învățământ superior sau cu o singură instituție de cercetare-dezvoltare; când un cadru didactic desfășoară activități didactice sau de cercetare științifică în mai multe instituții de învățământ superior ori de cercetare-dezvoltare, calitatea de titular poate fi numai la una dintre ele, iar în celelalte, calitatea este de cadru didactic sau de cercetător asociat. Instituția de învățământ superior în care cadrul didactic este titular are obligația de a păstra și de a gestiona, potrivit legii, cartea de muncă sau registrul angajaților, cu specificația calității de titular.”* În aceste condiții remarcăm că, în conformitate cu prevederile art.291, cadrele didactice care ocupau funcții didactice, obținute urmare a unui concurs, pentru perioadă nedeterminată, în diferite instituții de învățământ, trebuiau să opteze pentru funcția de bază și calitatea de titular. În acest sens remarcăm că Legea nr.1/2011, ca reglementare cu caracter special în materia educației și formării profesionale, instituie o limitare în ce privește cumulul de funcții la același angajator care în condițiile art.35 alin.(1) din Legea nr.53/2003, modificată și completată este permis.²⁰ În acest sens reiterăm prevederile art.5 alin.(1) din Legea nr.1/2011 conform căruia: *„În domeniul educației și al formării profesionale prin sistemul național de învățământ, dispozițiile prezentei legi prevalează asupra oricăror prevederi din alte acte normative. În caz de conflict între acestea se aplică dispozițiile prezentei legi.”*

Se pune problema, în noul cadru legal, dacă pot exista, față de clasificarea în titular și asociat (în ce privește personalul didactic propriu-zis), dublete de genul titular-asociat, numai titular sau numai asociat. Dacă primele două situații sunt evident posibile, ele fiind de altfel reglementate și menționate în cuprinsul dispozițiilor legale, cea din urmă suscită nevoia de lămuriri. Astfel, este clar că dacă un cadru didactic are raporturi de muncă cu mai multe instituții de învățământ superior el este titular numai în raport de una dintre ele iar față de celelalte este asociat. Acesta este exemplul clar al dubletului calităților de titular-asociat întrunite în aceeași persoană. La fel de clar este și exemplul cadrului didactic care desfășoară activități didactice la o singură instituție de învățământ superior în baza unui contract de muncă pe durată nedeterminată acesta fiind numai titular. Există situații în care un cadru didactic este numai asociat? Răspunsul la această întrebare este important din prisma ipotezei art.288 alin.(1) și (3) întrucât în opinia noastră dispozițiile referitoare la cumul nu sunt aplicabile personalului didactic propriu-zis asociat. Astfel, am arătat mai sus atunci când am făcut vorbire despre clasificarea în titular și asociat a personalului didactic²¹ că studenții doctoranzi sunt încadrați în IOSUD cu contract de muncă pe

durată determinată de maximum 5 ani, prin excepție de la durata tip din Legea nr.1/2011 de 3 ani. Având în vedere că, în conformitate cu art.292 alin.(2), dobândirea calității de titular este condiționată de dobândirea titlului științific de doctor, rezultă că studentul doctorand nu poate avea decât calitatea de asociat indiferent la câte instituții de învățământ superior ar desfășura activități didactice. Suntem de părere că, așa cum am precizat când am explicat necesitatea raportării noțiunii de personal titular la cea de personal didactic, studentului-doctorand nu îi sunt aplicabile dispozițiile în materia cumulului de norme didactice acesta neavând calitate de titular ci de asociat.

O altă situație în care cadrul didactic este numai asociat o regăsim în ipoteza cadrelor didactice pensionate, conform art.288 alin.(3) din Legea nr.1/2011, cu care Senatul universitar poate decide continuarea colaborării prin contract de muncă pe durată determinată pe un an cu posibilitatea de prelungire.

Desigur că, odată ce am descoperit limitele restrângerii activității didactice a personalului titular, putem să facem scurte aprecieri legate de scopul pe care legiuitorul l-a avut în vedere atunci când a conceput reglementarea ca atare. Așadar, de ce numai o singură normă didactică peste cea pe care o prestează ca titular, poate fi plătită în regim plata cu ora? De ce nu două sau trei sau mai multe?

O primă ipoteză ar putea fi socotită „tradiția” unei asemenea reglementări, având în vedere prezența unor dispoziții asemănătoare celor care fac obiectul studiului de față în statutul anterior al cadrelor didactice, Legea nr.128/1997²² și în Legea nr.88/1993²³ dar nu și în reglementarea anterioară acestora, Legea nr.6/1969²⁴ privind Statutul personalului didactic din Republica Socialistă România.

O a doua ipoteză ar putea fi imposibilitatea practică a unui cadru didactic de a susține mai mult de două norme didactice și de a furniza în același timp un învățământ de calitate (anticipăm ipoteza deciziei Curții Constituționale la care vom face referire) lucru care nu pare a fi fundamentat teoretic și practic.

O a treia ipoteză, provenind dintr-o interpretare teleologică a normei, ar putea fi decizia legiuitorului de a stopa practica unor cadre didactice care profitând de numele/renumele câștigat în lumea științifică și/sau de relațiile mai mult sau mai puțin principiale cu conducerea unor universități de stat sau particulare efectuau activități didactice doar pe hârtie și cu numele fiind în schimb remunerate. Ca atare, o asemenea inițiativă poate fi considerată drept o încercare de a stopa aceste practici generatoare de inechitate socială dar și de nemulțumire publică. Suntem totuși sceptici în ce privește această din urmă interpretare și considerăm că prezența acestei reglementări se datorează inerției legislative și este ulterior justificată prin sintagma „promovarea unui învățământ de calitate”.

În ce privește așadar această „tradiție” legislativă, arătăm că dispozițiile art.93 alin.(4) din Legea nr.128/1997 au fost declarate neconstituționale. Astfel, prin Decizia nr.30/1998²⁵ Curtea Constituțională a României a soluționat excepția de neconstituționalitate a art.93 alin.(4) din Legea nr.128/1997 invocată de Beleiu Gheorghe în dosarul nr.16.960/1997 al Judecătorei Sectorului 1 București.

Din cuprinsul acestei decizii desprindem că s-a constatat de către Curtea Constituțională că „*prin acțiunea formulată, Beleiu Gheorghe a chemat în judecată Universitatea Independentă "Titu Maiorescu", solicitând instanței obligarea pârâtei la respectarea convenției didactice încheiate între părți. În motivarea cererii reclamantul a arătat că pârâta, prin Adresa nr. 219 din 1 septembrie 1997, i-a comunicat că, începând cu luna octombrie 1997, înțelege să rezilieze convenția intervenită, deoarece dispozițiile art.93 alin.(4) din Legea nr.128/1997 privind Statutul personalului didactic nu permit continuarea acestei colaborări. La termenul de judecată din data de 18 septembrie 1997 reclamantul a invocat excepția de neconstituționalitate a prevederilor art.93 alin.(4) din Legea nr.128/1997, susținând, în esență, că ele sunt contrare art.38 alin.(1) din Constituție, potrivit căruia dreptul la muncă nu poate fi îngrădit, iar restrângerea unor drepturi nu este posibilă decât în cazurile limitative prevăzute la art.49 din Constituție. Mai arată că dispozițiile contestate sunt contrare art.20 din Constituție, deoarece încalcă art.6 pct.1 din Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale, la care țara noastră este parte.*”²⁶

În contradictoriu cu autorul excepției de neconstituționalitate, Guvernul României în punctul său de vedere a apreciat că excepția de neconstituționalitate este neîntemeiată, deoarece prin textul criticat (art.93 alin.(4) din Legea nr.128/1997), „*pornind de la norma didactică (...) și pentru asigurarea unui învățământ superior de calitate*”, a fost limitat cumulul cadrelor didactice universitare la cel mult două norme didactice. Se opinează, de asemenea, că nu sunt încălcate prevederile art.20 din Constituție și nici cele din pactele și acordurile internaționale privind dreptul la muncă. Se apreciază că nu sunt încălcate nici prevederile art.38 din Constituție, care prevăd ca alegerea profesiei și a locului de muncă sunt libere, și nici ale art.49 din Constituție, pentru că limitarea a fost instituită prin lege și fără încălcarea dreptului la muncă, în vederea asigurării unui învățământ de calitate.”²⁷

II. Așa cum am anticipat în cuprinsul prezentului studiu la momentul scurtei discuții referitoare la originile restrângerii cumulului de norme didactice una dintre justificările introducerii limitării la care ne raportăm este necesitatea „asigurării unui învățământ de calitate”. Curtea Constituțională a apreciat însă că o astfel de justificare nu poate fi admisă iar o limitare în acest sens nu poate fi acceptată întrucât sunt încălcate prevederile Constituției României și cele ale pactelor, tratatelor și convențiilor internaționale la care țara noastră este parte.

Astfel, Curtea Constituțională a reținut că art.38 alin.(1) din Constituție (forma în vigoare la momentul ridicării excepției de neconstituționalitate prin decizia nr.30/1998 inițială²⁸) prevede că "*Dreptul la muncă nu poate fi îngrădit. Alegerea profesiei și alegerea locului de munca sunt libere*" și în același sens sunt și dispozițiile art.6 pct.1 din Pactul internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale, ratificat de România prin Decretul nr.212/1974, potrivit căruia "*... dreptul la muncă cuprinde dreptul pe care îl are orice persoană de a obține posibilitatea să-și câștige existentă printr-o muncă liber-aleasă sau acceptată*", iar statele au obligația garantării acestui drept. Prin urmare, dispozițiile art.93 alin.(4) din Legea nr.128/1997, limitând activitatea cadrelor didactice la cel mult două norme, contravin dispozițiilor constituționale citate.

În plus, Curtea Constituțională a mai reținut și că textul criticat încalcă și dispozițiile art.49²⁹ din legea fundamentală (forma în vigoare la momentul ridicării excepției de neconstituționalitate prin Decizia nr.30/1998 inițială³⁰), care reglementează expres și limitativ în ce cazuri exercițiul unor drepturi sau libertăți poate fi îngrădit. Or, nici unul dintre aceste cazuri nu motivează restricția instituită prin art.93 alin.(4) din Legea nr.128/1997. Pe de altă parte, instanța constituțională a mai considerat că prin restricția impusă s-a adus atingere și principiului autonomiei universitare, instituit prin art.32 alin.(6) din Constituție (forma în vigoare la momentul ridicării excepției de neconstituționalitate prin decizia nr.30/1998 inițială³¹), deoarece interdicția angajării de cadre universitare, în condițiile art.93 alin.(4) din Legea nr.128/1997, afectează desfășurarea procesului de învățământ în instituțiile de învățământ superior de stat sau private, care funcționează legal.

Mai mult, ținând cont de prevederile art.16 alin.(1) din Constituție (forma în vigoare la momentul ridicării excepției de neconstituționalitate prin decizia nr.30/1998 inițială³²) Curtea Constituțională a statuat că îngrădirea instituită de art.93 alin.(4) contravine și principiului egalității cetățenilor în fața legii, deoarece cadrele universitare ar fi astfel într-o situație de inferioritate față de alte categorii de salariați care pot presta activități prin cumul și pentru care nu exista restricții.

Concluzionând, punctul de vedere al Guvernului de la acel moment conform căruia limitarea activității cadrelor didactice la un număr redus de norme didactice, pe motiv ca astfel se poate asigura un învățământ de calitate, nu poate fi reținută, deoarece nu numărul de norme conferă, prin el însuși, calitatea prestației unui cadru didactic universitar, ci calificarea profesională, experiența didactică și seriozitatea cu care fiecare profesor își realizează menirea, așa cum a reținut și Curtea Constituțională care de altfel s-a pronunțat în acest sens și prin Decizia nr.114/1994³³, constatând ca art.32 din Legea nr.88/1993, care prevedea o restricție asemănătoare,

este neconstituțional. În considerarea celor stabilite și în deplină concordanță cu cele afirmate mai sus în prezentul studiu referitor la tehnica legislativă utilizată, Curtea Constituțională mai remarcă și că „cum, potrivit art.145 alin.(2) din Constituție, deciziile Curții Constituționale sunt obligatorii, la elaborarea și adoptarea Legii nr.128/1997 ar fi fost necesar să se aibă în vedere decizia mai sus citată.”³⁴

Totuși, în prezent, Curtea Constituțională își contrazice propria jurisprudență și adoptă punctul de vedere al Guvernului, rămas neschimbat (așa cum a fost el exprimat în fața Curții Constituționale la momentul pronunțării Deciziei nr.30/1998), după cum reiese din considerentele Deciziei nr.1090/2011:

„(...) În ceea ce privește critica potrivit căreia autonomia universitară este încălcată și datorită limitării volumului activităților didactice remunerate la cel mult două norme, în cazul universităților particulare (care, în viziunea autorului excepției de neconstituționalitate, ar trebui să aibă dreptul să își stabilească liber numărul de cadre didactice și modul de remunerare al acestora, datorită faptului că se autofințează), Curtea constată că și aceasta este neîntemeiată întrucât, pe de o parte, universitățile particulare au libertatea stabilirii cuantumului salariului, iar pe de altă parte, limitarea volumului activităților didactice care pot fi efectuate, indiferent dacă acestea sunt remunerate sau nu, este de natură a determina cadrele didactice să se dedice într-o mai mare măsură cercetării științifice și activităților didactice, în scopul creșterii calității actului de educație în instituțiile de învățământ superior.

Dispozițiile art.288 alin.(1) reflectă preocuparea legiuitorului pentru asigurarea unor standarde de calitate în învățământul superior, acesta luând în considerare și numărul de ore reprezentat de cel mult două norme, pe care pe care îl poate efectua un cadru didactic universitar. (...)”³⁵

După cum se poate observa, rolurile s-au inversat. De această dată, deși textul legal supus controlului de constituționalitate, este, în esență, același, Curtea devine promotoarea ideii fără fundament de preocupare a legiuitorului pentru asigurarea unor standarde de calitate în învățământul superior, lucru care nu se poate realiza decât prin reducerea numărului de ore care le face pe cadrele didactice să se dedice într-o mai mare măsură actului educațional. Autorul excepției de neconstituționalitate a susținut doar că: „prevederile legale criticate contravin dispozițiilor constituționale cuprinse în art.4 privind unitatea poporului și egalitatea între cetățeni, art.16 privind egalitatea în drepturi, art.20 referitor la tratatele internaționale privind drepturile omului, art.32 alin.(5) și (6) privind formele de învățământ și autonomia universitară, art.45 privind libertatea economică, precum și dispozițiilor art.21 privind nediscriminarea din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene.”³⁶

Așa cum am arătat la începutul prezentului studiu atunci când am făcut discuție despre punctele de vedere referitoare la remunerarea sau nu a activităților didactice care depășesc două norme didactice, Curtea Constituțională s-a dovedit

sustinătoarea ipotezei că activitățile didactice care excedează o normă didactică pot fi remunerate deși textul legal este imperativ. Cu toate acestea, în loc să continue pe raționamentul că nu există o limitare a dreptului la muncă per se ci de fapt o limitare a posibilității de a fi retribuit pentru cantitatea de muncă care depășește un anumit prag, Curtea s-a întors cu 360⁰ și a adoptat punctul de vedere că o astfel de normă legală ar încuraja creșterea calității actului educațional, lucru cu care nu putem fi de acord.

Curtea ar fi putut foarte bine să meargă pe ideea că, față de reglementările anterioare, este vizibilă o schimbare de abordare în sensul că este limitată remunerarea cumulului de norme iar nu cumulul în sine. Orice decizie ar fi luat Curtea Constituțională din acest moment ar fi fost acoperită și de jurisprudența sa anterioară. Apoi, din moment ce sesizarea se baza pe ideea de limitare a dreptului la muncă, și era clar că dreptul la muncă nu era limitat, Curtea ar fi putut foarte ușor să respingă excepția ca fiind inadmisibilă în raport de faptul că privește probleme de interpretare lucru ce îi excede competența atribuită prin Legea nr.47/1992.

Constatăm cu tristețe că factorul politic preia din nou inițiativa lăsând rațiunea juridică într-un con de umbră și interpretând după bunu-i plac normele legale imperative în sens dispozitiv. Altfel nu ne putem explica interpretarea dată de Curtea Constituțională prevederilor art.288 alin.(1) din Legea nr.1/2011 („limitarea volumului activităților didactice care pot fi efectuate, *indiferent dacă acestea sunt remunerate sau nu*”).

III. Concluzii

Cumulul de norme didactice, așa cum este el reglementat, prezintă în continuare deficiențe și neajunsuri, limitându-ne la a puncta, dintre acestea, pe cel mai important, în opinia noastră, posibila neconstituționalitate a acestor reglementări în raport de prevederile Constituției României și de pactele internaționale la care România este parte și care consacră egalitatea în drepturi a cetățenilor și libertatea muncii. Față de prezentele dispoziții legale cadrele didactice apar serios dezavantajate în raport de alte categorii de salariați.

Faptul că unui cadru didactic nu i se permite să desfășoare activități didactice care să excedă norma didactică minimă, indiferent de tabăra în care ne-am situa legat de remunerarea sau nu a acestora, ar putea cauza o regândire, la nivelul universităților, a managementului programelor de studii și la o redimensionare a statelor didactice. Dispozițiile legale actuale ar putea cauza și o contractare a programelor didactice în general întrucât, până în prezent, exista „forța de muncă”

relativ suficientă care să satisfacă nevoile „pieței didactice”. Cu alte cuvinte, prevederile legale actuale referitoare la cumulul de activități, în conjuncție cu celelalte reglementări din domeniul educației la frânarea învățământului superior românesc, cel puțin până la adaptarea sistemului.

Detaliind, arătăm că, întrucât pentru un cadru didactic prestarea de activități didactice care să excedă nivelul impus de art.288 din Legea nr.1/2011, ar fi, la nivel motivațional, lipsită de factorul pecuniar, nevoia de cadre didactice s-ar putea și mai mult acutiza. Am pornit de la premisa că nevoia de cadre didactice este acută întrucât, în prezent, intrarea în sistem a celor doritori este practic imposibilă, fiind nevoie fie de titlul de doctor, fie de aprecierea calităților lor de specialiști de către Senatele universitare. Or, dobândirea titlului de doctor este în prezent guvernată de Codul Studiilor de Doctorat³⁷ și de prevederile Legii nr.1/2011, acte normative care înăspresc per ansamblu admiterea și parcurgerea ciclului doctoral iar despre recunoașterea ca specialist de către senatele universitare nu putem vorbi ca o practică suficientă pentru echilibrarea balanței.

În aceste condiții considerăm că într-o perioadă relativ scurtă de timp universitățile vor trebui să ia în calcul nesustenabilitatea unor programe didactice întrucât nu au personal suficient pentru asigurarea activităților acestuia. Pe termen lung, este posibil ca, după această gripă inițială a sistemului, porțile să fie larg deschise celor care, posesori ai unui titlu de doctor, își doresc să profeseze în învățământ, deoarece cadrele didactice vechi netentate de lipsa factorului material vor fi lăsat calea liberă acestora. Acest lucru nu ar putea decât să crească calitatea învățământului românesc care s-ar baza din ce în ce mai mult pe concurența și competența dintre cadrele didactice de pe urma cărora ar beneficia studentul și finalmente societatea românească.

Suntem totuși sceptici în ce privește asemenea concluzii, urmări ori prognoze, reiterând că, în ce ne privește, ele sunt rodul unei aprecieri subiective și nefundamentate pe studii, sondaje și alte asemenea date care în mod cert s-au aflat la dispoziția experților Ministerului Educației, Cercetării, Tineretului și Sportului la momentul elaborării actelor normative susmenționate.

Presă vremii abundă în subiecte care aduc atingere gravă demnității și prestigiului profesiei de cadru didactic, iar percepția opiniei publice este, relativă la învățământul didactic superior, de fabrici de diplome, de nepotism și de profit fără scrupule. Problema învățământului românesc, în ansamblul său este una endemică și este departe de noi gândul că vom putea măcar să răcâim suprafața acesteia. Așadar, stoparea posibilității ca unele cadre didactice, profitând de numele/renumele câștigat în lumea științifică și/sau de relațiile mai mult sau mai puțin principiale cu conducerea unor universități de stat sau particulare, să efectueze activități didactice doar pe hârtie

și cu numele fiind în schimb remunerate în detrimentul unor tineri asistenți sau lectori universitari care duc „greul” în sălile de curs și de seminarii, ar putea îmbunătăți într-o oarecare măsură percepția societății civile relativă la învățământul universitar.

Revenind la subiectul prezentului de studiu, concluzionăm că regimul actual al cumulului de norme didactice este:

- cel puțin susceptibil de îmbunătățiri (precum adăugarea de „didactic” în sintagma „personal titular”, explicitarea în text a sferei de aplicare a dispozițiilor legale studiate ori chiar, în ultimă instanță, înlăturarea oricăror dubii referitoare la plata sau nu a activităților didactice care excedează o normă didactică, etc.).
- și cel mult neconstituțional, nefiind exclusă o întoarcere a Curții Constituționale „la origini” sesizată fiind cu o asemenea excepție într-un alt context politic.

¹ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 18 din 10 ianuarie 2011.

* Adrian BĂNCILĂ, Doctorand la Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”, adrianbancila@gmail.com. *Opiniile expuse în cuprinsul prezentului nu reprezintă punctul de vedere oficial al Academiei de Poliție „Alexandru Ioan Cuza” și nu angajează cu nimic răspunderea juridică a acestei instituții.*

² Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 767 din 31 octombrie 2003.

³ A se vedea în acest sens *Decizia Curții Constituționale nr.1.557 din 18 noiembrie 2009, asupra obiecției de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii educației naționale*, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.40 din 19 ianuarie 2010, *Decizia Curții Constituționale nr.1.431 din 3 noiembrie 2010 asupra cererii de soluționare a conflictului juridic de natură constituțională dintre Parlamentul României și Guvern, formulată de Președintele Senatului*, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.758 din 12 noiembrie 2010, *Decizia Curții Constituționale nr.1525 din 24 noiembrie 2010 asupra conflictului juridic de natură constituțională dintre Guvernul României, pe de o parte, și Parlamentul României alcătuit din Camera Deputaților și Senat, pe de altă parte*, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 818 din 7 decembrie 2010, *Decizia Curții Constituționale nr.1 din 4 ianuarie 2011 asupra sesizării de neconstituționalitate a Legii educației naționale*, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.135 din 23 februarie 2011, *Decizia Curții Constituționale nr.2 din 4 ianuarie 2011 referitoare la obiecția de neconstituționalitate privind Legea educației naționale, în ansamblul său, precum și, în special, art.45 alin.(5), (6), (7) și (9), art.46 alin.(2), art.121, art.125 alin.(1) lit.a), b) și c), art.125 alin.(2), art.128 alin.(5), art.132 alin.(5), art.212 alin.(3), art.215 alin.(1), (3) și (4), precum și art.361 alin.(2) din lege*, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.136 din 23.02.2011.

⁴ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.158 din 16 iulie 1997, abrogată de Legea nr.1/2011 a educației naționale.

- ⁵ Remarcată și de Curtea Constituțională în *Decizia nr.1.090 din 14 iulie 2011 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art.121, art.124, art.125, art.128 alin.(5), art.207 alin.(1), art.209, art.215 alin.(1), art.288 alin.(1), precum și ale art.289 alin.(1) și (2) din Legea educației naționale nr.1/2011*, publicată în Monitorul Oficial Partea I nr.807 din 15 noiembrie 2011.
- ⁶ *Activitate, activități*, s. f. Ansamblu de acte fizice, intelectuale și morale făcute în scopul obținerii unui anumit rezultat; folosire sistematică a forțelor proprii într-un anumit domeniu, participare activă și conștientă la ceva; muncă, ocupație, îndeletnicire, lucru. Din fr. activité, lat. activitas, -atis. <http://dexonline.ro/definitie/activitate>.
- ⁷ Art.128 alin.(1) din Legea nr.1/2011.
- ⁸ Art.291 alin.(1) din Legea nr.1/2011.
- ⁹ Art.291 alin.(3) din Legea nr.1/2011.
- ¹⁰ Idem, alin.(2), teza I - criteriul folosit pentru diferențierea cadrelor didactice titulare de cele asociate este „*natura relațiilor de muncă*”.
- ¹¹ Pentru durata contractului individual de muncă în situația cadrelor didactice asociate a se vedea art.294 din lege, în special alin.(3) și (4), și art.158-171 din Legea nr.1/2011.
- ¹² Art.291 alin.(2) teza a 2-a din Legea nr.1/2011.
- ¹³ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.877/2010.
- ¹⁴ Pentru funcțiile didactice auxiliare a se vedea Capitolul I, lit.A, pct.3 și pct.6.
- ¹⁵ Desigur nu este exclusă posibilitatea ca alte funcții didactice auxiliare să fi fost stabilite prin alte acte normative. O atare ipoteză este reglementată de art.15 lit.B a Capitolul I al Anexei nr.II la Legea nr.284/2010.
- ¹⁶ Capitolul II „*Statutul personalului didactic și de cercetare din învățământul superior*”, art.285 și următoarele.
- ¹⁷ Spre exemplu, art.304 din Legea nr.1/2011.
- ¹⁸ Personalul didactic auxiliar și nedidactic din învățământul superior desfășoară activități specifice stabilite în fișa individuală a postului. În instituțiile de învățământ superior de stat, timpul săptămânal de lucru al acestuia este identic cu cel stabilit pentru personalul cu funcții echivalente din celelalte sectoare bugetare, potrivit legii.
- ¹⁹ Răspunderea patrimonială a personalului didactic, de cercetare și didactic auxiliar se stabilește potrivit legislației muncii. Măsurile pentru recuperarea pagubelor și a prejudiciilor se iau potrivit legislației muncii.
- ²⁰ Orice salariat are dreptul de a munci la angajatori diferiți sau la același angajator, în baza unor contracte individuale de muncă, beneficiind de salariul corespunzător pentru fiecare dintre acestea.
- ²¹ A se vedea supra 10.
- ²² Art. 93 alin. (4) din Legea nr.1/2011.
- ²³ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.307 din 27 decembrie 1993.
- ²⁴ Publicată în Buletinul Oficial nr.33 din 14 martie 1969.
- ²⁵ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.113 din 16 martie 1998.
- ²⁶ A se vedea supra 26.
- ²⁷ Idem.
- ²⁸ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.233 din 21 noiembrie 1991 intrată în vigoare în urma aprobării ei prin referendumul național din 8 decembrie 1991.

²⁹ Art.49 - Restrângerea exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți

(1) Exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea siguranței naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale ori ale unui sinistru deosebit de grav.

(2) Restrângerea trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o și nu poate atinge existența dreptului sau a libertății.

³⁰ A se vedea supra 26.

³¹ A se vedea supra 26.

³² Ibidem.

³³ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.354 din 21 decembrie 1994.

³⁴ A se vedea supra 26.

³⁵ Decizia Curții Constituționale nr.1090/2011.

³⁶ Decizia Curții Constituționale nr.1090/2011.

³⁷ *Hotărârea Guvernului României nr.681/2011 privind aprobarea Codului studiilor universitare de doctorat*, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.551 din 3 august 2011.

THE ENDURANCE OF THE ROMAN TRADITION IN SOUTH AFRICAN LAW¹**Gardiol VAN NIEKERK***

Abstract: *The Roman tradition is visible in all spheres of the complex South African legal system. Although legal pluralism exists as a result of the prevailing cultural pluralism, Roman-Dutch law is regarded as the core of the South African common law. It is not unusual to find direct references to substantive Roman law in the South African Law Reports; or indirect references through the Roman-Dutch institutional writers. Importantly, the scientific framework of Roman-(Dutch) law still directs legal development in South Africa, even in the new Constitutional dispensation. Curiously, although they belong to wholly different families of laws and substantive Roman law was never received in African customary law, the Roman scientific framework and legal rules have commonly been used to explain that law and so to make it intelligible to the “Western” lawyer, thus contributing to the endurance of the Roman tradition in Africa. The Roman tradition has been preserved also in other Southern African countries, because of the prevailing Roman-Dutch tradition inherited from South Africa.*

Keywords: *Roman tradition; Roman law; Roman-Dutch law; African customary law; South African common law; science of Roman law; reception; Southern African countries; foundational principles; jural postulates; South African Constitution;*

1. Introduction

The survival of the Roman tradition in South Africa is detectable in all spheres of her complex legal system. South Africa has a heterogeneous society and legal pluralism exists as a result of the prevailing cultural pluralism. The officially recognised state laws are Roman-Dutch law as influenced by English law, and as adapted and developed through judicial decisions and legislation (this is the general law of the land), as well as African customary law as incorporated into legislation or pronounced in judicial decisions.

Historically, the civilian legal tradition was introduced into the Southern African region during the seventeenth century, when the Dutch imposed Roman-Dutch law on the existing African customary legal systems of the Cape of Good Hope. The indigenous African populations had no desire to receive the imposed

foreign law into their customary laws. Accordingly, there was never a true reception of Roman-Dutch law in South Africa, since “reception” entails a willing acceptance of a foreign legal system. Nevertheless, Roman-Dutch law, with its strong Roman-law component, was officially favoured and became the foundation of the South African common law. The introduction of English law in South Africa, from the late eighteenth century onwards, challenged the primary position of Roman-Dutch law, but could not depose that law. English law blended with the Roman-Dutch law to form a hybrid legal system of which, by and large, its formal law was based on English law and its material law was predominantly civilian.

During the twentieth century, a lively debate developed about what exactly constituted the common law of South Africa (Roman-Dutch or English law?) and about when and how Roman and Roman-Dutch law should be applied.² The emphasis gradually shifted to the continued relevance of Roman-(Dutch) law in a modern (post-1994) Constitutional dispensation, the compatibility of the Roman-Dutch common law with constitutional precepts and the balancing of African customary law and “Western (common) law” in a mixed jurisdiction.

2. The practical application of Roman and Roman-Dutch law

Although the South African common law has its roots in both the Roman (civilian) and English common-law traditions, Roman-Dutch law is the primary or dominant component and in the courts and in academic writing the term “common law” and “Roman-Dutch law” are used interchangeably.³ Thus, in spite of the fact that there was never a willing reception of Roman-Dutch law in South Africa, it is not difficult to detect more than mere traces of the civilian tradition in South African law.

In legal practice and literature, then, the civilian branch of the law has been regarded as the nucleus of the legal system. Roman-Dutch values, precepts and principles form the backdrop against which law reform has to take place, legal materials interpreted and new law generated.⁴ Even after the introduction of the interim Constitution of the Republic of South Africa in 1994 as the supreme law of South Africa, the ethos of regarding Roman-Dutch common law as the foundation of the legal system persisted in the highest courts. The Supreme Court of Appeal⁵ stated that “South African lawyers are required to keep our common law – the Roman-Dutch law – in mind as a background factor in interpreting our legislation” and more recently, the Constitutional Court confirmed the central position of the underlying principles of Roman-Dutch law in legal development.⁶

The Roman tradition found a footing in South Africa through the treatises on Roman-Dutch law and the European *ius commune*. Voet's *Commentarius ad Pandectas*, for example, was used by the *Raad van Justitie* already in the earliest days of the Batavian rule at the Cape in the seventeenth century. In 1793, the *Commentarius*, Grotius's *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd*,⁷ and a large number of the works of other institutional authors were listed in an inventory of the *Raad van Justitie*.⁸ Even though Roman-Dutch law is an amalgam of Roman law and Dutch law, it is commonplace that for South Africa the Dutch institutional writers were the bearers of the Roman tradition. As such, they were largely responsible for its endurance in South Africa and indirect references to Roman law still abound in South African cases through Roman-Dutch authors such as Grotius⁹ and, especially, renowned Dutch humanists such as Bijkershoek and Voet.¹⁰

But the influence of the Roman tradition is not limited to Roman-Dutch law and to indirect references to Roman law. A superficial perusal of judicial pronouncements of South African courts and of academic writing evidences that in many areas of the law, ancient Roman law is still regarded as an original source of South African law and that it is not relied upon only to the extent that it has been adapted by Dutch legal practice and integrated into Roman-Dutch law.¹¹ It is not unusual to find that judges make direct reference to the works of the classical Roman jurists or Justinianic law.¹² Significantly, in 2001, the Supreme Court of Appeal remarked with relation to the *condictio ob turpem causam* that “[w]ithout losing sight of the fact that we live in the year 2001, [we] consider that D 12.5.6 gives us the authority that we need. Sabinus was quite right about the merits of the views of the early jurists. So was Celsus. So was Ulpian, in relying on his predecessors.”¹³

Nevertheless, the rules of Roman-Dutch and Roman law are not regarded as invariable elements of the legal system and, where the need arose, they have been subjected to adaptation to suit the needs of a developed society and to conform to present-day constitutional principles.¹⁴ As a rule, the courts effect changes to the common law only after a thorough consideration of the internal legal history of the relevant rule, but within the context of the external legal history of South Africa.¹⁵ The adaptation of the common law to bring it in line with the Constitution has thus far not threatened the continued existence of the Roman tradition, as the courts' primary objective appears to be the retention or restoration – in the sense of purging it from its apartheid contamination – of Roman-Dutch law and, importantly, as adaptation normally takes place in consonance with a narrow interpretation of the underlying principles of the civilian tradition.¹⁶ This approach resulted in safeguarding the essence of the Roman tradition¹⁷ “almost as if the Constitution never existed” – to the frustration of academics who root for fundamental reform of the legal system unfettered by tradition and within a coherent normative constitutional framework.¹⁸

The continuing academic discourse about the core position of Roman-Dutch law evidences the pivotal role that that system still plays in South African jurisprudence. The courts, generally, do not seem to dwell on academic theorisation in this regard. Roman-Dutch and Roman law are applied as a matter of course, on both a practical level (in the form of substantive norms or rules) and a scientific level (as far as structure, concepts, categories, principles, divisions are concerned). In fact, some modern-day decisions of the High Courts, and especially of the Supreme Court of Appeal, read like Roman-law text analyses.¹⁹ Regular reference to the civilian component of South African law and direct references to Roman law – even if not always to primary sources – and occasionally without tracing any subsequent development in Roman-Dutch law, may also be found in decisions of the Constitutional Court.²⁰

3. Impact of the scientific system of the Roman tradition

Historically, the scientific system of Roman law, including its divisions concepts, maxims and underlying principles, has proved to be more enduring than its actual rules and norms.²¹ This has been evidenced by the continued existence, in varying degrees, of the science of Roman law in countries which never experienced any practical reception of Roman law²² and in Continental legal systems which have been codified.²³ It is therefore not surprising that the science of Roman law has likewise proved to be a fundamental and tenacious aspect of the South African legal system.²⁴

Like its substantive rules, the scientific system of Roman law was established in South Africa through the imposition of Roman-Dutch law. For example, both Grotius's *Inleidinge* and Voet's *Commentarius*,²⁵ mentioned above, were conduits of the scientific structure of Roman law. The *Inleidinge*, the first treatise on Roman-Dutch law as an independent system, was based on Justinian's *Institutes*, utilising the concepts, divisions and principles of Roman law; and, as Van der Linden wrote in the Preface to his Supplement to the *Commentarius*: "[C]ertainly among those who have in this way handed down the science of Roman Law ... none has discharged that function better than the most distinguished man Johannes Voet."²⁶

In fact, it would not be amiss to say that probably the most significant legacy of the old Roman-Dutch jurists was the underlying principles of Roman(-Dutch) law, which have been referred to as the "deeper sources South Africa shares with modern civil law systems"²⁷ and which still serve as framework for the development of the South African legal order.²⁸ Although Roman-Dutch law has been typified as a system of law that integrated "the wisdom of the Roman law

jurists with the idealism of the Dutch scholars”,²⁹ it is clear that its fundamental postulates are predominantly rooted in Roman law, either pure, or as developed in Medieval law schools, by Dutch jurists or by scholars of the European *ius commune*.³⁰

In judicial and administrative decisions as well as in the interpretation of legislation, South African courts intuitively respect these foundational principles and utilise them as starting point for legal reasoning and as framework for developing the law.³¹ Nevertheless, the courts do not see these principles as self-standing rules, but as part of an integrated system of values or postulates of justice which are given expression through the existing rules of law.³² In *Anglo Operations Ltd. v. Sandhurst Estates (Pty.) Ltd.*,³³ the court observed that while the different actions of Roman law were no longer identified by name in Roman-Dutch law, the “underlying principles for the application of each remedy” had endured.

Some familiar examples of Roman postulates of justice that today still guide South African courts in private law include:

- the principle that nobody should be compelled to perform or comply with that which is impossible (*lex non cogit ad impossibilia*), referred to by the South African Constitutional Court as being derived “from the principles of justice and equity which underlie the common law”,³⁴ in the law of obligations this principle was originally expressed by Celsus in *D. 50.17.185: Impossibilium nulla obligatio est*;

- the principle that nobody should be enriched at the expense of another, founded on *D. 12.6.14 (Pomponius libro 21 ad Sabinum : Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem)* and *D. 50.17.206 (Pomponius libro nono ex variis lectionibus: Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem)*;

- the principle that nobody should profit from his or her own bad faith or unlawful actions.³⁵ This principle underlies the law relating to contract, property, delict and representation and finds expression in Roman law maxims such as *ex turpi causa non oritur actio*³⁶ and *in pari delicto potior conditio defendentis*;³⁷ (In the seminal case of *Jajbhay v. Cassim*,³⁸ still relied on today, the court elucidated: “The moral principle which inspired the enunciation of those two maxims is obvious and has often been expounded. It is to discourage illegality and immorality and advance public policy. So much is trite and certain, and our pronouncement of law on the matter before us must be in conformity with that principle.” This postulate restricts the all embracing importance of the subjective will of the parties in the law of contract. Its application, though, may be limited by the demands of public policy. Nevertheless, the courts do not strictly adhere to the principle that nobody should benefit from his own bad faith and exceptions are in fact made where

public policy “sourced in the values of the Constitution, which, in this context, promotes a society based on freedom, equality and dignity and hence care, compassion and respect for all members of the community”³⁹ demands it.)

- the principle that a person “must be able to assume that those who maintain things likely to get out of hand or to escape and do damage will restrain them or keep them within their proper bounds”. This principle, formulated as such by Roscoe Pound,⁴⁰ forms the basis of pauperian liability and its Roman foundation may be found in Justinian’s *Digest D. 9.1.1pr: Ulpianus libro 18 ad edictum: Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit*) and in *Institutes 4.9pr*.

Earlier this year, the Constitutional Court observed with regard to the now defunct remedy for injury to personality rights, the *amende honorable* (which in fact did not originate in Roman law), that it did not propose the reinstatement of the remedy but rather development of the law “in accordance with equitable principles also rooted in Roman Dutch law”.⁴¹ The Court further stated that Roman-Dutch law’s concern with justice and fairness finds tangible expression in the equitable principles and remedies detectable in virtually all aspects of [Roman-Dutch] law.⁴² The fact that in developing the law South African courts often tend to draw on the fundamental postulates of Roman-Dutch law, rather than on the precepts of the Constitution, has met with much criticism.⁴³

Nevertheless, the reliance on the fundamental principles of Roman-Dutch law does not inevitably boil down to a negation of constitutional values. In fact, it appears that the courts nowadays rather use these postulates as “conceptual apparatus”,⁴⁴ but then determine their content with reference to constitutional values. In *Bredenkamp v. Standard Bank of South Africa Ltd.*,⁴⁵ for example, the Court confirmed that the underlying postulate that contracts and transactions should not be against public policy is derived from the common law,⁴⁶ but pointed out that its content should be determined with reference to the constitution. And in *Barkhuizen v. Napier*,⁴⁷ the court held that “[d]etermining the content of public policy was once fraught with difficulties ... [but] since the advent of our constitutional democracy, public policy is now deeply rooted in our Constitution and the values which underlie it”.

4. The civilian tradition in other Southern African countries

The influence of the civilian tradition reaches even further than South Africa. Namibia, Botswana, Lesotho, Swaziland and Zimbabwe, all “inherited” from South Africa the Roman-Dutch law as their common law.⁴⁸

In the late nineteenth century, when Botswana and Lesotho came under its control, Britain imposed on them the “law for the time being in force in the Colony of the Cape of Good Hope” and not English law.⁴⁹ In a similar way, Roman-Dutch law became applicable also in the other Southern African countries mentioned earlier. Lesotho, Botswana, Swaziland and Namibia⁵⁰ were administered as part of South Africa, thus confirming the dominant position of South African law and, with it, Roman-Dutch law. As a result, the Cape played a leading role in legal development in these countries, its position being comparable to that of the province of Holland in the Netherlands during the period of the actual reception of Roman law.

The regard for South African law has endured in these countries and today not only South African case law, but also other legal materials direct legal development in Southern Africa. Decisions of South African superior courts still play a highly persuasive role in spite of the fact that there is no official system of precedent operative amongst these territories.⁵¹ Generally, a noticeable appreciation for the civilian roots of their legal tradition is apparent in legal decisions emanating from this group of countries.

5. African customary law

It is an interesting phenomenon that African customary law, too, is in a way responsible for the endurance of the civilian tradition in Africa, even if in an artificial manner. Although Roman law played no role in its historical development, the Roman scientific structure as well as substantive Roman law was commonly utilised during the nineteenth and earlier parts of the twentieth century as a frame of reference to explain African customary law to the “European/Western” reader.⁵² In that way the Roman structure came to be imposed on the African customary law, and, curiously, in spite of the fact that they belong to completely different families of law, that elements of substantive Roman law are visible in academic versions of African customary law.

Occasionally, nowadays, Southern African courts still utilise Roman legal concepts to elucidate African law, thus keeping knowledge of this ancient law alive in a very pure form.⁵³ For example, recently, in *Lebona and Another v Lebona and Others*,⁵⁴ the Lesotho Supreme Court of Appeal used Roman law to explain the religious significance of burial in the law of Lesotho.

Nevertheless, it is important to bear in mind that the impact of Roman-law rules on the living African customary law has been purely academic. Unlike the early Medieval Germanic customary law, there has not been a reception of Roman law, either indirectly through Roman-Dutch law, or through the Romanisation

of African laws.⁵⁵ Roman law has been utilised merely as a practical academic tool and has not impacted on the actual application of African law at grass-roots level. This is confirmed by the huge divide today, more so than in the past, between the living African customary law and the formal African customary law reduced to writing in codifications, legislation, court decisions and restatements in which African customary law has often been captured with reference to Roman-law concepts.

6 Conclusion

Recently a French professor of legal history, Jean-Louis Halpdrin, observed that “the the reign of Roman concepts is declining”.⁵⁶ Sadly, this is true also in South Africa where there is an overt drive to oust Roman-law and legal-history modules from legal education. This move appears often to be politically motivated, even if shrouded in arguments based on the evolving needs of a truly African society and the streamlining of legal curricula.

The factors that have thus far sustained the civilian tradition in Southern Africa are a training in Roman law and legal history and, importantly, the precedent system. If training falls by the wayside, the precedent system may well keep the Roman tradition alive, but that would be a synthetic life. Without a sound knowledge of the civilian roots of the legal system, judges will not be able to use Roman or Roman-Dutch law to its full capacity, in spite of its inherent ability to transcend civilisations and historical developments. They will not be able to develop that law in accordance with its underlying principles and to adapt it to the needs of a modern society, and, importantly, to the demands of the Constitution. In short, future generations of lawyers will be deprived of the historical tools of our legal system which could, with little effort, be readily available.

While it is important not to cling unquestioningly to the civilian tradition, it is also important to bear in mind that “considerations of commercial and social certainty [often] render the common law ... as sound today as it was when first articulated over a century ago [and that] Constitutional considerations far from detracting from it [sometimes] appear to enhance it.”⁵⁷

¹ This is an expanded version of a paper read at the Tercer Congreso Internacional de Estudios Clásicos en México on “La Tradición Clásica en Occidente”, held 29 Aug. to 2 Sep. 2011, Mexico City, Mexico.

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

- ² See, e.g., the following articles and the copious literature cited by the authors: A.E. Van Blerk "The Irony of Labels" 1982 *South African L.J.* 365 and "The Genesis of the 'Modernist-Purist' Debate: A Historical Bird's-eye View" 1984 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg/J. of Contemporary Roman-Dutch Law* 127; E. Cameron "Legal Chauvinism, Executive-mindedness and Justice – LC Steyn's Impact on South African Law" 1982 *South African L.J.* 38; R. Zimmerman "Synthesis in South African Private Law: Civil Law, Common Law and *Usus Hodiernus Pandectarum*" 1986 *South African L.J.* 259; D.P. Visser "Daedalus in the Supreme Court – The Common Law Today" 1986 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg/J. of Contemporary Roman-Dutch Law* 127; Visser "The Legal Historian as Subversive or: Killing the Capitoline Geese" 1986 *The J. of Legal History* 352; F. Du Bois & D.P. Visser "The Influence of Foreign Law in South Africa" in *Transnational Law & Contemporary Problems* 2003 (13-2) at 593-658.
- ³ This is the position also in Lesotho: For example, in *Lehloeny Mokokoane v. Mokokoane* (CIV/APN/4/04) [2004] LS.H.C. 37 in par. [20] the Judge observed: "In this Kingdom the term 'common law' is very often used synonymously with Roman-Dutch law"; cf., also, the *dictum* in *Anglo Operations Ltd. v. Sandhurst Estates (Pty.) Ltd.* 2006 (1) S.A. 350 (T) at 365E-G; D. Van der Merwe "From Virtual Reality To Constitutional Resource" 1998 *Acta Juridica* 117 at 118.
- ⁴ Cf. D. Davis "Judge Ackermann and the Jurisprudence of Mourning" 2008 *Acta Juridica* 219 at 221.
- ⁵ See the judgement of Olivier, J.A. in *Thoroughbred Breeders' Association of South Africa v. Price Waterhouse* [2001] 4 All S.A. 161 (A.) par. [2].
- ⁶ See *Le Roux v. Dey* (C.C.T 45/10) [2011] Z.A.C.C. available at <http://www.saflii.org/> par. [199]. The centrality of the common law (rather than the Constitution) as the starting point for legal reasoning is, for example, evident in par. [154] where the Court observed: "Our common law recognises that people have different claims for injuries to their reputation (*fama*) and to their own sense of self-worth (*dignitas*) ... and although the Bill of Rights does not always draw sharp lines between the two, the distinction is important to our new constitutional order. It illuminates the tolerance and respect for other people's dignity expected of us by the Constitution in our public and private encounters with one another."
- ⁷ These works were also well known during the nineteenth-century in the two Boer Republics, the Zuid-Afrikaansche Republiek and the Republic of the Orange Free State. They were, e.g., explicitly mentioned as subsidiary sources of law in the Constitution of the Zuid-Afrikaansche Republiek of 19 Sept. 1859.
- ⁸ See G.G. Visagie *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652-1806* (Cape Town, 1969) Bylae III "Regsboeke in die Raad van Justisie se besit, soos dit weergegee word in die 1793-inventaris" at 120ff; cf., also, A.A. Roberts *A South African Legal Bibliography* (Pretoria, 1942) 142, 184, 320-321; D.H. van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (Durban, 1983) 350-351, 358-359; J. Cowley & J.E. Scholtens *A Catalogue of Early Law Books in the University of the Witwatersrand Law Library* (Johannesburg, 1987) 109; W. de Vos *Regsgeskiedenis* (Cape Town, 1992) 236ff; J.Th. de Smidt's *Old Law Books from the Libraries of the 'Raad van Justitie' (High Court) and JN van Dessin (South African Library)* (Leiden, 1998); I. Farlam "The Old Authorities in South African Practice" 2007 *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 399 at 402ff.
- ⁹ See, e.g., *Pappalardo v. Hau* 2010 (2) S.A. 451 (S.C.A.), esp. par. [22]. In *Kidson v. Jimspeed Enterprises C.C.* 2009 (5) S.A. 246 (G.N.P.) par. [6], having dealt with various texts in the *Digest*, *Codex* and *Institutes* of Justinian regarding servitudes, the Court confirmed again the *dictum* in *Galant v. Mahonga* 1922 E.D.L. 69 that "[t]he Roman-Dutch authorities [in this case Grotius and Van der Linden] accepted [Roman] law ... and there never has, I think, been a doubt that it is so regarded in our law to-day". In *Dormell Properties 282 C.C. v. Renasa Insurance Company Ltd.* 2011 (1) S.A. 70 (S.C.A.) par. [57] the Supreme Court of Appeal stated that "[t]hese principles [Paul, D. 6 2.12.8 ; Inst. 7 3.15.2, relating to the calculation of time/periods] were received into the Roman-Dutch Law" and then referred to Grotius *Inleiding* 3.3.50, Voet *Commentarius* 45.1.19 and traced the legal development further through South African precedents to the present day.

¹⁰ See, e.g., *Kahn v. Volschenk* [1986] 2 All S.A. 300 (A.); *Du Plessis v. Strauss* [1988] 4 All S.A. 115 (A.D.); *Rand Waterraad v. Bothma* 1997 (3) SA 120 (O).

¹¹ E.g., in *Bredenkamp v. Standard Bank of South Africa Ltd.* 2010 (4) S.A. 468 (S.C.A.) pars. [37]-[38], the Supreme Court of Appeal referred to several texts in Justinian's *Codex* (C. 2.3.6; C. 2.3.7; C. 2.3.29; C. 4.54.4; C. 4.54.8) and without further consideration of Roman-Dutch law concluded regarding contractual autonomy (*pacta sunt servanda*) and agreements which are against public policy: "This court in *Sasfin* consequently restated the obvious, namely that *our common law* [here, Roman law] does not recognise agreements that are contrary to public policy" (my emphasis). Again, in *eTV (Pty.) Ltd. v. Judicial Service Commission* 2010 (1) S.A. 537 (G.S.J.) at 545F-H, referring to *D. 22.3.21* and *D. 22.3.2*, the High Court observed that "it is part of our inheritance from Roman law and appears in the *Corpus Juris Civilis* – that *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*: the need to prove always rests on the person who acts"; and in *Golden International Navigation S.A. v Zeba Maritime* 2008 (3) S.A. 10 (C.) at 16A-C, relating to the fundamental principles for a fair trial, the Court noted that it is "in the public interest that litigation be finalised without undue delay: interest *reipublicae ut sit finis litium*, as it was stated by the Romans many years ago ... [i]ndeed, Emperor Justinian, in *Codex* 3.1.11, decreed that civil suits shall not, after *litis contestatio*, be deferred longer than three years". See, also, *Graf v. Buechel* [2003] 2 All S.A. 123 (S.C.A.) where the Supreme Court of Appeal traced Constantine's prohibition in the early fourth century, of a *pactum commissorium* (an agreement that if the pledgor defaults, the pledgee may keep the security as his own property) in the context of a pledge, through Justinian (C. 8.35(34).3) and then Roman-Dutch law. In par. [25], having also conducted a comparative survey the Judge stated: "In conclusion on the comparative survey of the law of some Western European countries, I can do no better than quote what Maasdorp JA said in ... *Mapenduka v. Ashington*, [1919 A.D. 343] at 358: 'The reasons on which this law is grounded are as sound to-day as they were in the times of Constantine.'" The Court concluded: "That position remains." For other examples of the direct application of Roman law, see, e.g., *First National Bank of Southern Africa Ltd. v. Perry* 2001 (3) S.A. 960 (S.C.A.); *Van Der Merwe v. Taylor* 2008 (1) S.A. 1 (C.C.).

¹² See, e.g., *S. v. Mostert* 2010 (2) S.A. 586 (S.C.A.); *First National Bank of Southern Africa Ltd. v. Perry* (n. 11); *Linvestment C.C. v. Hammersley* 2008 (3) S.A. 283 (S.C.A.); *BC Plant Hire C.C. T/A BC Carriers v. Grenco (S.A.) (Pty.) Ltd.* 2004 (4) S.A. 550 (C.); *Kidson v. Jimspeed Enterprises C.C.* (n. 9); *Edouard v. Administrator, Natal* 1989 (2) S.A. 368 (D.).

¹³ *First National Bank of Southern Africa Ltd. v. Perry* (n. 11) in par. [28].

¹⁴ See, e.g., *Carmichele v. Minister of Safety and Security* 2001 (4) S.A. 938 (C.C.): there is an obligation on the courts to develop the law where the common law as it stands is deficient in promoting the constitutional objectives stated in s. 39(2) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996; see, also, *Anglo Operations Ltd. v. Sandhurst Estates (Pty.) Ltd.* (n. 3) at 397I-J; *Fourie v. Minister of Home Affairs* [2005] 1 All S.A. 273 (S.C.A.); *Barkhuizen v. Napier* 2007 (5) S.A. 323 (C.C.), esp. in par. [35]. See, also, the Namibian decision in *Frans v. Paschke* 2009 (1) S.A. 527 (Nm.), in which the Court declared the common-law rule that an illegitimate child may not inherit intestate from his or her father to be unconstitutional and invalid.

¹⁵ "Even from this brief, and necessarily superficial, survey it is apparent that widespread civilised practice favours a flexible approach to the relocation of servitudes. If that flexibility is soundly based I think we would be wrong to adhere blindly to an inference drawn from the views of Voet expressed at the end of the 17th century I am persuaded that the interests of justice do indeed require a change in our established law on the subject. The rigid enforcement of a servitude when

the sanctity of the contract or the strict terms of the grant benefit neither party but, on the contrary, operate prejudicially on one of them, seems to me indefensible”: *Linvestment C.C. v. Hammersley* (n. 8) in pars. [30]-[31].

- ¹⁶ In *Carmichele v. Minister of Safety and Security* (n. 14) par. [36] the Court explicitly stated that development of the common law in terms of s. 36 of the Constitution “must also be done in a way most appropriate for the development of the common law *within its own paradigm*.” (my emphasis)
- ¹⁷ See e.g. *S. v. Zuma* 1995 (2) S.A. 642 (C.C.) par. [12], *Du Plessis v. De Klerk* 1996 (3) S.A. 850 (C.C.) par. [110]; *Carmichele v. Minister of Safety and Security* (n. 14) par. [36]; and cf. the analysis of Davis (n. 4) at 223, 226-232, 236-237.
- ¹⁸ Davis (n. 4) at 228, 232, 237-238; cf., also, A.J. van der Walt “Un-doing Things with Words: The Colonisation of the Public Sphere by Private Property Discourse” 1998 *Acta Juridica* 270 at 278, where he wrote: “If we really want to reform or transform our legal system we have to consciously fight for meaning; we cannot be comfortable with what we inherit” and “we cannot give up the struggle for justice simply because we are inexorably caught up in the insidious linguistic web of tradition”; and see also 280-281. In “Tradition on Trial: A Critical Analysis of the Civil-Law Tradition in South African Property Law” (1995) 100 *S.A.J.H.R.* at 171, Van der Walt observed that the “abolition of the civil law tradition was never a serious possibility, but complacency about its supposed virtues can pose a serious danger of the ‘bad old authoritarian ways’ slipping back into the new legal order” and that even “a superficial glance at the Constitution shows that the principles contained in it should guide the development of the new legal order”.
- ¹⁹ See, e.g., *BC Plant Hire C.C. T/A BC Carriers v. Grenco (S.A.) (Pty.) Ltd.* (n. 12); *Lever v. Purdy* 1993 (3) S.A. 17 (A.D.).
- ²⁰ See, e.g., *Minister for Safety and Security v. Van Der Merwe* 2011 (7) B.C.L.R. 651 (C.C.). In par. [103], however, Judge O’Regan noted: “In summary, I would emphasise that it is undesirable for this Court to decide important and complex issues of the common law as a court of first and final instance, and especially in circumstances where the issues have not been properly ventilated on the pleadings or in argument.” See, further, *Van Der Merwe v. Taylor* (n. 11); *NM v. Smith* 2007 (7) B.C.L.R. 751 (C.C.); *Barkhuizen* (n. 15); *Khumalo v. Holomisa* 2002 (8) B.C.L.R. 771 (CC).
- ²¹ See, generally, I. Zajtay “The Permanence of Roman Law Concepts in the Continental Legal Systems” with an addendum by W.J. Hosten on “The Permanence of Roman Law Concepts in South African Law” 1969 *Comparative and International L.J. of Southern Africa* 181; see, also, R. Pound *Social Control through Law* (Hamden, Conn. 1968) 112-118 on the fundamental postulates which underscore private law in Western legal systems; cf., further, 133-134. See, also, D. Van der Merwe “*Es lässt sich nicht lesen* – Reflections on the Status and Continued Relevance of the South African Common Law” 1994 *J. of South African Law/Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 660 at 678-680.
- ²² E.g., Hungary (see Zajtay & Hosten (n. 21) 183-186) and Denmark (see D. Tamm “Why Roman Law? Danish Arguments for the Study of Roman Law” 2010 (16-1) *Fundamina. A Journal of Legal History* 428-434; D. Tamm “Convergence of Legal Systems? - The Legal Historian in a Changing World” 1999 (5) *Fundamina* 1-7); for further interesting examples see G. Hamza *Wege der Entwicklung des Privatrechts in Europa. Römischrechtliche Grundlagen der Privatrechtwicklung in den Deutschsprachigen Ländern und ihre Ausstrahlung auf Mittel – und Osteuropa* (Passau, 2007).
- ²³ See, e.g., Zajtay & Hosten (n. 21) 182-183.

- ²⁴ Zajtay & Hosten (n. 21) at 192; E. Kahn "Hugo Grotius 10 April 1583 - 29 August 1645 – A Sketch of His Life and His Writings on Roman-Dutch Law" 1983 *South African L.J.* 192 at 203; cf., generally, Van der Merwe (n. 21) 660.
- ²⁵ In the Cape, this work was more popular than his *Compendium Iuris* which was a more concise work and which had gained widespread recognition in Europe: see Roberts (n. 8) 320-321.
- ²⁶ See Roberts (n. 8) 317 and, also, 322-323.
- ²⁷ See Du Bois & Visser (n. 2) 610.
- ²⁸ J. Dugard "Grotius, The Jurist and International Lawyer: Four Hundred Years On" 1983 *South African L.J.* 213 at 216-217 stated that "[t]he true heirs of Grotius are not those who cling to antiquity and abstention, but those who seek to shape the contemporary South African legal order in accordance with the values and principles of Roman-Dutch law expounded by Grotius and his successors".
- ²⁹ The Constitutional Court in *Le Roux v. Dey* (n. 5) par. [198].
- ³⁰ It is a well-known fact that Dutch jurists often "without any significant discussion or original contribution of their own, adopted the principles of Roman law": see the *dictum* in *Lever v. Purdy* (n. 19) par. [19] with regard to the culpability of a person in control of an owner's domesticated animal which had injured another; see, also, *Dormell Properties 282 C.C. v. Renasa Insurance Company Ltd.* (n. 9) par. [57].
- ³¹ Cf. L.M. Du Plessis *Die Juridiese Relevansie van Christelike Geregtigheid* unpublished LLD Thesis, University of Potchefstroom (1978) 797 821-822.
- ³² See *Barkhuizen* (n. 15) par. [82] in which the Constitutional Court observed that "[a]s the law currently stands, good faith is not a self-standing rule, but an underlying value that is given expression through existing rules of law"; see, also, *Brisley v. Drotzky* 2002 (4) S.A. 1 (S.C.A.) pars. [22]-[24].
- ³³ (n. 3) at 369E-G.
- ³⁴ *Barkhuizen* (n. 15) in par. [75]: "For instance, common law does not require people to do that which is impossible. This principle is expressed in the maxim *lex non cogit ad impossibilia*: This maxim derives from the principles of justice and equity which underlie the common law." See, also, *Maphango (Mgidlana) v. Aengus Lifestyle Properties (Pty.) Ltd.* (611/2010) [2011] S.C.A. available at <http://www.saflii.org/> par. [24]; *Thermaine Investments (Pty.) Ltd. t/a Improvair v. Pareto Ltd.* (5449/2011) [2011] W.C.H.C. available at <http://www.saflii.org/> par. [11]; *Bredenkamp* (n. 11) in par. [46].
- ³⁵ See, also, S. van der Merwe, L.F. van Huyssteen, M.F.B. Reinecke & G.F. Lubbe *Contract. General Principles* (Lansdowne 2007) 191ff; Zimmermann *The Law of Obligations* (Cape Town 1990) 697-715.
- ³⁶ Cf., also, Grotius *Inleiding* 3.1.19 and 3.30.17.
- ³⁷ For a brief synopsis of the South African courts' approach to this rule, see Zimmermann (n. 35) 865-866.
- ³⁸ 1939 AD 537 at 542.
- ³⁹ *Southern Sun Hotel Interests (Pty.) Ltd. I.R.O. Southern Sun Waterfront Hotel v. C.C.M.A.* (C255/09; C362/09) [2011] available at <http://www.saflii.org/> par. [28], quoting the Labour Appeal Court in *Kylie v C.C.M.A.* 2010 (4) SA 838 (L.A.C.) par. [56]. In the latter case it was further observed that "a tribunal or court is engaged with the weighing of principles; on the one hand the *ex turpi causa* rule which prohibits enforcement of illegal contracts and on the other public policy...". See, also, R. Zimmermann (n. 35) at 865-866.

⁴⁰ Pound (n. 21) 115. See, also, *Lever v. Purdy* (n. 19) par. [13] in which the Court noted that the principle underlying a rule “may be a useful guide to determine the limits of a particular rule”.

⁴¹ *Le Roux v. Dey* (n. 5) par. [199]. Cf., too, Van der Merwe (n. 21) 661-662.

⁴² *Le Roux v. Dey* (n. 5) par. [198].

⁴³ According to Davis (n. 4) at 237 the Constitutional Court has failed to write a new South African story of our law by adhering to devotedly to the common law. At 237 he observes: “But the jurisprudence offered by the [Constitutional] Court ... appeared to work with a timeless quality of existing common law. There was little examination of the extent to which the Constitution demanded an engagement between the old and new in order to construct a new body. He shows (at 223) how the Constitutional Court in *S. v. Zuma* (n. 17) reverted to and confirmed common-law principles, unadulterated by apartheid legislation. In that case the Court observed: “The concepts embodied in these provisions are by no means an entirely new departure in South African criminal procedure. The presumption of innocence, the right of silence and the proscription of compelled confessions have for 150 years or more been recognised as basic principles of our law, although all of them have to a greater or lesser degree been eroded by statute and in some cases by judicial decision. The resulting body of common law and statute law forms part of the background to s 25 [of the Constitution]” (*S v. Zuma* (n. 17) par. [12]). The Court further commented in par. [110]: “The common law of this country has, in the past, proved to be flexible and adaptable, and I am confident that it can also meet this new constitutional mandate.” See further D. Davis & K. Klare “Transformative Constitutionalism and the Common and Customary Law” 2010 *South African J. of Human Rights* 403 at 414: “[T]he courts have made little effort to theorise the Constitution’s impact on the common law, to sketch the content of the constitutional vision of a free and equal society, or to develop methods of common law reasoning suitable to the new dispensation”. On the reconciliation of the common law and the Constitution see, also, J.V. van der Westhuizen “A Few Reflections on the Role of Courts, Government, the Legal Profession, Universities, the Media and Civil Society in a Constitutional Democracy” 2008 *African Human Rights L.J.* 251 at 267.

⁴⁴ A term coined by Davis J in an *obiter dictum* in *Mort v. Henry Shields-Chiat* 2001 (1) S.A. 464 (C.); at 474J-475F he stated: “Like the concept of *boni mores* in our law of delict, the concept of good faith is shaped by the legal convictions of the community. While Roman-Dutch law may well supply the conceptual apparatus for our law, the content with which concepts are filled depends on an examination of the legal conviction of the community ... This task requires that careful account be taken of the existence of our constitutional community, based as it is upon principles of freedom, equality and dignity.”

⁴⁵ (n. 12) par. [43].

⁴⁶ In *Robinson v. Randfontein Estates* 1925 A.D. 173 Innes C.J. traced the civilian roots of this principle: “The principle that the Courts will not enforce contracts which are contrary to good morals or against public policy has its roots in the Civil Law. *Ulpian*, dealing with pacts (*Dig. 2, 14: 7, sec. 7*) quotes the edict of the praetor: ‘*Pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita senatus consulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt servabo.*’ The words are wide, but Gothofredus in his note makes a significant comment by adding after ‘*leges,*’ the words ‘*vel bonas mores*’. The correctness of his view is endorsed by a pronouncement of *Paul* (*Dig. 2: 14:27, sec. 4*): ‘*Pacta quae turpem, causam continent non sent observanda; veluti si paciscar ne furti agam vel injuriarum si feceris; expedit enim timere furti vel injuriarum paenam, sed post admissa haec pacisci possumus.*’” This Roman and Roman-Dutch foundation of the principle was confirmed by Cameron J.A. in *Brisley v. Drotzky* (n. 32) par. [4]. See, also, the seminal decisions in *Sasfin (Pty.) Ltd. v. Beukus* [1989] 1 All S.A. 347 (A.) and *Magna Alloys and Research S.A. (Pty.) Ltd. v. Ellis* 1984(4) S.A. 874 (A.) at 891 G.

- ⁴⁷ (n. 12) par. [28]. See, also, *African Dawn Property Finance 2 (Pty.) Ltd. v. Dreams Travel and Tours C.C.* 2011 (3) S.A. 511 (S.C.A.) par. [22].
- ⁴⁸ See, generally, the following works on the early legal history of these countries: J.R. Crawford “The History and Nature of the Judicial System of Botswana, Lesotho and Swaziland – Introduction and the Superior Courts” in 1969 *South African L.J.* 476 and in 1970 *South African L.J.* 76; J.H. Pain “The Reception of English Law and Roman-Dutch Law in Africa with Reference to Botswana, Lesotho and Swaziland” 1978 *Comp. and Int. L.J. of Southern Africa* 143; A.J.G.M. Sanders “Legal Dualism in Lesotho, Botswana, Swaziland. A General Survey” 1985 *Lesotho L.J.* 47; T.W. Bennett *Application of Customary Law in Southern Africa* (Cape Town 1985) 39ff. esp. 49-62; A. Molokomme “The Reception and Development of Roman-Dutch Law in Botswana” 1985 *Lesotho L.J.* 121; O. Tshosa *National Law and International Human Rights Law: Cases of Botswana Namibia and Zimbabwe* (Aldershot 2001) 30ff. See, too, G.J. van Niekerk “The Harmonisation of Indigenous Laws in Southern Africa” 2008 (14-2) *Fundamina. A.J. of Legal History* 155ff.
- ⁴⁹ Section 6 of the General Law Proclamation 2b of 1884 (Lesotho); s. 2 General Law Proclamation 10 Jun. 1891(Botswana).
- ⁵⁰ In 1915, South Africa took control of Namibia, a former German protectorate and at the time officially a United Nations Trust Territory, and administered it as one of its provinces. Accordingly, until its independence in 1990, Namibian external legal history was identical to that of South Africa. In 1990, s. 66 of the Namibian Constitution confirmed the position of Roman-Dutch law as the common law of that country: See K Shillington *History of Africa* (Oxford 2004) 327-329, 340-342, 460; H.R. Hahlo & E. Kahn *The Union of South Africa. The Development of its Laws and Constitution* (London 1960) 6-8, 129.
- ⁵¹ In Botswana, surprisingly, South African judicial precedents are consulted also in criminal law and procedure despite the fact that Botswana criminal law has been codified in a Penal Code based on English law and that its Criminal Procedure and Evidence Act, too, is founded on English law: see C.M. Fombad “Mixed Systems in Southern Africa: Divergences and Convergences” 2010 *Tulane European and Civil Law Forum* 1 at 13. S. 252(2) of With regard to the other countries, see, generally, S. Scott “Some Thoughts on the Law of Property in Swaziland” 2006 *Comp. and Int. L.J. of Southern Africa* 152 at 153-154; 160-162; A.J.G.M. Sanders “Law Reporting in Swaziland” 1985 (29-1) *J. of African Law* 94-102; C. Rautenbach “Comments on the Constitutional Protection of Religion in Swaziland” 2008 *African Human Rights L.J.* 432 at 437-438; B. A. Dube “The Law and Legal Research in Lesotho” available at <http://www.nyulawglobal.org/Globalex/Lesotho1.htm# Common law> (accessed 25 Jul. 2011).
- ⁵² See, e.g., GJ van Niekerk “The superior courts and legal pluralism in the last decade of the nineteenth century” 2010 (16-1) *Fundamina* 472-485.
- ⁵³ See, e.g., the unreported South African case of *Maduna v. Herschel Taxi Association* (T.H.C.) (case 1135/1997 unreported) and the case discussion by D. Koyana “Land Tenure: Conflict between Common Law and Customary Law: *Maduna v Herschel Taxi Association and Others*” 2002 (4) *De Rebus* 53; cf., also, S. Scott (n. 51) at 158 who, as in the *Maduna* decision above, points out the interesting similarity between the right to land of a person who has been allocated land in terms of Swazi customary law and *emphyteusis* in Roman law.
- ⁵⁴ (CIV/APN/27/2000) L.S.C.A. available at <http://www.saflii.org>.
- ⁵⁵ Cf. *contra* J-L. Halpdrin “The Concept of Law: A Western Transplant?” 2009 *Theoretical Inquiries in Law* 333 at 343-346.
- ⁵⁶ *Idem* at 354.
- ⁵⁷ *African Dawn Property Finance 2 (Pty.) Ltd. v. Dreams Travel and Tours C.C.* (n. 47) par. [27].

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

Mircea Dan BOB*

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

Cuvinte cheie: cod civil; codificare; drept succesoral; moștenire; rezervă; cotitate disponibilă; dezmoștenire; succesibil; opțiune succesorală; vocație succesorală; termen de opțiune; drept potestativ; prescripție; acceptare; renunțare; partaj; lichidare pasiv succesoral.

Mots-clefs: code civil; codification; droit des successions; succession; réserve; quotité disponible ; exhérédation ; successible ; option successorale ; vocation successorale ; terme d'option ; droit potestatif ; prescription ; acceptation ; renonciation ; partage ; liquidation du passif successoral.

Am analizat în prima parte a acestei expuneri² Dispozițiile referitoare la moștenire în general (Titlul I) și Moștenirea legală (Titlul II) din noul cod civil. Dezbaterile din Comisia juridică a Camerei Deputaților au adus între timp modificări și completări Proiectul Legii de punere în aplicare a codului, forma finală a Cărții a patra din noul cod civil fiind cea rezultată din ședința din 6 aprilie 2011. Această ultimă versiune a îndepărtat din cuprinsul art. 965 și 967 alin. 1 NCC propunerile noastre referitoare la reprezentarea renunțătorului. Motivele îndepărtării au fost multiple:

a) o observație venită din partea UNNPR, care a argumentat că – deși justă din punctul de vedere al rațiunii tehnicii succesorale în discuție – posibilitatea de a reprezenta un renunțător ar genera întârzieri și incertitudini practice importante în exercitarea concretă a opțiunii;

b) o argumentare adusă de către profesorul Romeo Popescu, care – în timpul lucrărilor la cod din perioada 2006-2008 – observase cum în practică intervin între părinți și copii înțelegeri cu privire la modul în care ultimii vor veni la moștenire primilor. Astfel, ținând seama de valorile primite în timp de la părinți de către unul dintre copii și de faptul că celălalt s-a ocupat de îngrijirea părinților în vârstă, se face în majoritatea cazurilor o înțelegere între cei implicați: primul copil nu va mai veni la moștenirea părinților, mulțumindu-se cu ceea ce primise până atunci. Aranjamentele familiale cu astfel de rezultat se mai întâlnesc în practică și la familiile în care unii copii au plecat de la sat la oraș, cei plecați fiind considerați a nu mai avea legitimitatea morală și materială de a mai pretinde drepturi în moștenirea părinților de la țară. Or, deși reprezentarea renunțătorului satisface imperativul teoretic al menținerii egalității tulpinilor, rezultatul practic ar fi că nepoții de frate convenit renunțător să fie aduși de drept prin reprezentare la moștenirea în care înțelegerea familială echitabilă era alta³. Părerea noastră este că o astfel de argumentație duce la ignorarea regulilor mecanismelor legale specifice în materie de moștenire: pentru aranjamentele patrimoniale de mai sus există calea partajului de ascendent sau a altor donații și testamente. Acestea sunt tehnicile de soluționare a situațiilor faptice invocate, tehnici care țin cont de necesitatea de a proteja rezervatarii și de a menține egalitatea între moștenitori ținuți la obligația de raport; altfel, raționamentul factic propus nesocotește regulile legale existente și încurajează la luarea în derizoriu a textelor din codul civil.

c) din perspectivă strict legislativă, introducerea în 2006 de către francezi a reprezentării renunțătorului a fost motivată de reglementarea încă din 2001 a altor două mecanisme, inexistente în noul cod român: posibilitatea de a face liberalități transgeneraționale și dreptul oricărui descendent de a renunța anticipat la acțiunea în reducere (art. 929 alin. 1 c.civ.fr.). Aici este, recunoaștem, argumentul decisiv pentru a elimina reprezentarea renunțătorului din forma actuală a noului cod⁴.

După această necesară actualizare, vom continua analiza punctuală a unor texte relevante ale Cărții a patra din noul cod civil⁵, ținând seama de modificările introduse prin Legea de punere în aplicare⁶.

4. Rezerva succesorală este o instituție specifică dreptului civil european continental, reflectând o concepție moștenită din dreptul clasic roman⁷: libertatea de a dispune este grevată de o anumită afectatiune familială, fiind limitată la o cotitate disponibilă.

ART. 1086 – **Noțiunea de rezervă succesorală.** Rezerva succesorală este partea din bunurile moștenirii la care moștenitorii rezervatari au dreptul în virtutea legii, chiar împotriva voinței defunctului, manifestată prin liberalități ori dezmoșteniri.

ART. 1087 – **Moștenitorii rezervatari.** Sunt moștenitori rezervatari soțul supraviețuitor, descendenții și ascendenții privilegiați ai defunctului.

ART. 1088 – **Întinderea rezervei succesorale.** Reserva succesorală a fiecărui moștenitor rezervatar este de jumătate din cota succesorală care, în absența liberalităților sau dezmoștenirilor, i s-ar fi cuvenit ca moștenitor legal.

ART. 1089 – **Noțiunea de cotitate disponibilă.** Cotitatea disponibilă este partea din bunurile moștenirii care nu este rezervată prin lege și de care defunctul putea dispune în mod neîngrădit prin liberalități.

Codul civil de la 1864 preluase în capitolul „Despre partea disponibilă a bunurilor și despre reducere” reglementarea napoleoniană. Art. 841 și 843 c.civ. puneau limite variabile intenției liberale a lui *de cuius*, în funcție de calitatea și numărul moștenitorilor legali desemnați de lege ca rezervatari⁸. Juristul identifica printr-o deducție simplă din aceste texte calitatea rezervatarilor (descendenții sau ascendenții privilegiați) și întinderea drepturilor lor respective. Legea nr. 319/1944 a venit opt decenii mai târziu să repare criticata preluare la 1864 a textelor franceze, ce se materializase într-un tratament succesoral derizoriu pentru soțului supraviețuitor⁹. Formularea art. 2 din Lege¹⁰ a fost însă diferită de cea a art. 841 și 843 C.civ., ceea ce a generat confuzie la implementarea noului rezervatar. O astfel de ezitare a vizat partea din moștenire din care se va deduce cota de rezervă a soțului supraviețuitor: din întreg sau din ce rămâne după ce descendenții își primesc rezerva lor? Imediat după 1944, autorii merseseră pe cea de-a doua soluție¹¹. După o serie de ezitări, drept de cetate a câștigat soluția profesorului Deak, care a fundamentat în 1989 concluzia că rezerva soțului supraviețuitor se va imputa asupra întregii moșteniri¹². Profesorul Chirică a propus acum un deceniu o altă rezolvare, încercând o absorbire a soțului supraviețuitor în logica caracterului colectiv al rezervei¹³. Punctul său de vedere nu a fost primit, obiectându-se că legiuitorul de la 1944 a conferit caracter individual rezervei soțului, regim deosebit de caracterul colectiv al celei a rezervatarilor reținuți la 1864 de codul civil¹⁴.

Acesta este, sintetic, stadiul problemei înainte de 1 octombrie 2011. Dificultățile întâmpinate ne apar acum oarecum normale, căci juristul român a trebuit să se confrunte la 10 iunie 1944 cu catapultarea soțului supraviețuitor în prim planul unei devoluțiuni succesorale legale bazate vocațional pe legătura de sânge. Altfel spus: regulile jocului (componența claselor, întinderea drepturilor, quantumul cotității disponibile și modul ei de determinare, calculul rezervei și repartizarea acesteia) fuseseră concertate pentru a păstra averea în familia de sânge; apariția bruscă a unei rude civile cu drepturi consistente i-a răsturnat întreaga logică și a generat controversele de felul celei tocmai evocate. Vom arăta într-un material ulterior dedicat rezervei soțului supraviețuitor cum și alți factori au mai concurat la pletora de soluții în materie.

Art. 1086 și 1089 NCC transpun în lege definițiile doctrinare ale profesorului Francisc Deak¹⁵. Codul civil român conține astfel pentru prima dată definițiile rezervei și cotații disponibile, în timp ce legiuitorul de la 1864 considerase suficientă soluția franceză a reglementării întinderii ultimei, fără a defini noțiunile. Art. 1087 NCC se înscrie în mișcarea de absorbire a Legii nr. 319/1944 în conținutul codului, pe care am evidențiat-o și în prima parte a studiului nostru¹⁶: soțul supraviețuitor este integrat enumerării legale a rezervatarilor. De menționat însă că forma trimisă Parlamentului în 2008 acorda rezervă și colateralilor privilegiați, chestiune respinsă ulterior de Comisia juridică a Camerei deputaților¹⁷. Criteriul unitar pentru determinarea cuantumului rezervei (art. 1088 NCC) este tot o consacrare legislativă a unei propuneri *de lege ferenda* la care se raliase profesorul Deak¹⁸ și pune capăt controverselor mai sus semnalate. Ca urmare, indiferent de calitatea și numărul rezervatarilor, cotația disponibilă va fi mereu de ½ iar rezervatarii vor primi o cotă dimensionată la jumătate din drepturile lor legale și imputată pe întreaga masă succesorală.

Textele în discuție se completează cu prevederile art. 1075 NCC, care lămuresc modul în care comisia din 2006-2008 a conceput dezmoștenirea:

ART. 1075 – **Efectele.** (1) În cazul dezmoștenirii soțului supraviețuitor, moștenitorii din clasa cu care acesta vine în concurs culege partea din moștenire rămasă după atribuirea cotei cuvenite soțului supraviețuitor ca urmare a dezmoștenirii.

(2) Dacă, în urma dezmoștenirii, pe lângă soțul supraviețuitor, vin la moștenire atât cel dezmoștenit, cât și acela care beneficiază de dezmoștenire, acesta din urmă culege partea rămasă după atribuirea cotei soțului supraviețuitor și a cotei celui dezmoștenit.

(3) Atunci când, în urma dezmoștenirii, un moștenitor primește o cotă inferioară cotei sale legale, moștenitorul cu care vine în concurs culege partea care ar fi revenit celui dezmoștenit.

(4) Dacă, în urma dezmoștenirii, o persoană este înlăturată total de la moștenire, cota ce i s-ar fi cuvenit se atribuie moștenitorilor cu care ar fi venit în concurs sau, în lipsa acestora, moștenitorilor subsecvenți.

(5) Dispozițiile prevăzute la alin. (1) - (4) nu pot profita persoanelor incapabile de a primi legate.

Primul alineat nu ridică probleme: supraviețuitorul exhereditat primește cota sa de rezervă.

Al doilea alineat este însă puțin mai dificil, din el deducându-se că vizează ipoteza în care dezmoștenitul este un rezervatar. *E.g.*, dacă moștenirea ar fi acceptată de soția S, de fiii A și B și se găsește un testament prin care A fusese dezmoștenit, atunci S va primi cota sa de succesori legal 4/16 (1/4), fiul A va primi numai rezerva sa de

3/16 (1/2 din partea sa legală de 3/8) iar fiul B va primi restul: cota sa legală de 6/16 (3/8) plus restul de 3/16 rămas din exheredarea lui A. Soluția este consecventă cu poziția adoptată de profesorul Deak, consemnată și în alineatul secund al art. 964 NCC, conform căreia exheredarea nu implică, în lipsă de dispoziție expresă în testament, instituirea comoștenitorilor sau a categoriei subsecvente. Astfel se explică de ce, în exemplul redat, soția S și fiul B vor primi **cota lor legală** de $\frac{1}{4}$ și $\frac{3}{8}$, **nu rezervele** de $\frac{1}{8}$ și $\frac{3}{16}$. Am arătat deja în prima parte a studiului nostru cum această rezolvare a fost una izolată și contrară practicii tradiționale și autorilor clasici din dreptul succesoral român¹⁹. Al doilea alineat al art. 1075 NCC este aplicabil și dacă beneficiarul dezmoștenirii ar fi un rezervatar de ordin subsecvent (precum eventualul tată al lui *decuius* din exemplu de mai sus) sau vreunul dintre moștenitorii neprotejați prin rezervă.

Alineatul terț de la art. 1075 face aplicarea aceleași modalități de soluționare, restrângându-l la cazul în care exheredatul este un rezervatar; revenindu-i numai rezerva, acesta va primi – evident – mai puțin decât cota sa legală de moștenire. În fine, cel de-al patrulea alineat acoperă ipoteza în care exheredatul nu este un rezervatar, reluând în partea a doua enunțul art. 964 alin. 2 NCC.

Prevederile ultimului alineat survin oarecum surprinzător față de întreaga construcție teoretică de până la acest punct. Textele ne arătasera până aici că beneficiarul (determinat conform art. 964 alin. 2 și 1075 alin. 1-4) unei dispoziții de dezmoștenire fără instituire expresă de legatari culege porțiunea în cauză în calitate de moștenitor legal. Alin. 5 pare a dărâma întregul eșafodaj, punându-l pe respectivul beneficiar sub incidența incapacităților de a primi prin legate. În realitate, nu trebuie mers atât de departe cu deducția logică, alineatul în cauză limitându-se la simpla fixare a unor cauze de incapacitate. Oricum, așa cum s-a arătat în doctrină²⁰, temeiul legal sau testamentar pe care beneficiarul dezmoștenirii culege bunurile în cauză este în final o chestiune de interes practic redus.

5. Opțiunea succesorală este reglementată în cuprinsul Titlului al IV-lea, dedicat transmisiunii și partajului moștenirii.

5.1. Secțiunea „Dispoziții generale” în materie de transmisiune debutează cu art. 1100 NCC:

ART. 1100 – **Noțiunile de opțiune succesorală și de succesibil.** (1) Cel chemat la moștenire în temeiul legii sau al voinței defunctului poate accepta moștenirea sau poate renunța la ea.

(2) Prin succesibil se înțelege persoana care îndeplinește condițiile prevăzute de lege pentru a putea moșteni, dar care nu și-a exercitat încă dreptul de opțiune succesorală.

Textul explică conținutul noțiunii de opțiune succesorală și enunță totodată o regulă de bază în materie: libertatea opțiunii²¹. Alineatul întâi se concretizează în acest sens în secțiunea specială a acceptării moștenirii prin art. 1106 NCC²² iar în secțiunea referitoare la renunțare prin art. 1121 alin. 1 NCC²³. Toate trei textele sunt forme actualizate lingvistic ale art. 686, 696 și 697 C.civ.²⁴ Alineatul secund al art. 1100 NCC aduce ca noutate includerea în cod a definiției noțiunii de succesibil, practică până acum doar în jurisprudență și în doctrină. Observăm deci cum regulile de bază ale jocului au rămas aceleași: decesul unei persoane fizice activează pentru un cerc de persoane delimitat și ierarhizat de lege speranța, până atunci doar latentă, de a moșteni ceva după *de cuius* – succesibilii. Aceștia se afirmă ca titulari ai unei vocații legale sau testamentare eventuale. Acceptarea o transformă în vocație concretă, aparținând de acum unui succesor, în timp ce renunțarea o aneantizează retroactiv.

5.2. Caracteresle dreptului de opțiune succesorală sunt vizate de art. 1101 și 1102 NCC.

ART. 1101 – **Caracteresle juridice ale opțiunii**. Sub sancțiunea nulității absolute, opțiunea succesorală este indivizibilă și nu poate fi afectată de nicio modalitate.

ART. 1102 – **Vocația multiplă la moștenire**.

(1) Moștenitorul care, în baza legii sau a testamentului, cumulează mai multe vocații la moștenire are, pentru fiecare dintre ele, un drept de opțiune distinct.

(2) Legatarul chemat la moștenire și ca moștenitor legal își va putea exercita opțiunea în oricare dintre aceste calități. Dacă, deși nu a fost încălcată rezerva, din testament rezultă că defunctul a dorit să diminueze cota ce i s-ar fi convenit legatarului ca moștenitor legal, acesta din urmă poate opta doar ca legatar.

5.2.1. Caracterul principial indivizibil și cel pur și simplu al opțiunii succesorală sunt bunuri câștigate în literatura noastră de specialitate²⁵.

Indivizibilitatea este dedusă din teoria clasică a patrimoniului, conform căreia o persoană fizică are un singur patrimoniu unitar²⁶. Este normal prin urmare ca, la decesul ei, moștenitorii să nu poată opta diferit pentru componentele acestuia. În consecință, autorii noștri identifică în mod tradițional o serie de excepții de la caracterul indivizibil, printre care și ipoteza succesorului înzestrat cu vocație multiplă²⁷. Codul civil din 1864 nu avea un text dedicat problemei. Literatura de specialitate a ultimelor patru decenii o accepta totuși, invocând o decizie din 1972 a fostului Tribunal Suprem: „*Renunțarea la moștenirea legală nu operează și pentru legatul cu titlu particular* (s.n. – MDB). Dreptul legatarului cu titlu particular nu derivă din

lege ci din testament, încât beneficiarul unui atare legat nu este obligat să accepte succesiunea în termenele și cu procedura prevăzute de art. 685 și urm. C.civ.”²⁸ Autorii au aprobat această jurisprudență găsind un temei legal în dispozițiile art. 752 C.civ.: moștenitorul legal care renunță la succesiunea legală poate păstra donația sau poate cere legatul ce i s-a făcut, în limitele cotitășii disponibile²⁹. Textul a fost lecturat în sensul că un moștenitor legal care este concomitent și gratificat testamentar poate renunța la vocația sa legală și să vină la succesiune în calitatea de legatar³⁰. Ținând seama de ultraactivarea vechiului cod în baza art. 91 LPA, nu este lipsit de importanță să arătăm de ce am considerat eronată o atare fundamentare³¹:

- decizia Tribunalului Suprem de la care s-a pornit nu avea intenția să fixeze vreo excepție de la indivizibilitatea principială a opțiunii succesoriale. Regăsim acolo doar reflexul unei opinii azi abandonată, conform căreia legatarii particulari nu ar fi fost constrânși să opteze în termenul de șase luni prevăzut de art. 700 alin. 1 C.civ.³²;

- art. 752 C.civ. era situat în secțiunea din cod intitulată „Despre raporturi”. Autorii în cauză au susținut nu numai că textul ar întemeia soluția pe care o analizăm, dar și că ar include rezultatul unei neatenții din partea redactorilor din 1864. Concluzia pornea de la faptul că legiuitorul nostru a părăsit în art. 751 C.civ. sistemul francez al raportării legatelor (art. 843 C.civ.fr.³³), a tradus art. 1001 din Proiectul de cod civil italian al lui Pisanelli, apoi a uitat acest lucru pentru textele următoare. Ca urmare, art. 752, 754, 756 și 846 C.civ. – preluate *mots-à-mots* din Codul Napoléon – s-ar referi în mod greșit și la legate³⁴. Nu putem accepta decât parțial concluzia, raliindu-ne soluției la care ajunsese acum nouă decenii profesorul Alexandru Cerban:

„În ce privește art. 752 C.civ., el reglementează ipoteza când cel chemat la o succesiune renunță la moștenire; în acest caz, ca și un străin, renunțătorul este în drept să păstreze donația care i-a fost făcută de defunct pe când trăia sau să ceară legatul ce i s-a lăsat până la concurența cotitășii disponibile. Există vreo legătură între acest text și chestiunea de a ști dacă legatele sunt raportabile? Evident că nu, căci oricare ar fi soluția dată asupra cestei chestiuni, în toate cazurile rămâne exactă și juridică dispoziția art. 752 C.civ. Acest lucru este atât de adevărat încât și în Codul italian găsim art. 1003, care conține o dispoziție identică cu art. 752 din codul nostru, deși art. 1001 admite că numai donațiile sunt raportabile; pe de altă parte, în codul francez, art. 845 corespunzător textului nostru 752, a rămas neschimbat, deși art. 843 a fost modificat prin legea de la 24 martie 1898”³⁵.

Suntem și noi de părere că decizia Tribunalului Suprem se referea la cu totul altceva, iar art. 752 C.civ. nu era decât un text formal³⁶; acesta nu fundamenta alternativa analizată, ci se mulțumea numai la a-i exprima o aplicare.

Putem enunța deci trei chestiuni despre posibilitatea unui succesibil cu vocație multiplă de a se pronunța diferit cu privire la fiecare aspect al unei succesiuni deschise înainte de 1 octombrie 2011:

- a. este o excepție de la indivizibilitatea actului de opțiune;
- b. orientarea practicii judiciare³⁷ și a autorilor de specialitate francezi, români și din Québec³⁸ se manifestase în sensul acceptării acestei posibilități;
- c. își putea găsi la nevoie fundamentarea nu în art. 752 C.civ., ci în prevederile art. 650 C.civ.: „Succesiunea se deferă sau prin lege, sau după voința omului, prin testament”. Un act de opțiune vizează o succesiune, iar art. 650 C.civ. indica două feluri de succesiuni: legală și testamentară³⁹, fiecare deschizând posibilitatea unei opțiuni independente⁴⁰.

5.2.2. Acesta este stadiul problemei. Este momentul acum să analizăm art. 1102 NCC, care reglementează ipoteze derogatorii de la indivizibilitate. Articolul preia în alineatul întâi formularea art. 769 al. 2 C.civ.fr. (identică cu a art. 630 alin. 2 CCQ)⁴¹ și se completează cu teza întâia de la al doilea alineat: primul text permite succesibilului chemat la moștenire pe temeiuri multiple să opteze separat pentru fiecare; cel de-al doilea oferă succesibilului care are atât chemare legală cât și testamentară la același (aceleași) bun (bunuri) să aleagă una dintre vocații sau să le exercite concomitent. Consacrarea legală a soluției de la alineatul doi ne apare ca binevenită, cât timp – așa cum am arătat mai sus – codul civil al lui Cuza nu reglementa distinct problema. La coroborarea art. 1101 și 1102 NCC, rezumatul ar suna în felul următor: **opțiunea succesorală este indivizibilă în sensul că pentru o vocație de un singur tip este permisă o singură opțiune.**

În concluzie, în condițiile dispariției art. 650 C.civ. și a noii formulări din art. 1100 NCC, enunțul din art. 1102 era necesar pentru o întemeiere legală adecvată. Scopul art. 650 sub imperiul vechiului cod era aceea de a expune felurile devoluțiunii succesoriale. Referirea la acesta am identificat-o mai degrabă ca pe o soluție de avarie. Nu putem decât să salutăm includerea în noul nostru cod a unui text care consfințește expres și în mod direct alternativa tratată.

5.2.3. Pentru a termina expunerea privind art. 1102, observăm la teza a doua a alineatului secund o prevedere nouă: „Dacă, deși nu a fost încălcată rezerva, din testament rezultă că defunctul a dorit să diminueze cota ce i s-ar fi convenit legatarului ca moștenitor legal, acesta din urmă poate opta doar ca legatar”. Intenția comisiei care a amendat Proiectul din 2004 a fost de a introduce o ipoteză de dezmoștenire parțială a moștenitorilor legali. Observăm doar că reglementarea codului, fidelă în materie de dezmoștenire concepțiilor lui Francisc Deak, pare a-l contrazice introducând o exheredare parțială sub aspectul întinderii acesteia – chestiune neacceptată de profesor⁴².

5.3. Neexistând inițial un **termen de opțiune succesorală**, o neplăcută incertitudine plana la Roma asupra perspectivei creditorilor unei moșteniri de a-și recupera creanțele. Solicitat în acest sens, pretorul a luat aminte la ce se întâmpla în practică: testatorii obișnuiau să prevadă în testament obligația pentru erezii instituiți⁴³ de a accepta în termen de o sută de zile de la deschiderea moștenirii, sub sancțiunea exheredării și trecerii bunurilor la cei substituți lor⁴⁴. Acest mod de a proceda i-a fost sursă de inspirație: la cererea creditorilor și a legatarilor interesați, el somează erezii instituiți prin testament să se manifeste în termenul stabilit de testator. Dacă ultimii nu acceptau în interiorul acestui *spatium deliberandi*, pretorul trimitea în posesiune pe următorii succesibili îndreptățiți sau – în absența acestora – pe creditorii petenți, care procedau la vinderea publică a bunurilor. Atât a putut interveni pretorul pentru a ameliora regimul dreptului civil. În dreptul pretorian însă⁴⁵, eliberat de constrângerile formaliste ale lui *ius civile*, orice succesibil trebuia să ceară pretorului trimiterea în posesiunea bunurilor moștenirii: copiii și părinții defunctului în termen de un an, celelalte rude în o sută de zile – sub sancțiunea trecerii bunurilor la categoria subsecventă. Ulterior, legislația lui Iustinian (sec. VI p.Chr.) unește regimul civil cu cel pretorian și fixează un interval unic de opțiune de un an pentru toți succesibilii; neobservarea termenului atrage însă acceptarea moștenirii pentru succesibilul indolent⁴⁶. Același termen cu aceleași efecte le instituie peste timp și noul cod civil român.

ART. 1103 – Termenul de opțiune succesorală.

(1) Dreptul de opțiune succesorală se exercită în termen de un an de la data deschiderii moștenirii.

(2) Termenul de opțiune curge:

a) de la data nașterii celui chemat la moștenire, dacă nașterea s-a produs după deschiderea moștenirii;

b) de la data înregistrării morții în registrul de stare civilă, dacă înregistrarea se face în temeiul unei hotărâri judecătorești de declarare a morții celui care lasă moștenirea, afară numai dacă succesibilul a cunoscut faptul morții sau hotărârea de declarare a morții la o dată anterioară, caz în care termenul curge de la această din urmă dată;

c) de la data la care legatarul a cunoscut sau trebuia să cunoască legatul său, dacă testamentul cuprinzând acest legat este descoperit după deschiderea moștenirii;

d) de la data la care succesibilul a cunoscut sau trebuia să cunoască legătura de rudenie pe care se întemeiază vocația sa la moștenire, dacă această dată este ulterioară deschiderii moștenirii.

(3) Termenului prevăzut la alin. (1) i se aplică prevederile cuprinse în cartea a VI-a referitoare la suspendarea și repunerea în termenul de prescripție extintivă.

5.3.1. Art. 700 C.civ., în forma sa originală de la 1864, prevedea un termen de opțiune de treizeci de ani⁴⁷. Acesta a fost redus în 1951 la șase luni iar textul a fost reform(ul)at în 1954⁴⁸: „Dreptul de a accepta succesiunea se prescrie printr-un termen de 6 luni socotit de la deschiderea succesiunii” (art. 700 alin.1). O serie de probleme s-au ridicat pe marginea acestui text⁴⁹:

- ce natură juridică are termenul de opțiune succesorală: este unul de prescripție extintivă sau de decădere? S-a reținut prima calificare, evidențiindu-se formularea textului legal și faptul că un termen de decădere nu este susceptibil de întrerupere și de suspendare;

- ce consecințe are scurgerea termenului de opțiune față de lipsa de reacție a succesibilului: va putea sau nu să fie considerat el un renunțător tacit? Legislația a fluctuat asupra acestui aspect, practica și autorii au ezitat la rândul lor, după care lucrurile s-au așezat în sensul considerării succesibilului indolent ca fiind un *străin de moștenire*. În practica notarială (unde se dezbat majoritatea covârșitoare a succesiunilor), deși cei mai mulți s-au raliat soluției de mai sus, au existat și unele nuanțe. Unele încheieri au invocat caracterul necontencios al procedurii succesorale și au mers pe soluția de maximă prudență a suspendării acesteia, chiar dacă cel puțin un acceptant se prezentase; or, fostul art. 78 lit. a) din Legea nr. 36/1995⁵⁰ (actualmente art. 75 alin. 1 lit. a), în forma republicată⁵¹) dispunea suspendarea numai dacă, deși legal citați, niciun succesibil nu s-a mai prezentat sau dacă au abandonat procedura fără a cere eliberarea certificatului de moștenitor. În cealaltă extremă s-au situat încheierile finale care declarau renunțător tacit pe succesibilul ce nu reacționase în vreun fel.

- legatarii particulari intră sau nu sub incidența art. 700 alin. 1 C.civ.? Controversa a pornit de la un argument speculativ: textul referindu-se la „dreptul de a accepta succesiunea”, adică o *universalitate*, nu ar viza legatarul particular. Soluția a fost demontată cu contraargumente pertinente încă din 1956 de către Mircea Ionescu, reluate și îmbogățite de către profesorul Chirică în 1996, cărora li s-a raliat în 1999 și profesorul Deak. Un număr deloc neglijabil de autori și de practicieni au continuat totuși să marșeze pe soluția criticată.

Acesta fiind stadiul problematicei la 1 octombrie 2011, răspunde noul cod civil cu un regim novator? Analiza textelor sale ne va lămuri.

5.3.2. Formularea art. 1103 este rezultatul multiplelor amendamente aduse art. 840 din Proiectul de cod civil din 2004⁵² de către Comisia ce l-a amendat în 2006-2008.

Primul alineat al art. 1103 anunță un nou termen de exercitare a opțiunii succesorale: un an, față de cele șase luni fixate prin Decr.nr. 88/21.VI.1951 și păstrate în Proiectul din 2004. Intervalul a fost prelungit, fiind apreciat ca prea scurt.

Mai observăm eliminarea din art. 840 Proiect a referirilor la prescriere și prescripție. În intenția Comisiei de amendare, **termenul de la art. 1103 NCC este unul de decădere dintr-un drept potestativ**: trecerea unui an de zile stinge însăși posibilitatea succesibilului de a mai opta. Alineatul ultim al art. 1103 NCC îl supune cauzelor de repunere în termen și de suspendare de la prescripția extinctivă, ceea ce nu îi schimbă calificarea.

Deformația profesională ne face probabil să vedem drepturi peste tot, formulându-ne automat noțiunea de *drept* de opțiune succesorală ca *drept* potestativ. În realitate, avem de-a face mai degrabă cu o facultate secundară de a acționa asupra situației juridice născute din decesul unui titular de patrimoniu. Așa cum arăta unul dintre autorii codului, „dacă dreptul potestativ se exercită printr-un *act juridic unilateral* [...] care depinde exclusiv de voința titularului său, el este, în sine, imprescriptibil extinctiv, deoarece încălcarea lui este imposibilă juridic (subiectul pasiv nu poate să împiedice declarația unilaterală de voință), nedând naștere la un drept la acțiune; în acest caz, nu există drept la acțiune și, deci, dreptul potestativ este imprescriptibil extinctiv (desigur, el se poate stinge prin [...] decăderea titularului în caz de neuz, adică de neexercitare a dreptului [...], însă aceasta reprezintă o chestiune distinctă de problema prescriptibilității drepturilor potestative)”⁵³. Această abordare este racordată la o teoretizare necunoscută la momentul redactării codurilor civile moderne (sec. XIX), cunoscută dar ignorată în dreptul român postbelic și consacrată legislativ abia astăzi, la început de sec. XXI.

Ultima consecință ce se poate trage din textul analizat privește calitatea succesibilului care, prin ipoteză, a rămas inactiv pe toată durata termenului de opțiune. Analizând textele din materia acceptării și renunțării, vom vedea cum noțiunea de *străin de moștenire* nu își mai are locul: după scurgerea termenului de un an, succesibilul areactiv va fi în principiu un acceptant tacit (art. 1120 alin. 1 NCC) sau, prin excepție, va fi prezumat renunțător tacit (art. 1112 și 1113 alin. 2 NCC). Cert este însă că, în ambele situații, dreptul său de opțiune succesorală este stins. Acesta a fost motivul pentru care Comisia de amendare a eliminat alineatul patru al art. 840 Proiectul de Cod civil din 2004.

Momentele de la care poate începe să curgă termenul analizat sunt expuse detaliat la alineatul al doilea al art. 1103 NCC: elemente cunoscute⁵⁴, fără alt caracter de absolută noutate pentru dreptul nostru decât reunirea lor codificată. Art. 840 Proiect mai conținea un terț aliniat care consacrase una dintre ideile dragi lui Mihail Eliescu: opțiunea în scară. Celebru civilist o inclusese în Proiectul de Cod civil din 1971⁵⁵; Comisia a decis în 2008 să o elimine, datorită complicațiilor pe care le-ar genera. Dincolo de relevanța argumentului practic invocat, apreciem că soluția lui Eliescu trebuia respinsă *ab initio*: exercitarea opțiunii succesorale nu este

un concurs reverențios, ci unul de vocații existente și exercitabile concomitent – adică din momentul deschiderii succesiunii – indiferent de calitatea și rangul în care se găsesc succesibilii. Prin urmare, eliminarea alineatului menționat ilustrează intenția clară a legiuitorului ca termenul de opțiune să înceapă să curgă concomitent pentru toți succesibilii, fără a ține cont de temeiul și forța vocației acestora⁵⁶.

ART. 1104 - Prorogarea termenului. (1) În cazul în care succesibilul a cerut întocmirea inventarului anterior exercitării dreptului de opțiune succesorală, termenul de opțiune nu se va împlini mai devreme de două luni de la data la care i se comunică procesul-verbal de inventariere.

(2) Pe durata efectuării inventarului, succesibilul nu poate fi considerat moștenitor, cu excepția cazului în care a acceptat moștenirea.

Textul nu are vreo legătură cu ceea ce a fost acceptarea sub beneficiu de inventar, aceasta dispărând ca noțiune în noul cod. Este vorba aici de un articol ce nu figura în Proiectul din 2004. A fost considerat util pentru ipotezele când succesibilul are anumite îndoieli cu privire la conținutul patrimoniului succesoral și, mai înainte de a-și exercita dreptul de opțiune succesorală, solicită întocmirea inventarului.

Art. 1105 – Retransmiterea dreptului de opțiune. (1) Moștenitorii celui care a decedat fără a fi exercitat dreptul de opțiune succesorală îl exercită separat, fiecare pentru partea sa, în termenul aplicabil dreptului de opțiune privind moștenirea autorului lor.

(2) În cazul prevăzut la alin. (1), partea succesibilului care renunță profită celorlalți moștenitori ai autorului său.

Codul civil de la 1864 soluționase problema într-o manieră simplă și conformă situației generate: „moștenitorii celui care transmite o moștenire altora formează o singură persoană; de unde rezultă că ei nu pot lua decât o singură hotărâre în privința întregii moșteniri transmise. Unii n-ar putea să primească moștenirea, iar alții să o lepede, pentru că nici autorul lor n-ar fi putut să o primească numai *pro parte*”⁵⁷. Ca urmare, opțiunea succesibilului decedat înainte de a o exercita se transmitea erezilor săi, care puteau accepta sau renunța în intervalul rămas din termenul legal de deliberare al autorului lor⁵⁸. Dezacordul erezilor asupra variantei de opțiune era soluționat forțat de legiuitor: acceptare sub beneficiu de inventar⁵⁹. Criticile unanime au vizat contrazicerea libertății de opțiune instituită de art. 686 C.civ. și obligarea erezilor – prin soluția forțată a art. 693 C.civ. – la raportul unei eventuale donații consimțite de defunct succesibilului decedat⁶⁰.

Legiuitorul din 2009 a preluat una dintre soluțiile propuse *de lege ferenda* de către profesorul Deak și a divizat opțiunea retransmisă eredității, de porțiunea virtuală convenită unui erede renunțator urmând a beneficia ceilalți coeredi acceptanți. Două observații decurg din această decizie legislativă:

a. soluția propusă este o revenire la rezolvarea dată de către Iustinian în consultația adresată unui oarecare Demosthenes în sec. VI⁶¹, apreciată și de către Alexandresco ca fiind mai justă⁶². În Franța, reforma succesorală din 2006 a înlocuit vechiul art. 782 Cod Napoléon (după care a fost tradus la noi art. 693 C.civ.) cu alineatul secund al art. 775: „Les héritiers de celui qui décède sans avoir opté exercent l'option séparément, chacun pour sa part”.

b. în practică, notarul public va conexează cele două moșteniri pentru a le dezbate succesiv. Dacă nu este posibilă conexarea și soluționarea succesivă a cauzelor⁶³, întâi se va dezbate succesiunea ultimului decedat, apoi cea a autorului comun (primul defunct). Exercițarea opțiunii față de moștenirea acestuia în condițiile art. 1105 NCC este concomitent un act de acceptare tacită a moștenirii succesibilului care a decedat fără a fi optat; dar pentru a beneficia de retransmitere este nevoie să se stabilească în prealabil că eredele respectiv are vocație concretă la averea succesibilului prematur dispărut.

5.4. Am observat la începutul acestei secțiuni cum regulile generale ale opțiunii succesoriale au rămas neschimbate: art. 1106 și 1121 alin. 1 NCC păstrează peste timp dispozițiile art. 775 și 785 Cod Napoléon⁶⁴, preluat la 1864 de către art. 686 și 696 C.civ.

ART. 1106 – Libertatea acceptării moștenirii. Nimeni nu poate fi obligat să accepte o moștenire ce i se cuvine.

ART. 1121 – Efectele renunțării.

(1) Succesibilul care renunță este considerat că nu a fost niciodată moștenitor.

(2) Partea renunțătorului profită moștenitorilor pe care i-ar fi înlăturat de la moștenire sau celor a căror parte ar fi diminuat-o dacă ar fi acceptat moștenirea.

Alineatul secund al art. 1121 NCC reia și completează în acord cu practica și literatura existentă art. 697 C.civ.⁶⁵ O concluzie importantă reiese însă sub aspect terminologic din acest alineat, corelat cu art. 1065 alin. 2⁶⁶ și 1072 NCC⁶⁷. Există în literatura și în practica noastră o neclaritate în privința semnificației noțiunii de (drept de) acrescământ. Astfel, s-a considerat că renunțarea unui succesibil (*e.g.*, fiul defunctului) ar face să opereze acrescământul în favoarea comoștenitorilor săi

(ceilalți fii ai defunctului) într-o succesiune legală⁶⁸; că nedemnitățile unuia dintre cei trei fii ai defunctului ar face să opereze acrescământul în favoarea celorlalți doi⁶⁹; că predecesul unui legatar universal atrage caducitatea dispoziției făcute în favoarea sa și, în consecință, operarea acrescământului în favoarea celui alt legatar universal⁷⁰; că renunțarea unui legatar particular la legatul conjunctiv permite colegatarilor săi să dobândească prin acrescământ. Soluțiile citate și altele similare au fost întemeiate legal pe art. 697 și 929 C.civ.

Fără a intra în toate detaliile privind originile problemei și consecințele ei practice, expunem pe scurt concluziile la care am ajuns și care ne-au motivat alegerea făcută în textele noului cod. Din motive de ordin istoric – felul cum au fost receptate soluțiile dreptului roman și maniera în care juriștii le-au interpretat în fiecare țară –, noțiunea de acrescământ (numit și adăugire, creștere sau sporire) apare folosită în dreptul succesoral comparat pentru una, mai multe sau toate ipotezele similare din devoluțiunea legală și testamentară. Neclaritatea este prezentă și la Dimitrie Alexandresco, a cărui operă a influențat literatura și practica românești subsecvente. Lectura atentă a complexe sale analize⁷¹ arată că, deși nu a tranșat clar terminologic, a redus noțiunea de drept de acrescământ la aplicarea art. 929 C.civ.⁷² Neclaritatea persista și în forma din 2009 a noului cod civil român, unde art. 1072 NCC se intitula „Dreptul de acrescământ”.

Ca urmare, am intervenit la lucrările legii de punere în aplicare a noului cod pentru a clarifica chestiunea și am apreciat – în sensul în care și profesorul Deak considerase⁷³ – că numai ultima ipoteză exemplificată mai sus și reglementată în vechiul cod la art. 929 se încadrează la noțiunea de acrescământ. Fiii comoștenitori nu au nevoie de vreun drept de creștere pentru a împărți partea fratelui lor renunțător sau nedemn: o vor face în virtutea vocației la întreg conferite de regulile devoluțiunii succesoriale legale. La fel, legatarul universal va culege, în virtutea chemării testamentare la întreg, partea colegatarului său universal renunțător; raționamentul se aplică *mutatis mutandis* și legatarilor cu titlu universal. În sinteză, regula este următoarea: de ineficacitatea unei vocații legale sau testamentare beneficiază succesibilul/succesorul ale cărui drepturi urmau să fie desființate/reduce dacă ar fi fost eficace (sau, cum se mai spune, beneficiază succesibilul/succesorul din a cărui parte urma să fie plătită). Prin art. 99 pct. 11 din Legea nr. 71/2011 am modificat în acest sens denumirea marginală a art. 1072, din „Dreptul de acrescământ” în „Destinația bunurilor constituind obiectul unui legat ineficace”. În intenția codului din 2011, dispozițiile alineatului secund al art. 1065 NCC au caracter excepțional raportat la regula mai sus expusă; aplicarea acestora este redusă numai la legatul particular conjunctiv, determinat în condițiile primului alineat al aceluiași 1065.

ART. 1107 – **Acceptarea moștenirii de către creditorii.** Creditorii succesibilului pot accepta moștenirea, pe cale oblică, în limita îndestulării creanței lor.

Textul soluționează în sensul decis de profesorul Deak⁷⁴ controversa privind posibilitatea unui creditor al unui succesibil de exercita opțiunea acestuia pe cale oblică, pentru a-și recupera creanța. Profesorul Chirică adusese argumente pertinente împotriva acestei soluții, legate de caracterul potestativ și de cel pronunțat personal ale dreptului de opțiune⁷⁵. Obsevăm aici un detaliu ce pare a fi scăpat legiuitorului: poziția lui Deak și a somităților literaturii franceze și românești fusese formulată sub vechiul cod civil, în care termenul de opțiune era considerat a fi unul de prescripție extinctivă. Este normal ca autori francezi de marcă să susțină în continuare acest lucru, căci calificarea legală nu s-a schimbat în Franța în urma reformelor succesoriale din 2001 și 2006. Am văzut însă cum la noi art. 1103 NCC s-a orientat spre natura de drept potestativ. Ca urmare, argumentele profesorului Chirică legate de caracterul potestativ au primit în noul cod civil consacrare legală, iar soluția art. 1107 NCC contravine concepției adoptate la art. 1103 NCC.

ART. 1108 – **Felurile acceptării.**

(1) Acceptarea poate fi expresă sau tacită.

(2) Acceptarea este expresă când succesibilul își însușește explicit titlul sau calitatea de moștenitor printr-un înscris autentic sau sub semnătură privată.

(3) Acceptarea este tacită când succesibilul face un act sau fapt pe care nu ar putea să îl facă decât în calitate de moștenitor.

ART. 1109 – **Înregistrarea actelor de acceptare.** În situația în care acceptarea este făcută printr-un înscris autentic, declarația de acceptare se va înscrie în registrul național notarial, ținut în format electronic, potrivit legii.

ART. 1110 – **Actele cu valoare de acceptare tacită.**

(1) Actele de dispoziție juridică privind o parte sau totalitatea drepturilor asupra moștenirii atrag acceptarea tacită a acesteia. Sunt astfel de acte:

a) înstrăinarea, cu titlu gratuit sau oneros, de către succesibil a drepturilor asupra moștenirii;

b) renunțarea, chiar gratuită, în folosul unuia sau mai multor moștenitori determinați;

c) renunțarea la moștenire, cu titlu oneros, chiar în favoarea tuturor comoștenitorilor sau moștenitorilor subsecvenți.

(2) De asemenea, pot avea valoare de acceptare tacită a moștenirii actele de dispoziție, administrare definitivă ori folosință a unor bunuri din moștenire.

(3) Actele de conservare, supraveghere și de administrare provizorie nu valorează acceptare, dacă din împrejurările în care acestea s-au efectuat nu rezultă că succesibilul și-a însușit prin ele calitatea de moștenitor.

(4) Sunt considerate a fi de administrare provizorie actele de natură urgentă a căror îndeplinire este necesară pentru normala punere în valoare, pe termen scurt, a bunurilor moștenirii.

Art. 1108 și 1110 NCC nu aduc elemente esențialmente noi față de art. 689-691 din vechiul cod. Art. 1108 reia fidel fostul art. 778 Cod Napoléon⁷⁶ (modelul art. 689 din 1864), ce a devenit prin reforma succesorală franceză din 2006 art. 782 c.civ.fr.⁷⁷. Pentru alineatul terț a fost avut în vedere și art. 476 c.civ.it.⁷⁸ Art. 1110 NCC este o variantă revizuită a vechiului art. 691 C.civ., cu detalierea făcute în literatura de specialitate și având ca reper și prevederile art. 783 c.civ.fr.⁷⁹ (pentru primul alineat) și ale art. 784 alin. 1 c.civ.fr.⁸⁰ (pentru al treilea alineat).

Art. 1109 NCC este însă nou prin schimbarea ce o operează în procedura notarială: înființarea Registrului național de opțiuni succesoriale. Acest registru electronic a fost în realitate funcțional încă din 2007, când UNNPR a făcut demersurile necesare pe lângă o companie informatică cu experiență în domeniu pentru a o asista la înființarea tuturor registrelor electronice necesare în vederea previzibilei intrări în vigoare a unui nou cod civil.

Caracter de relativă noutate în același domeniu al acceptării îl are art. 1111 NCC:

ART. 1111 – **Declarația de neacceptare.** Succesibilul care intenționează să îndeplinească un act ce poate avea semnificația acceptării moștenirii, dar care dorește ca prin aceasta să nu fie considerat acceptant, trebuie să dea în acest sens, anterior îndeplinirii actului, o declarație autentică notarială.

Am ales să-l calificăm ca fiind de o noutate relativă din două considerente:

a) codul nostru civil de la 1864 conținea un asemenea text la art. 707: „Dacă cu toate acestea, sunt în succesiune obiecte supuse stricăciunii, sau obiecte a căror conservare ar costa mult, eredele poate în calitatea sa de persoană în drept a succede și fără să se poată zice că s-a făcut acceptare din parte-i, să ia autorizarea justiției ca să se vândă acele obiecte”. Dar acest text era component al procedurii acceptării sub beneficiu de inventar, reglementând o ipoteză susceptibilă de a apărea în interiorul termenului maximal de trei luni și patruzeci de zile: necesitatea de a valorifica bunurile succesoriale perisabile, printr-un act de dispoziție ce să nu atragă acceptarea. Modificarea art. 700 în sensul reducerii drastice a termenului de opțiune succesorală de la treizeci de ani la șase luni a diminuat semnificativ utilitatea practică a termenului de inventar și de deliberare (art. 706 C.civ.), rămas tot de trei luni și patruzeci de zile; în plus, procedura succesorală a fost încredințată

notarilor de stat prin Decr. 40/1953. Cu contextul în care fusese conceput să funcționeze astfel profund schimbat, art. 707 C.civ. (ca și alte texte din secțiunea sa) nu a mai putut primi în a doua jumătate a sec. XX aplicarea frecventă pentru care fusese proiectat. Nu în ultimul rând, acceptarea sub beneficiu de inventar a dispărut, așa cum se va vedea imediat, din dreptul nostru succesoral (art. 1114 alin.2 NCC).

b) noțiunea de declarație de neacceptare nu era străină practicii noastre notariale. Este știut faptul că într-un număr foarte mare de cazuri notarul ajunge să fie sesizat pentru deschiderea procedurii succesorală după epuizarea termenului de opțiune, când interesații se confruntă cu necesități precum cea de a îndeplini formalitățile de publicitate imobiliară înainte de a înstrăina. Prudența izvorâtă din experiența profesională a dus la instalarea unei practici ce a devenit o cutumă: notarii îi puneau pe toți cei care nu acceptaseră în vreun fel și nici nu renunțaseră expres în interiorul termenului de șase luni să dea o declarație prin care afirmau faptul că nu au acceptat succesiunea. Se urmărea prin aceasta să se facă profilaxia unei anulări a certificatului de moștenitor prin invocarea retroactivă, după epuizarea termenului de opțiune, a unei acceptări tacite făcute în termen. Altfel spus, notarii încercau să se asigure că străinii de moștenire rămân definitiv străini. Acest sens al declarației de neacceptare dispăre sub imperiul noului cod pentru că dispăre însăși noțiunea de străin de moștenire: așa cum se va vedea imediat, renunțarea nu se prezumă (art. 1120 alin. 1 NCC), astfel că succesibilul indolent va fi un acceptant tacit.

Din aceste motive am afirmat că art. 1111 NCC, inspirat Comisiei din 2006-2008 de către art. 707 C.civ. și de art. 784 alin. 2 c.civ.fr.⁸¹, conține o noutate relativă. Textul dă un sens nou unei sintagme consacrate din practica notarială: *e.g.*, fiul defunctului care plătește din banii moștenirii impozitul aferent unui imobil succesoral nu va fi considerat acceptant tacit în sensul art. 1110 NCC dacă face, înainte de a achita, o declarație autentică notarială de neacceptare vizând respectiva plată. Mai observăm și cum declarația de neacceptare pe care o reglementează nu închide posibilitatea declarantului de a-și exercita ulterior opțiunea în orice fel, cât timp se mai găsește în interiorul termenului de la art. 1103 NCC.

ART. 1112 – Prezumția de renunțare

(1) Este prezumat, până la proba contrară, că a renunțat la moștenire succesibilul care, deși cunoștea deschiderea moștenirii și calitatea lui de succesibil, ca urmare a citării sale în condițiile legii, nu acceptă moștenirea în termenul prevăzut la art. 1.103. Citația trebuie să cuprindă, sub sancțiunea nulității acesteia, pe lângă elementele prevăzute de Codul de procedură civilă, și precizarea că, dacă succesibilul nu își exercită dreptul de a accepta moștenirea în termenul prevăzut la art. 1.103, va fi prezumat că renunță la moștenire.

(2) Prezumția de renunțare operează numai dacă citația i-a fost comunicată succesibilului cu cel puțin 30 de zile înainte de expirarea termenului de opțiune succesorală.

ART. 1113 – Reducerea termenului de opțiune

(1) Pentru motive temeinice, la cererea oricărei persoane interesate, un succesibil poate fi obligat, cu aplicarea procedurii prevăzute de lege pentru ordonanța președințială, să își exercite dreptul de opțiune succesorală înăuntrul unui termen stabilit de instanța judecătorească, mai scurt decât cel prevăzut la art. 1.103.

(2) Succesibilul care nu optează în termenul stabilit de instanța judecătorească este considerat că a renunțat la moștenire.

ART. 1120 – Forma renunțării

(1) Renunțarea la moștenire nu se presupune, cu excepția cazurilor prevăzute la art. 1.112 și art. 1.113 alin. (2).

(2) Declarația de renunțare se face în formă autentică la orice notar public sau, după caz, la misiunile diplomatice și oficiile consulare ale României, în condițiile și limitele prevăzute de lege.

(3) Pentru informarea terților, declarația de renunțare se va înscrie, pe cheltuiala renunțătorului, în registrul național notarial, ținut în format electronic, potrivit legii.

Alăturarea art. 1120 NCC, din secțiunea privind renunțarea la moștenire, la art. 1112 și 1113 NCC nu este întâmplătoare. În forma proiectată de Comisia de amendare a Proiectului din 2004, art. 1112 avea o redactare sensibil diferită și completa un cerc conceptual format din trei texte:

Art. 13 – **Renunțarea la drept.** Renunțarea la un drept nu se prezumă.

Art. 1112 – **Expirarea termenului de opțiune.** Succesibilul care nu a renunțat la moștenire în termenul de opțiune succesorală este considerat că a acceptat în mod tacit moștenirea

Art. 1120 – **Forma renunțării.** (1) Renunțarea la moștenire nu se presupune.

Instituind în Titlul preliminar al codului principiul de securitate juridică conform căruia un drept nu se pierde prin tăcere (art. 13 NCC), legiuitorul din 2006-2008 a tras din acesta o concluzie simplă în materie de opțiune succesorală: **renunțarea la moștenire nu poate fi decât expresă.** Noua regulă a jocului se situa astfel diametral opus față de regimul vechiului cod civil, făcând să dispară noțiunea de străin de moștenire și lăsând fără obiect discuțiile pe marginea art. 700 alin. 1 C.civ. Dezbaterile ulterioare din Parlament au trebuit să țină seama de o observație

importantă, venită din partea UNNPR: ideea de a nu pierde dreptul printr-o simplă inacțiune este una generoasă teoretic, dar susceptibilă de a genera dificultăți practice importante. S-a apreciat că noua regulă este susceptibilă de a jena soluționarea unei moșteniri, prin incertitudinea pe care o poate întreține într-o ipoteză concretă cu privire la calitatea tuturor succesibililor (toți fiind prezumtiv acceptanți). Mai mult, s-a estimat că o rea credință abil condusă în scop șicanator de către unul dintre succesibili ar putea duce respectiva dezbatere într-o stare de șah permanent⁸². Comisia juridică a Camerei Deputaților a ținut seama de această observație, ajungându-se prin dezbateri la forma revizuită din codul promulgat în anul 2009:

ART. 1112 – **Prezumția de renunțare**. Este prezumat, până la proba contrară, că a renunțat la moștenire succesibilul care, deși cunoștea deschiderea moștenirii și calitatea lui de succesibil, ca urmare a notificării sale în condițiile legii, nu acceptă moștenirea în termenul prevăzut la art. 1.103.

Lucrările din lunile aprilie-mai 2010, desfășurate în cadrul Comisiei de redactare a Legii de punere în aplicare, au dus la modificarea și completarea art. 1112 și 1120 NCC.

Astfel, cuvântul *notificare* a fost înlocuit cu *citare*, pentru că notificarea poate fi făcută de o persoană interesată (comoștenitor sau debitor), iar nu de către instanță sau notarul public. Or, legiuitorul a prezumat renunțarea ca urmare a îndeplinirii unei proceduri judiciare sau notariale, iar nu prin notificarea adresată de un moștenitor către alt succesibil cu care ar urma să vină la succesiune. Această modificare terminologică s-a făcut și pentru corelare cu terminologia agreată de Comisia de redactare a LPA pentru formularea modificată a fostului art. 75 din Legea nr. 36/1995. S-a mai ajuns la concluzia că în citație trebuie să se menționeze, pe lângă elementele prevăzute de lege, și faptul că, dacă nu-și exercită dreptul de a accepta în termenul prevăzut de art. 1103, succesibilul va fi prezumat că renunță la moștenire.

S-a mai adăugat și un alineat secund la art. 1112 NCC: „Prezumția de renunțare operează numai dacă citația i-a fost comunicată succesibilului cu cel puțin trei luni înainte de expirarea termenului de opțiune succesorală”. Textul a izvorât din preocuparea de a da efectiv succesibilului citat timpul necesar pentru a reacționa. Termenul a fost redus de la trei luni la numai treizeci de zile, la propunerea Comisiei juridice a Camerei Deputaților.

În fine, alineatul întâi al art. 1120 NCC a fost completat la inițiativa Comisiei de redactare a LPA: s-a acoperit și cazul prevăzut la art.1112, astfel încât să nu existe posibilitatea să se deducă faptul că unica formă de renunțare este cea prevăzută de art.1120 alin.(2).

Aceasta a fost odiseea textelor în discuție. Forma lor finală a fost fixată prin art. 99 pct. 18 și 21 ale LPA. La o privire concluzivă, observăm cum art. 13, 1112 și 1120 se susțineau reciproc în 2008 pentru a face funcțională o concepție cu privire la opțiunea succesorală: renunțarea nu se prezumă (13, aplicat de 1120) și, pe cale de consecință, cel care nu a renunțat expres este un acceptant tacit (1112). Reformularea art. 1112 reținută în varianta din 2009 a codului a urmărit ameliorarea regimului dar a destabilizat formula de echilibru inițială. Tulburarea a trebuit să fie aplanată prin măsuri de reechilibrare a textelor, luate prin legea de punere în aplicare și modificare a codului. Dar care este atunci la nivelul lui 1 octombrie 2011 regimul stabilit de cele trei texte? De două aspecte trebuie ținut seama pentru a răspunde:

a) în practică, majoritatea moștenirilor se dezbat după expirarea termenului de opțiune. Ca urmare, termenul prevăzut la alin. 2 al art. 1112 NCC pentru efectuarea procedurii de citare a succesibililor va fi depășit și prezumția de renunțare nu va mai putea fi construită;

b) procedura are oricum ca rezultat o fragilă prezumție relativă, susceptibilă de probă contrară.

Concluzionăm că rata de aplicare concretă a renunțării tacite instituite la art. 1112 NCC va fi suficient de redusă pentru a nu modifica funcționarea regulii intenționate de Comisia din 2006-2008: **lipsa de reacție din partea unui succesibil îl așează în postura de acceptant tacit**. Așa cum anticipam ceva mai sus, regimul instituit de noul cod civil român în această materie este reeditarea fidelă peste timp a reformei opțiunii tutelată de Iustinian în sec. VI. Împăratul bizantin avea nevoie de resurse financiare pentru a-și susține efortul militar de refacere a unității Imperiului Roman; transformarea succesibilului indolent din renunțător tacit (cum era până la Iustinian) în acceptant tacit a mărit baza de impozitare, prin supunerea la capitația de 5% a cetățenilor neglijenți în privința moștenirilor la care au vocație. Nivelul scăzut al impozitului succesoral în stadiul din 2008 al legislației românești ne arată că nu acestea au fost motivele pentru care s-a schimbat regula în materie⁸³. Motivația se află în intenția principală sintetizată la art. 13 NCC – de a nu permite pierderea unui drept prin simpla tăcere a titularului acestuia.

Pentru a epuiza problema jocului acceptare-renunțare în noul cod civil, mai trebuie examinate prevederile art. 1113 NCC. Primul alineat conține o prevedere nouă pentru dreptul nostru succesoral: prin excepție de la art. 1101 și 1106 NCC (liberitatea acceptării sau renunțării), motive temeinice pot justifica obligarea pe cale de ordonanță președințială a succesibilului de a se pronunța înainte de expirarea termenului de opțiune de la art. 1103 NCC. Alineatul al doilea îl declară renunțător la moștenire pe succesibilul care a rămas inactiv pe durata termenului redus conform primului alineat.

ART. 1114 – Efectele acceptării

(1) Acceptarea consolidează transmisiunea moștenirii realizată de plin drept la data decesului.

(2) Moștenitorii legali și legatarii universali sau cu titlu universal răspund pentru datoriile și sarcinile moștenirii numai cu bunurile din patrimoniul succesoral, proporțional cu cota fiecăruia.

(3) Legatarul cu titlu particular nu este obligat să suporte datoriile și sarcinile moștenirii. Prin excepție, el răspunde pentru pasivul moștenirii, însă numai cu bunul sau bunurile ce formează obiectul legatului, dacă:

a) testatorul a dispus în mod expres în acest sens;

b) dreptul lăsat prin legat are ca obiect o universalitate, cum ar fi o moștenire culeasă de către testator și nelichidată încă; în acest caz, legatarul răspunde pentru pasivul acelei universalități;

c) celelalte bunuri ale moștenirii sunt insuficiente pentru plata datoriilor și sarcinilor moștenirii.

(4) În cazul înstrăinării bunurilor moștenirii după deschiderea acesteia, bunurile intrate în patrimoniul succesoral prin efectul subrogației pot fi afectate stingerii datoriilor și sarcinilor moștenirii.

Alineatul întâi nu este o noutate, conținând o formulare acceptată în literatura noastră sub imperiul vechiului cod civil și preluată, sub aspectul redactării textului, din art. 645 CCQ⁸⁴.

Alineatul secund este însă o schimbare a regimului tradițional practicat sub vechiul cod civil, ce fusese preluat din Codul civil francez de la 1804, la rândul său purtător al soluției dreptului roman: succesorul universal continuă persoana defunctului, patrimoniul său și al defunctului confundându-se ca urmare a acceptării principial pură și simplă. Succesibilul putea, în mod excepțional, să blocheze confuziunea patrimoniilor și accederea creditorilor succesoralii la activul său personal prin declanșarea procedurii de acceptare sub beneficiu de inventar (art. 704-723 C.civ.). Aceste coordonate ale efectelor acceptării au dispărut pentru moștenirile deschise după 1 octombrie 2011. Art. 1114 alin. 2 NCC limitează exclusiv la activul moștenirii posibilitatea creditorilor succesoralii de a-și recupera creanțele. Acest regim pune la adăpost pe succesibilii care ignoră de bună credință existența unui pasiv succesoral neconvenabil. Soluția este binevenită într-o perioadă de criză economică, unde credite nerambursate de către *decuius* și necunoscute succesibililor le pot ocaziona surprize nedorite. Excepția este reglementată la art. 1119 alin. 2 NCC, unde legea face din succesibilul culpabil un acceptant forțat pur și simplu⁸⁵.

Cel de-al treilea alineat reiterează cunoscuta (art. 775 și 909 C.civ.) regulă a scutirii legatarilor particulari de suportarea pasivului moștenirii. Cazurile de excepție de la literele a-c se completează, în intenția legiuitorului, cu dispozițiile de la garanții, pentru că în 2006-2008 s-a eliminat din textul art. 845 alin. 3 Proiect 2004 referirea la grevarea cu garanții sau alte sarcini reale⁸⁶.

În fine, ultimul alineat a fost introdus special de Comisia de amendare a Proiectului 2004, considerat a fi o soluție importantă în cazul înstrăinării bunurilor moștenirii după deschiderea acesteia.

5.3bis. Sinteza schimbărilor operate în materia opțiunii succesoriale este acum atât posibilă, cât și necesară.

Acceptarea sau renunțarea la o moștenire rămâne o alegere cu caracter pronunțat personal a succesibilului (art. 1101 alin. 1 și 1106 NCC), contrazis numai de prevederile art. 1107 NCC. Dreptul său este unul potestativ, a cărui exercitare nu va putea fi forțată decât de propria culpă⁸⁷: renunțarea tacită de la art. 1111 și 1113 alin. 2, respectiv cazul actelor de rea credință reglementate în art. 1119 alin. 1 NCC. Lipsa de reacție a succesibilului în termenul de decădere de un an de zile (art. 1103 NCC) îl aduce în postura de acceptant tacit (art. 1120 alin. 1 NCC).

Acceptarea expresă (art. 1108 alin. 2 NCC) sau tacită (art. 1108 alin. 3, 1110 și 1120 alin. 1 NCC) nu duce la confundarea patrimoniului moștenitorilor cu cel al defunctului (art. 1114 alin. 2 NCC). Mai mult, conform art. 1143 alin. 2 NCC⁸⁸ coroborat cu art. 680 alin. 1 NCC⁸⁹, partajul a primit caracter translativ; aceasta înseamnă că, pe durata cuprinsă între deschiderea moștenirii și data partajului, patrimoniul se va transmite de la *decuius* la indiviziunea succesorală (art. 1114 alin. 1 NCC), se va lichida pasivul succesoral, urmând ca succesorii să dobândească începând cu data partajului numai activul. Noul cod conține câteva dispoziții relative la inventarierea și măsurile speciale referitoare la bunurile succesoriale, inspirate de art. 71-74 din Legea nr. 36/1995 (abrogate prin art. 230 lit. b) din Legea nr. 71/2011). Procedura completă a lichidării pasivului succesoral a fost însă lăsată pe seama modificărilor ce sunt în curs de a fi aduse Legii nr. 36/1995 a notarilor publici și activității notariale. Art. 68 din Proiectul de modificare a acesteia dispune introducerea după art. 78 a unui nou art. 78¹:

Art. 78¹. – (1) Dacă prin lege nu se prevede altfel, la cererea moștenitorilor legali sau testamentari notarul public poate proceda la lichidarea pasivului succesoral, înstrăinarea activului sau partajarea și atribuirea bunurilor, potrivit acordului moștenitorilor.

(2) Procedura de lichidare a pasivului succesoral de către notarul public se stabilește prin regulamentul de punere în aplicare a legii.”

Intenția este ca această procedură să aibă ca model art. 776-835 CCQ.

6. Concluziile finale sunt în sensul îndreptăririi noului cod civil de a-și arbora adjectivul inițial. Am remarcat la fiecare dintre textele selectate pentru analiză cum legiuitorul a menținut ceea ce i-a părut corespunzător din codul vechi, apoi a inovat reținând pașii înaintea făcuți în legislația, literatura și jurisprudența română și comparată (preponderent franceză, din Québec și italiană). Rezultatul este o inovație prudentă și care s-a dorit a fi atentă la cerințele și posibilitățile de asimilare specifice societății românești. Practica și analizele teoretice ulterioare ne vor spune în ce măsură s-a reușit și vor aprecia calitatea lucrărilor desfășurate.

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

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

² Publicată în SUBB nr. 4/2010, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=354>.

³ V. înregistrarea prezentării video făcute la INM, în data de 8 septembrie 2011, disponibilă online pe situl: <http://www.inm-lex.ro/NCC/video1.html>.

⁴ Argumentul naște însă întrebarea dacă, în loc să se elimine justa reprezentare a renunțătorului, nu ar fi trebuit să fie introduse renunțarea anticipată la moștenire și liberalitățile transgeneraționale? Nu cumva ar fi fost satisfăcute astfel ipotezele de la punctul b)?

⁵ Publicat inițial în M.of. nr. 511/24 iulie 2009 și republicat, ca urmare a modificărilor aduse de Legea nr. 71/2011, în M.of. nr. 505/15 iulie 2011.

⁶ Legea nr. 71/3 iunie 2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M.of. nr. 409/10 iunie 2011.

⁷ Rezultată din practica tribunalului centumvirilor în materie de petiție de ereditate, inaugurată începând din sec. III a.Chr. și concretizată legislativ în anul 40 a.Chr. prin adoptarea *lex Falcidia* (pentru detalii, v. VI. Hanga, M.D. Bob, *Curs de drept privat roman*, Universul juridic, București, 2011, p. 219-220, nr. 11.2).

⁸ Art. 841 – „Liberalitățile, fie făcute prin acte între vii, fie făcute prin testament, nu pot trece peste jumătatea bunurilor dispunătorului dacă la moarte-i lasă un copil legitim; peste o a treia parte, dacă lasă doi copii; peste a patra parte, dacă lasă trei sau mai mulți.” și art. 843 – “Liberalitățile, prin acte între vii sau prin testament, nu pot trece peste jumătatea bunurilor, dacă în lipsa de descendenți, defunctul lasă tata și mama sau peste trei sferturi, dacă lasă numai pe unul din părinți”.

⁹ Pentru detalii, v. Ion Rosetti-Bălănescu, Alexandru Băicoianu, *Drept civil român. Regimuri matrimoniale. Succesiuni. Donațiuni. Testamente*, Socec, București, 1948, p. 252-253 nr. 601 și 603. V. și detaliile oferite în prima parte a acestui studiu: Mircea Dan Bob, *Propter veteris iuris imitationem*: nou și vechi în materie succesorală în noul cod civil (I), în SUBB nr. 4/2010, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=354>, nr. 3.7.

¹⁰ „Liberalitățile făcute de soțul predecedat nu vor putea trece peste jumătate din drepturile prevăzute la art. 1, în favoarea soțului supraviețuitor”.

- ¹¹ Bălănescu, Băicoianu, *op.cit.*, p. 694 nr. 1687 și p. 697-698 nr. 1695; Mihail Eliescu, *Curs de succesiuni* (ediția 1947, republicată sub îngrijirea Cristinei Mihaela Crăciunescu), Humanitas, București, 1997, p. 154-155; id., *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul RSR*, Ed. Academiei RSR, București, 1966, p. 338-339.
- ¹² Francisc Deak, *Stabilirea drepturilor succesoriale ale ascendenților privilegiați și colateralilor privilegiați în concurs cu soțul supraviețuitor (II)*, RRD 4/1989, p. 33-35: rezerva soțului se impută pe întreg, cea a descendenților sau a ascendenților privilegiați se impută pe restul rămas și cota liberă astfel determinată este cotitatea disponibilă.
- ¹³ Dan Chirică, *Caracterul colectiv al rezervei și consecințele practice ale acestuia*, SUBB 1/2003, p. 33-37. A propus astfel adunarea cotei de rezervă determinate conform art. 2 din Legea 319/1944 cu cea determinată de art. 841 C.civ. (sau 843, după caz); rezerva globală rezultată prin această adunare folosește la delimitarea cotității disponibile și se va împărți în concret între rezervatari aplicând regulile de devoluțiune legală ale art. 1 L. 319/1944 și art. 669-670 C.civ. (v. și *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Rosetti, București, 2003, p. 306-308 și 314).
- ¹⁴ Romeo Popescu, *Dreptul de moștenire. Limitele dreptului de a dispune prin acte juridice de bunurile moștenirii*, Universul juridic, București, 2004, p. 160.
- ¹⁵ Francisc Deak, *Tratat de drept succesoral*, Actami, București, 1999, p. 335-336 nr. 194.
- ¹⁶ Mircea Dan Bob, *loc.cit.supra*.
- ¹⁷ Trebuie precizat că s-a modificat astfel forma inițială a art. 1087 NCC, dar s-a uitat să se opereze elidarea corespunzătoare și la art. 1126 NCC. Calitățile de sezinar și de rezervatar sunt corelate în logica lor instituțională: ca urmare, retragerea în 2009 a colateralilor privilegiați dintre rezervatari trebuia să fie urmată de ștergerea lor dintre sezinari, lucru care s-a făcut abia prin LPA (art. 99 pct. 23 Legea nr. 71/2011).
- ¹⁸ Francisc Deak, *op.cit.*, p. 352.
- ¹⁹ Mircea Dan Bob, *op.cit.* nr. 3.5.
- ²⁰ Michel Grimaldi, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Litec, Paris, 2011, p. 360 nr. 1474.
- ²¹ V. și art. 630 CCO: „Tout successible a le droit d'accepter la succession ou d'y renoncer”.
- ²² ART. 1106 – **Libertatea acceptării moștenirii**. Nimeni nu poate fi obligat să accepte o moștenire ce i se cuvine.
- ²³ ART. 1121 – **Efectele renunțării**.
(1) Succesibilul care renunță este considerat că nu a fost niciodată moștenitor.
(2) Partea renunțătorului profită moștenitorilor pe care i-ar fi înlăturat de la moștenire sau celor a căror parte ar fi diminuat-o dacă ar fi acceptat moștenirea.
- ²⁴ Art. 686 – Nimeni nu este obligat de a face acceptarea unei moșteniri ce i se cuvine. Art. 696 – Eredele care renunță este considerat că n-a fost niciodată erede. Art. 697 – Partea renunțătorului profită coerezilor săi; dacă este singur, succesiunea trece la gradul următor.
- ²⁵ V. Deak, *Tratat*, p. 435 nr. 259 și p. 441 nr. 261; Chirică, *Drept civil*, p. 378 nr. 501 și 502; Dumitru Macovei, Iolanda Elena Cadariu, *Drept civil. Succesiuni*, Junimea, Iași, 2005, p. 221-223 nr. 3 și 4..
- ²⁶ Pentru detalii, v. Ovidiu Ungureanu, Cornelia Munteanu, *Tratat de drept civil. Bunurile. Drepturile reale principale*, Hamangiu, București, 2008, p. 9-10 nr. 10.
- ²⁷ Eliescu, *Transmisiunea și împărțea moștenirii în dreptul RSR*, Ed. Academiei, București, 1966, p. 91; Deak, *op.cit.*, p. 436; Chirică, *op.cit.*, p. 378; Macovei, Cadariu, *op.cit.*, p. 221.

- ²⁸ TS civ., dec. 1984/ 24.X.1972, în *Repertoriu ... 1969-1975*, p. 202 nr. 507. De menționat că în același sens se decisese și de către C.Ap. Craiova I, dec. 86/1887, în *Dreptul 1888.143*; Cas. I, dec. 660/1938, în F. Mihăilescu, S.C. Popescu, *Jurisprudența ICCJ ... 1934-1943*, București, 1944, p. 444.
- ²⁹ Conform textului original: "Eredele ce renunță la succesiune poate popri darul, sau a cere legatul ce i s-a făcut, în limitele cotității disponibile".
- ³⁰ V. autorii citați la nota 27.
- ³¹ Pentru detalii, v. *Nota* noastră critică la sent.civ. nr. 4196/2.IV.2001 a Judecătoriei sect. 2 București, în *Pandectele Române 2/2002*, p. 192-193.
- ³² Pentru critica acesteia, v. Deak, *op.cit.*, p. 443-445; Chirică, *op.cit.*, p. 387 nr. 518.
- ³³ Este vorba de textul din forma de la 1804 a Codului Napoléon. Legea din 24 martie 1898 a modificat art. 843 pentru ca legatele să fie expres prezumate a fi făcute cu dispensă de raport, iar Legea n°2006-728 du 23 juin 2006 i-a amenajat formularea fără a-i afecta substanța sub aspectul care ne interesează:
- „Tout héritier, même ayant accepté à concurrence de l'actif, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément hors part successorale.
- Les legs faits à un héritier sont réputés faits hors part successorale, à moins que le testateur n'ait exprimé la volonté contraire, auquel cas le légataire ne peut réclamer son legs qu'en moins pregnant".
- ³⁴ „[...] în art. 752, 754, 756 și 846 trebuie suprimate cuvintele care se referă la raportul legatelor" (Matei Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, 1921, p. 272). V. și Cas. I, dec. 46/1915, în *Jurisprudența Română 1915*, p. 180; Mihai G Rarincescu, *Curs de drept civil pentru anul IV licență. Succesiunile (ab intestato și testamentare). Donațiunile*, București, 1945, p. 429-430; Deak, *op.cit.*, p. 396 nota 196; Chirică, *op.cit.*, p. 489 nr. 667.
- ³⁵ Alexandru Cerban, *Notă* la dec. 1139/1921 a Cas. I civ., în *Curierul judiciar 1922*, p. 217.
- ³⁶ Rosett-Bălănescu, Băicoianu, *op.cit.*, p. 378 nr. 946; v. și p. 710-711 nr. 1717-1718.
- ³⁷ "[...] Soția (legatară universală) poate, renunțând la legat, să moștenească întreaga masă succesorală în calitatea ei de succesoare legală" (Trib.jud. Suceava, dec. 839/12.VIII.1980, în *RRD 3/1981*, p. 60); „prin opțiune, legatarul a renunțat la calitatea de moștenitor testamentar și a acceptat succesiunea legală [...]" (Trib.jud. Suceava, dec.civ. 736/26.VI.1984, în *RRD 12/1984*, p. 73); C.Ap. București IV civ., dec. 451/1999 în *Curtea de Apel București. Culegere de practică judiciară în materie civilă 1999*, p. 151-153. Soluția se sprijină și pe un argument de tradiție juridică: „După principiile admise în Codul Caragea, moștenitorul poate să păstreze moștenirea și legatul date lui, sau numai pe unul dintr-însele, după cum îi va conveni. Primirea legatului nu implică *eo ipso* renunțarea la moștenire" (C.Ap. Galați I, dec. 144/1886, în *Dreptul 1887*, p. 614).
- ³⁸ V. și François Terré, Yves Lequette, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, Paris, 1997, p. 539. „Dacă compunerea succesiunii defunctului este de natură a da loc la deschiderea unui drept de reînțoarcere legală în folosul adoptatorului donator (art. 316-317 C.civ., abrogate în 1954 – n.ns. MDB), acesta va putea refuza succesiunea anormală, acceptând însă pe cea de drept comun sau viceversa. Se poate spune că în această ipoteză există două succesiuni, în privința cărora succesibilul poate lua hotărâri *independente*. Însă, acceptările respective sunt indivizibile" ((Rosett-Bălănescu, Băicoianu, *op.cit.*, p. 295 nr. 719). Soluție este acceptată și în Québec, ca o atenuare a principiului indivizibilității opțiunii, deși dreptul de rețut a fost de asemenea abrogat de noul lor cod civil în 1994, (Germain Brière, *Droit des successions*³, ed. revăzută și actualizată de Jacques Beaulne, Wilson & Lafleur, Montréal, 2002,

- p. 83-84 nr. 138). Doctrina a mers chiar mai departe, acceptând să vadă în art. 736 CCQ un text care lasă să se înțeleagă existența cumulului de vocații succesoriale și posibilitatea de a exercita opțiuni distincte când un legatar cu titlu universal este concomitent și moștenitor legal: "Les biens que le testateur laisse sans en avoir disposé, ou à l'égard desquelles les dispositions sont privées d'effet, demeurent dans sa succession *ab intestat* et sont dévolus suivant les règles relatives à la dévolution légale des successions".
- ³⁹ „Această dualitate a modurilor de transmisiune este prevăzută de art. 650, după care succesiunea se deferă sau prin lege, sau după voința omului, prin testament'." (Rosett-Bălănescu, Băicoianu, *op.cit.*, p. 218 nr. 500)
- ⁴⁰ Ceea ce nu constrânge în practică pe succesibili să menționeze expres în fiecare caz vocația pe care o vizează prin opțiune; eventuala distincție între temeieri este cea care trebuie să apară expres.
- ⁴¹ „Toutefois, celui qui cumule plus d'une vocation successorale à la même succession a, pour chacune d'elles, un droit d'option distinct'."
- ⁴² „Noțiunea de exheredare se utilizează numai dacă moștenitorul legal este *înlăturat* de la moștenire (în limitele permise de lege), nu și atunci când se micșorează numai emolumentul moștenirii prin legate cu titlu particular sau cu titlu universal dar care nu epuizează cotitatea disponibilă" (Deak, *op.cit.*, p. 299 nota 177).
- ⁴³ În dreptul roman, prin erede instituit se înțelege continuatorul persoanei defunctului desemnat prin testament, adică cel căruia i s-a conferit vocație la universalitatea moștenirii.
- ⁴⁴ Substituția vulgară era frecvent folosită în testamente de către romani, în principal pentru a nu rămâne fără un continuator al persoanei defunctului.
- ⁴⁵ Dualitatea drept civil – drept pretorian a fost caracteristică dreptului roman. Dreptul civil era bazat pe Legea celor XII Table (a. 449 a.Chr.) și conținea un set de reguli ce au devenit în timp desuete, incapabile de a mai soluționa problemele societății romane de la sfârșitul Republicii (sec. II a.Chr.). Așa cum în Anglia sistemul *Equity* a venit începând din sec. XVI să corecteze *common law*-ul ajuns în anchiloză, la Roma soluțiile propuse de pretor în baza competenței conferite de legile *Aebutia* (149-126 a.Chr.) și *Iulia iudiciaria* (17 a.Chr.) au format un sistem paralel și progresist – cel al dreptului pretorian.
- ⁴⁶ Hanga, Bob, *op.cit.*, p. 224 nr. 15; Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *Histoire du droit civil¹*, Dalloz, Paris, 2002, p. 1308 nr. 708-709.
- ⁴⁷ Art. 700 c.civ.: „Facultatea de a accepta sau a se lepăda de o succesiune se prescrie prin timpul ce se cere pentru prescripția cea mai lungă a drepturilor imobiliare”. Acest termen era determinat de art. 1890 c.civ.: „Toate acțiunile atât reale cât și personale pe care legea nu le-a declarat neprescriptibile, și pentru care n-a defipt un termen de prescripțiune, se vor prescrie prin 30 de ani, fără ca cel ce invocă această prescripțiune să fie obligat a produce vreun titlu și fără să i se poată opune reaua credință”.
- ⁴⁸ Pentru detalii asupra succesiunii actelor normative, v. Mihail Eliescu, *op.cit.*, p. 96-97.
- ⁴⁹ Rezumăm aici doar principalele controverse. Pentru detalii asupra tuturor problemelor ce s-au ridicat, v. Eliescu, *op.cit.*, p. 97-113; Deak, *op.cit.*, p. 441-454; Chirică, *op.cit.*, p. 385-394, cu jurisprudența și doctrina acolo indicate.
- ⁵⁰ Legea notarilor publici și a activității notariale, publicată în M.of., p. I, nr. 92/16.V.1995.
- ⁵¹ Republicată cu modificările cerute de art. 218 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a codului civil, în M.of. nr. 732/21.X.2011.

⁵² Art.840 – **Prescripția dreptului de opțiune succesorală.** (1) Dreptul de opțiune succesorală se prescrie în termen de 6 luni de la data deschiderii succesiunii.

(2) Termenul de prescripție curge de la data:

- a) nașterii celui chemat la moștenire, dacă nașterea s-a produs după deschiderea succesiunii;
- b) înregistrării morții în registrul de stare civilă, dacă înregistrarea se face în temeiul unei hotărâri judecătorești de declarare a morții celui care lasă moștenirea, afară numai dacă succesibilul a cunoscut faptul morții sau hotărârea de declarare a morții la o dată anterioară, când va curge termenul de la această din urmă dată
- c) la care legatarul a cunoscut sau trebuia să cunoască testamentul prin care a fost instituit ca legatar, dacă acesta este descoperit după deschiderea succesiunii;
- d) la care succesibilul a cunoscut sau trebuia să cunoască legătura de rudenie pe care se întemeiază vocația sa succesorală, dacă el a cunoscut-o după deschiderea succesiunii.

(3) Pentru moștenitorii legali din clasele subsecvente, termenul de prescripție este de 2 luni și începe să curgă de la data expirării termenului în care succesibilii din clasa anterioară puteau să-și exercite dreptul de opțiune succesorală, dispozițiile alin.(2) lit.a) și d) fiind aplicabile.

(4) Succesibilul care nu a acceptat succesiunea în termenul de prescripție a dreptului de opțiune succesorală este considerat străin de moștenire.

⁵³ Marian Nicolae, *Tratat de prescripție extinctivă*, Universul juridic, București, 2010, p. 453 cu nota 3.

⁵⁴ Deak, *op.cit.*, p. 445-448 nr. 265; Chirică, *op.cit.*, p. 388 nr. 519.

⁵⁵ Art. 881 – **Prescripția dreptului de opțiune.** Alineatul 2: „[...] Pentru cei din clasa chemată în al doilea rând la moștenire, dreptul de a alege între acceptare sau renunțare se prescrie prin 2 luni socotite de la expirarea termenului de 6 luni, afară numai dacă ci din clasa chemată în prim rând au renunțat mai înainte, când termenul de 2 luni va curge de la această dată. În toate cazurile, termenul nu poate fi mai scurt decât 6 luni de la dechiderea moștenirii”.

⁵⁶ „Cu alte cuvinte, termenul de opțiune este unic și începe să curgă de la data morții celui care lasă moștenire nu numai pentru succesibilii chemați în primul rând la moștenire (moștenitori dintr-o clasă mai apropiată sau de un grad mai apropiat ori legatarul desemnat în primul rând în cadrul substituției vulgare), dar și pentru succesibilii subsecvenți (dintr-o clasă sau de un grad mai îndepărtat ori legatarul desemnat pentru cazul în care primul gratificat nu ar putea sau nu ar voi să primească legatul)” (Deak, *op.cit.*, p. 446-447). În același sens: Chirică, *loc.cit.supra*.

⁵⁷ Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică ...*, vol. III/2, Socec, București, 1912, p. 260. În același sens se exprima și profesorul Deak: “fiind vorba de dreptul de opțiune unic și indivizibil al defunctului, retransmis – ca atare – asupra propriilor moștenitori, el urmează să fie exercitat unitar, așa cum l-au dobândit” (Deak, *op.cit.*, ediția 1999, p. 433).

⁵⁸ Art. 692 C.civ.: „Când cel căruia se cuvine o succesiune a murit fără să se fi lepădat de dânsa, sau fără s-o fi acceptat expres sau tacit, erezii săi pot de-a dreptul să o accepte sau să se lepede de dânsa”.

⁵⁹ Art. 693: „Dacă erezii nu se învoiesc pentru acceptarea sau pentru lepădarea succesiunii, succesiunea se va accepta sub beneficiu de inventar”.

⁶⁰ Alexandresco, *op.cit.*, p. 261; Eliescu, *op.cit.*, p. 89; Deak, *loc.cit.supra*; Chirică, *op.cit.*, p. 372.

⁶¹ Cod VI.30.19.

⁶² Alexandresco, *op.cit.*, p. 262.

⁶³ E.g., procedura pentru primul decedat este deja deschisă de un alt succesibil al său, pe rolul altui notar decât cel sesizat de erezii succesibilului care nu a apucat să opteze.

⁶⁴ Art. 775 C.Nap.: „Nul n'est tenu d'accepter une succession lui échue”; art. 785 C.Nap.: „Le successeur qui renonce est censé n'avoir jamais été successeur”.

⁶⁵ „Partea renunțătorului profită coerezilor săi; dacă este singur, succesiunea trece la gradul următor”.

⁶⁶ ART. 1065 – **Legatul conjunctiv**.

(1) Legatul cu titlu particular este prezumat a fi conjunctiv atunci când testatorul a lăsat, prin același testament, un bun determinat individual sau generic mai multor legatari cu titlu particular, fără a preciza partea fiecăruia.

(2) În cazul legatului conjunctiv, dacă unul dintre legatari nu vrea sau nu poate să primească legatul, partea lui va profita celorlalți legatari.

(3) Prevederile alin. (2) se aplică și atunci când obiectul legatului conjunctiv îl constituie un dezmembrământ al dreptului de proprietate.

⁶⁷ ART. 1072 – **Destinația bunurilor constituind obiectul unui legat ineficace**. Ineficacitatea legatului din cauza nulității, revocării, caducității sau desființării pentru nerealizarea condiției suspensive ori pentru îndeplinirea condiției rezolutorii profită moștenitorilor ale căror drepturi succesoriale ar fi fost micșorate sau, după caz, înlăturate prin existența legatului sau care aveau obligația să execute legatul.

⁶⁸ Eliescu, *Moștenirea ...*, p. 283-284 §4.

⁶⁹ Chirică, *op.cit.*, p. 56 nr. 33, unde autorul scrie – ca și Eliescu – despre „moștenitorii chemați la moștenire împreună cu nedemnul, care vor beneficia de dreptul de crescământ”. În aceeași carte însă, afirmă (p. 264) că „în mod impropriu noțiunea este utilizată și în contextul moștenirii legale în cazul în care un moștenitor renunță la succesiune, iar de acest lucru profită comoștenitorii în sensul că le sporesc cotele succesoriale” și îl critică pe Eliescu în nota 2 de subsol; după care continuă: „ne întrebăm de ce sporirea drepturilor comoștenitorilor legali ca urmare a renunțării unuia sau altuia dintre ei la moștenire este „acrescământ”, iar sporirea drepturilor celor ținuți la plata legatelor ineficace nu? Inconsecvența este evidentă”. Credem că evidenta contradicție se datorează unei scăpări.

⁷⁰ Alexandresco, *Explicațiunea ...*, vol. IV/2, Socec, București, 1912, p. 487.

⁷¹ V. *Explicațiunea ...*, vol. IV/2, p. 481-496 și vol. III/2 p. 287-288.

⁷² V. în acest sens enumerarea condițiilor cerute pentru a opera acrescământul, în vol. IV/2 la p. 486-487.

⁷³ Deak, *op.cit.*, p. 291-293 nr. 172.

⁷⁴ Deak, *op.cit.*, p. 424 nr. 251.

⁷⁵ Chirică, *op.cit.*, p. 369-370 nr. 488, cu autorii și practica citați pentru opiniile pro și contra exprimate.

⁷⁶ « L'acceptation peut être expresse ou tacite : elle est expresse quand on prend le titre ou la qualité d'héritier dans un acte authentique ou privé ; elle est tacite quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier ».

⁷⁷ « L'acceptation pure et simple peut être expresse ou tacite. Elle est expresse quand le successible prend le titre ou la qualité d'héritier acceptant dans un acte authentique ou sous seing privé. Elle est tacite quand le successible saisi fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter et qu'il n'aurait droit de faire qu'en qualité d'héritier acceptant ».

⁷⁸ Art. 476 – **Accettazione tacita**. L'accettazione è tacita quando il chiamato all'eredità compie un atto che presuppone necessariamente la sua volontà di accettare e che non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede.

⁷⁹ « Toute cession, à titre gratuit ou onéreux, faite par un héritier de tout ou partie de ses droits dans la succession emporte acceptation pure et simple.

Il en est de même :

1° De la renonciation, même gratuite, que fait un héritier au profit d'un ou de plusieurs de ses cohéritiers ou héritiers de rang subséquent ;

2° De la renonciation qu'il fait, même au profit de tous ses cohéritiers ou héritiers de rang subséquent indistinctement, à titre onéreux ».

⁸⁰ « Les actes purement conservatoires ou de surveillance et les actes d'administration provisoire peuvent être accomplis sans emporter acceptation de la succession, si le successible n'y a pas pris le titre ou la qualité d'héritier. »

⁸¹ « Tout autre acte que requiert l'intérêt de la succession et que le successible veut accomplir sans prendre le titre ou la qualité d'héritier doit être autorisé par le juge. »

⁸² „Rațiunea existenței acestei prevederi conferă certitudine dreptului moștenitorilor de a dispune de bunurile dobândite în această calitate în urma dezbaterii procedurii succesore notariale și a ieșirii din indiviziune. În lipsa unei asemenea reglementări s-ar crea incertitudini cu privire la numărul moștenitorilor acceptanți (atâta timp cât aceștia nu au înțeles să își manifeste opțiunea succesorală), circuitul civil al bunurilor dobândite în urma moștenirii ar fi întrerupt sine die, lăsând la bunul plac al succesibililor să abuzeze de prezumția de acceptare a moștenirii” (UNNPR, *Codul civil al României. Îndrumar notarial*, Monitorul oficial, București, 2011, p. 421).

⁸³ Pentru sinteza fiscalității succesore la noi și, comparativ, în alte țări europene, v. materialul nostru "Éléments de droit roumain applicables aux successions et aux donations", în vol. "La fiscalité des successions et des donations internationales" (coord. Edouard-Jean Navez), Bruylant, 2011, pp. 557-565.

⁸⁴ « L'acceptation confirme la transmission qui s'est opérée de plein droit au moment du décès ».

⁸⁵ **ART. 1119 – Acceptarea forțată**

(1) Succesibilul care, cu rea-credință, a sustras ori a ascuns bunuri din patrimoniul succesoral sau a ascuns o donație supusă raportului ori reducăunii este considerat că a acceptat moștenirea, chiar dacă anterior renunțase la ea. El nu va avea însă niciun drept cu privire la bunurile sustrate sau ascunse și, după caz, va fi obligat să raporteze ori să reducă donația ascunsă fără a participa la distribuirea bunului donat.

(2) Moștenitorul aflat în situația prevăzută la alin. (1) este ținut să plătească datoriile și sarcinile moștenirii proporțional cu cota sa din moștenire, inclusiv cu propriile sale bunuri.

⁸⁶ „Legatarul cu titlu particular nu este obligat să suporte datoriile și sarcinile succesiunii. Prin excepție, el răspunde pentru pasivul succesoral, însă numai în limita valorii bunului sau bunurilor ce formează obiectul legatului, valoare socotită la data deschiderii succesiunii, dacă testatorul a dispus în mod expres în acest sens sau a grevat bunul ori bunurile respective cu garanții sau alte sarcini reale (subl.ns. – MDB), precum și atunci când legatul are ca obiect un grup de bunuri cuprinzând atât drepturi cât și obligații”.

⁸⁷ Din nou cu excepția de la art. 1107 NCC.

⁸⁸ „Dispozițiile art. 669 - 686 se aplică și partajului succesoral în măsura în care nu sunt incompatibile cu acesta”.

⁸⁹ „Fiecare coproprietar devine proprietarul exclusiv al bunurilor sau, după caz, al sumelor de bani ce i-au fost atribuite numai cu începere de la data stabilită în actul de partaj, dar nu mai devreme de data încheierii actului, în cazul împărțelii voluntare, sau, după caz, de la data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești”.

HISTOIRE TRES BREVE D'UNE RECODIFICATION ET DE SES EMBARRAS¹

Jean PINEAU*

Résumé : *Le Québec semble ne pas vouloir oublier l'année-anniversaire de la mise en vigueur de son Code civil, puisqu'il le "fête" tous les cinq ans : en 2009, ce nouveau code a 15 ans. Après avoir rappelé le travail de l'Office de révision, l'auteur résume le processus d'élaboration du projet de réforme entrepris par le ministère de la Justice sous la gouverne de ses ministres successifs, puis fait état de ce qui est nécessaire pour surmonter les embarras d'une recodification : besoin d'une volonté politique, obtention d'un consensus social malgré la diversité des opinions, recherche d'équilibres délicats et de compromis, maintien de la tradition civiliste dans un contexte anglo-américain. L'œuvre ne pouvant être parfaite, la jurisprudence et la doctrine aideront à la compréhension des textes, la création d'un institut de réforme du droit pouvant aussi amener le législateur à suivre avec attention l'évolution du droit et à apporter, de façon ordonnée et cohérente, les modifications qui s'imposent au fil des ans.*

Mots clés : *codification, recodification, code civil*

En 1999, déjà, on fêtait les 5 ans de mise en vigueur, du Code civil du Québec, en 2004, en même temps que le bicentenaire du Code civil des français, on fêtait les 10 ans du Code du Québec; et ne voilà-t-il pas qu'aujourd'hui nous en sommes à 15 ans! Si le Code du Québec, comme le Code civil des français, atteint deux fois 100 ans, que de réjouissances en perspective!... On a, depuis longtemps déjà, relevé que les français aimaient les célébrations, les commémorations, les fêtes : eh bien, voici au moins un point commun entre québécois et français, d'un côté et de l'autre de l'Atlantique, l'*homo festivus* s'agite!

Pourtant, en France, le premier centenaire du Code civil fut célébré sobrement, *malgré* la publication des deux tomes du Livre du Centenaire et *malgré* le feu mis par une militante féministe à un exemplaire dudit Code, au pied de la colonne Vendôme; quant au 150^e anniversaire, il fut célébré avec presque 20 ans de retard (1973) par l'émission d'un timbre- poste figurant Bonaparte et Portalis sur fond de Conseil d'État, ce qui avait fait s'interroger le doyen Carbonnier : « Le timbre-poste se souvenait, mais se souvient-on longtemps d'un timbre-poste? ». On se racheta lors du bicentenaire que l'on célébra en grande pompe. Alors, n'imitons pas, au Québec, cette discrétion française à l'égard des 150 premières années du Code Napoléon,

et fêtons comme il se doit les 15 ans du successeur du Code civil du Bas-Canada qui, lui, avait eu droit à un centenaire glorieux, et commençons à « fêter » en rappelant brièvement l'histoire d'une recodification et de ses embarras, beaucoup ayant été déjà dit et écrit sur le sujet.

Pour mémoire, mentionnons les noms de Thibaudeau Rinfret et d'André Nadeau qui, successivement en 1955 et en 1961, avaient été chargés, le premier de préparer un projet de modification du Code, le second de réviser le Code. C'est cependant en 1965 qu'un véritable travail de révision vit le jour, avec la création de l'« Office de révision » présidé par monsieur Paul-André Crépeau, lequel Office déposait son projet de Code civil accompagné de ses commentaires en 1977 et le remettait au ministre de la Justice de l'époque, l'Honorable Marc-André Bédard, lequel projet allait se reposer quelque temps dans quelque tiroir du ministère. Il importe de souligner ici que les travaux de l'Office s'effectuèrent *sans* le concours du pouvoir politique, hormis le financement, *sans* la moindre préoccupation gouvernementale. Néanmoins, en 1980, à la veille d'un référendum, naquit un Code civil du Québec, commençant et finissant par un Livre Deuxième, consacré au droit de la famille, soient des articles 400 à 659 : un embryon de code! Il était alors clair que le nouveau Code verrait, certes, le jour, *mais* par étapes successives, vu d'une part l'ampleur de la tâche, d'autre part l'étapisme étant, à cette époque, une politique privilégiée.

Puis, en 1982, allaient être proposés trois projets sur le droit des personnes, des biens et des successions qui, après quelques avatars, étaient étudiés fin 1984 en Commission parlementaire, réunis en un projet de loi n° 20 – l'Honorable P.M. Johnson étant devenu ministre de la Justice – sans toutefois aboutir puisque des élections législatives devaient faire du parti gouvernemental – qui l'avait proposé – le nouveau parti d'opposition et... vice versa. C'est alors, que le nouveau ministre de la Justice – M. Herbert Marx (le 3^e que connut le Projet) – créait un « Comité de réforme du Code civil », composé de 4 personnes, Me Marie-Josée Longtin et le regretté André Cossette – l'un et l'autre, hauts fonctionnaires et responsables du projet – ainsi que le regretté Juge Chassé et votre serviteur, comité chargé notamment de proposer des politiques législatives, de superviser la préparation des textes des projets de loi et de les coordonner; c'est aussi ce nouveau ministre Marx qui déclara, après consultation des milieux intéressés, que le Code civil serait adopté et mis en vigueur en une seule fois : avec M. Marx, fini l'étapisme! Ce qui n'allait d'ailleurs pas manquer d'affoler la communauté juridique, malgré l'obtention par elle de ce qu'elle avait préalablement déclaré vouloir! Décidément, on est rarement satisfait...

Le comité se mettait donc au travail, avec l'équipe du ministère et, en 18 mois, préparait 3 blocs d'avant-projets qui, joints à la réforme de la famille et au projet n° 20, couvraient toute la matière du Code civil. De la même façon que Maleville

ne disait pas la vérité en écrivant, en 1804, « Et à force de travail, nous parvînmes à faire un Code civil en 4 mois » (Maleville est originaire du Périgord), nous pourrions affirmer – nous aussi en mentant – : Et, à force de travail, nous parvînmes à faire un Code civil en 18 mois. Mais nous ne dirons rien de tel : en vérité, il fallut près de 30 ans! Le Code français eut Cambacérès, le Code québécois eut l'Office.

Après études, analyses en Commission parlementaire de ces avant- projets, après réception d'une foulditude de commentaires et observations, et après leurs études et analyses, le Comité de réforme remettait à son nouveau-nouveau ministre (le 4^e) – l'Honorable Gil Rémillard ayant, entre temps, succédé à l'Honorable Marx – des textes qui, réunis en un projet de Code civil n^o 125, allaient être présentés à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990.

Il n'est toutefois pas anodin de rappeler qu'avant cette présentation du projet de Code à l'Assemblée, celle-ci avait adopté, en 1987, pour des raisons de procédure parlementaire et afin d'en fixer les termes, le projet 20 – le bloc personnes, biens, successions – et que, notamment de ce fait, le ministère de la Justice avait eu *quelques distractions*, avec le souhait exprimé par certains milieux, de voir mettre en vigueur sur le champ certaines dispositions en certaines matières : citons pour exemple le consentement aux soins, le régime de protection des majeurs, l'étonnant patrimoine familial, autant de morceaux de bravoure, qui allaient s'insérer dans le Code civil du Bas-Canada : le Québec fut donc riche dans un bref laps de temps de deux codes, et connut une entorse à la globalité ou de l'étapisme dans la globalité.

Enfin, du 27 août au 12 décembre 1991, la Commission des Institutions réunie en sous-commission étudiait, article par article, ce projet 125, qui devenait les 3168 articles du nouveau Code civil du Québec, adopté le 18 avril 1991, 125 ans après le Code civil du Bas-Canada, mis en vigueur le 1^{er} janvier 1994, il y a 15 ans.

Qu'est-il utile ou que n'est-il pas inutile, maintenant, de rappeler ici sur les embarras d'une recodification?

L'expérience du Québec montre qu'aucune réforme véritable, complète et *rapide* du Code ne vit le jour tant que cette réforme ne fut pas une priorité gouvernementale; et cette priorité *absolue* ne fut admise qu'en 1985, à la faveur d'un changement de gouvernement, avec la nomination de M. Marx aux fonctions de ministre de la Justice : enfin, la volonté politique de réformer *rapidement* le Code s'affirmait, volonté absolument nécessaire, la codification étant avant tout un acte de volonté politique, à défaut de quoi on ne légifère qu'en pièces détachées, au gré des besoins les plus pressants. Le ministre Marx qui, préalablement à sa nomination, avait la responsabilité du dossier du projet 20 (personnes, biens, successions) en commission parlementaire au nom de l'Opposition officielle, avait compris que le moment était venu d'aller enfin *et rapidement* jusqu'au bout, sous peine de ne jamais

arriver à destination. De même, après son départ du gouvernement en cours de route, son successeur au portefeuille de la Justice – M. Gil Rémillard – eut ce même souci, cette même volonté politique d'aboutir, ce qui me fit *déjà* dire ailleurs, que M. Marx avait mis le train sur les rails et que M. Rémillard l'avait fait entrer en gare de destination.

Cette expérience-démonstration du Québec, qui arrive dans un moment d'accalmie politique, au lendemain d'une question référendaire âprement discutée, ne fait d'ailleurs que confirmer une observation de Portalis, selon lequel, pour bien légiférer, il faut non seulement une volonté politique, mais encore faut-il que l'on ne soit pas en période révolutionnaire ou même seulement en période de crise politique : « Toute révolution est une conquête... Par la seule force des choses, ces lois sont nécessairement hostiles, partiales... » Sans vouloir inventer un Québec en révolution, sans doute est-il permis d'évoquer, alors, un Québec politiquement apaisé dont la détermination fut le carburant indispensable à la bonne marche de l'opération.

Outre cette volonté politique d'aboutir, encore fallait-il avoir la volonté d'instituer des politiques législatives susceptibles de rencontrer ce qu'on appelle un « consensus social »! Mais comment « rencontrer un consensus social », si ce n'est devoir plaire à tous, plaire à la société du moment. Comment savoir ce qui est accepté, ce qui est rejeté, ce qui est acceptable, jusqu'où on peut ne pas aller? « L'art législatif s'apparente à l'art de la guerre, nous dit le doyen Carbonnier, d'une guerre défensive et juste » qui amène le législateur à se faire tacticien, voire stratège. Aussi, le législateur québécois, en procédant par avant-projets, a-t-il tâté le pouls de la société, ce qui lui permettrait d'effectuer, le cas échéant, quelques replis stratégiques sur des positions plus ou moins préparées à l'avance!

Cependant, cette société dont on tâte le pouls, quelle est-elle? C'est celle qui répond à la consultation publique, à l'enquête ou sondage camouflé, autant d'éléments dont les résultats ne sont pas toujours aisés à exploiter si l'on considère qu'ils sont rarement harmonieux, la nation étant un groupe humain aujourd'hui de moins en moins homogène. Alors, qui arbitre les divergences? Nous devons répondre : le législateur, théoriquement! Car, qui est le législateur? Certes, les députés, bien évidemment, doit-on répondre; *mais* peut-on passer sous silence le poids des groupes de pression de tout acabit, faibles ou puissants, qui laissent rarement insensible le Politique, à moins qu'il ne s'agisse là, de la rançon du régime démocratique : ne pouvant plaire à tous, tâchons de ne pas déplaire aux groupes qui, politiquement, peuvent nous abîmer.

Il importe donc de naviguer entre les écueils, les opinions, les orientations et les objectifs divergents, il importe d'aboutir à ce que Philippe Rémy appelait « *un compromis prudent du souhaitable et du possible* », œuvre de transaction,

de conciliation entre les dispositions anciennes et les nouvelles ou œuvre de modification des unes par les autres, « sans rompre l'unité du système, comme le rapportait Portalis relativement aux coutumes et au droit civil, et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver, écrit-il encore, tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes quand ces habitudes ne sont pas des vices ». Il ne s'agit pas de tout bouleverser, en vérité, mais de tout revoir. Ainsi est-il, peut-être, possible que le Code nouveau soit, alors, comme le souhaitait Paul-André Crépeau, « le reflet d'une volonté collective » ou plutôt, dirai-je, le reflet de la volonté de la collectivité non silencieuse... Faut-il alors s'étonner que ces accommodements soient parfois déraisonnablement boiteux? Un peu de moralisation, mais pas trop; un peu de socialisation, mais pas trop; la recherche d'un juste équilibre entre des intérêts divergents, ce qui signifie inévitablement équilibre fragile, côte mal taillée.

Quant aux traits dominants de la réforme, on se contentera de redire que ce code nouveau est caractérisé par la continuité du droit d'hier et par une meilleure adéquation au présent, par la tentative d'apporter une réponse aux réalités sociales et économiques de la fin du 20^e et du début du 21^e siècle, tout en maintenant la tradition civiliste dans un contexte anglo-américain.

L'accueil reçu, tout au moins peu avant (mais aussi peu après) l'adoption du projet, fut quelque peu frisquet : trop conservateur pour certains, trop progressiste pour d'autres, sans ambition pour quelques uns, tout à fait nul pour quelques autres qui, d'ailleurs, annonçaient le chaos juridique pour l'an 1994. C'est la constitution d'un comité dit « avisé » présidé par le Juge Jean-Louis Baudouin, chargé de conseiller le ministre de la Justice sur certaines options d'orientations législatives, qui allait contribuer à calmer l'ardeur démesurée et destructrice de certaines communautés d'intérêts.

Quant au style, que n'a-t-on pas entendu! Certains ont même prétendu que ce code avait été rédigé par des common lawyers! Certes, ce n'est pas le style de Portalis, lequel n'est plus de ce monde, *mais* aller à l'essentiel et être concis ne sont peut-être plus toujours des règles aussi faciles que jadis à respecter : les problèmes que le droit doit aujourd'hui régler sont plus complexes et diversifiés, les solutions moins franches et plus nuancées que jadis, l'essentiel étant multiple, la concision pouvant être parfois réductrice d'une réalité compliquée. D'où la nécessité pour le législateur d'être plus bavard et plus souple qu'il ne l'était jadis. Je ne puis d'ailleurs m'empêcher de songer, à cet égard, aux cinq articles du Code des français sur la responsabilité civile (1382 à 1386) que l'on n'a jamais cessé d'encenser pour leur beauté, leur clarté, leur précision, leur concision; mais on n'a jamais calculé combien d'ouvrages et de pages il fallut à la doctrine pour les expliquer, combien

d'efforts de réflexion et d'écriture furent nécessaires aux juges pour les appliquer – combien d'arbres cela coûta à nos forêts – pour dire et écrire ce que ces beaux textes disaient ou pour leur faire dire ce qu'ils ne disaient pas! Et je ne puis m'empêcher de constater qu'en 1998, après le 5^e article (1386), 18 articles (1386-1 à 1386-18) furent nécessaires pour traiter de la responsabilité du fait des produits défectueux : les civilistes et législateur français seraient-ils devenus des common lawyers?

Quoiqu'il en soit, si les textes créent des doutes, l'autorité de la raison viendra les dissiper, le juge interprétera, peut-être aidé par la doctrine, rendra cohérent ce qui paraît incohérent – chacun sa cohérence –, la disposition préliminaire du Code l'invitant à ce faire. D'ailleurs, le juge Albert Mayrand ne nous avouait-il pas, dans un colloque du même type que celui-ci, qu'il était « doux de douter »?

Et puis, n'avons-nous pas les commentaires du ministre? Que n'a-t-on pas dit et écrit sur eux! Tantôt ils constituent une mauvaise doctrine, tantôt ils ne disent rien! Personne, ici, n'a songé à reprendre le cri de Napoléon lors de la parution du 1^{er} commentaire sur le code français : « Un commentaire, mon Code est perdu! » Non! Non seulement le Code du Québec ne fut pas perdu par les commentaires du ministre, mais mieux encore, les juges les citèrent plutôt abondamment; il y aurait donc lieu de croire que, peut-être, de temps en temps, ces commentaires disent quelques petites choses, à moins que les juges ne les citent que... pour ne rien dire! Et s'ils ne disent rien, ces commentaires, ils ont au moins une vertu : ils ne se trompent pas.

Enfin, qu'est-il advenu de ce code, 15 ans après sa mise en vigueur? Nous le saurons au cours de ce colloque. Cependant, nous savons déjà qu'après l'*adoption de ce code à l'unanimité* par l'Assemblée nationale, le législateur – sur proposition d'un nouveau gouvernement – se dépêcha, particulièrement en matière familiale, de réformer la réforme, de façon précipitée, en oubliant les conseils de Portalis : la loi doit être « préparée avec une sage lenteur... avec sagesse, et non décrétée avec fureur et précipitation... »

Or, dès le début de l'étude détaillée du Projet 125 en Commission parlementaire, l'Opposition de l'époque décréta qu'elle ne voterait pas son adoption si l'on ne créait pas un Institut de réforme du droit, afin de s'assurer de la suite à donner aux lacunes qui pourraient être relevées ou de s'assurer des modifications que certaines situations nouvelles pourraient nécessiter, en un mot assurer ce que l'on aime appeler aujourd'hui un « suivi » destiné à corriger un « vécu », mal « vécu »... Une loi fut immédiatement adoptée en 1992, créant cet organisme qui, aujourd'hui encore, est en attente : conçu il y a 17 ans, mais toujours fœtus!

Ce 15^e anniversaire du Code devrait ou pourrait être une belle occasion de songer à se pencher sur le berceau d'un organisme de ce type qui serait effectivement

chargé de surveiller les problèmes issus de l'application des règles de ce Code adolescent, d'assurer une révision éventuelle des dispositions qui nécessitent quelque toilette ou modifications, de réfléchir sur des ajouts souhaitables, et cela, « sans rompre l'unité du système et sans choquer l'esprit général », en se souvenant que le Code contient le droit commun.

Si le législateur ne se lasse pas de légiférer, qu'il légifère donc de façon mûrie ou pesée et ordonnée, sans oublier cependant le propos de Montesquieu :

Il ne faut point faire de changement dans une loi sans une raison suffisante. Justinien ordonna qu'un mari pourrait être répudié sans que la femme perdit sa dot, si pendant 2 ans il n'avait pu consommer le mariage. Il changea sa loi, et donna 3 ans au pauvre malheureux. Mais, dans un cas pareil, 2 ans en valent 3 et 3 n'en valent pas plus que 2.

Peut-être Voltaire n'avait-il pas tort, lorsqu'il prétendait que Montesquieu « faisait de l'esprit sur les lois!... »

Enfin s'il est vrai, comme le dit encore Portalis, que les lois sont « des actes de sagesse, de justice et de raison », c'est à vous qu'il appartient maintenant de nous dire si le Code civil du Québec répond aux leçons des anciens et s'il a atteint ses objectifs. Ce que, déjà, nous savons et dont nous sommes sûrs puisque nous sommes ici réunis, c'est qu'il n'y eut pas chaos : quel soulagement!

¹ Material a fost publicat pentru prima oară în "La revue du barreau canadien", vol. 88 nr. 2 sept. 2010, toate drepturile de proprietate intelectuală fiind deținute de autor și de revista menționată (disponibilă online la adresa : www.cba.org).

* Jean PINEAU, Professeur émérite de la Faculté de droit à l'Université de Montréal.

Il est l'auteur de plusieurs livres et articles, notamment un ouvrage important sur la théorie générale des obligations dans le cadre du Code civil du Québec. Il était également l'un des quatre membres du comité ayant le mandat d'effectuer la réforme du Code civil du Québec.

A VERY BRIEF HISTORY OF A RECODIFICATION AND ITS PROBLEMS¹

Jean PINEAU*

Abstract: *Le Québec semble ne pas vouloir oublier l'année-anniversaire de la mise en vigueur de son Code civil, puisqu'il le "fête" tous les cinq ans : en 2009, ce nouveau code a 15 ans. Après avoir rappelé le travail de l'Office de révision, l'auteur résume le processus d'élaboration du projet de réforme entrepris par le ministère de la Justice sous la gouverne de ses ministres successifs, puis fait état de ce qui est nécessaire pour surmonter les embarras d'une recodification : besoin d'une volonté politique, obtention d'un consensus social malgré la diversité des opinions, recherche d'équilibres délicats et de compromis, maintien de la tradition civiliste dans un contexte anglo-américain. L'œuvre ne pouvant être parfaite, la jurisprudence et la doctrine aideront à la compréhension des textes, la création d'un institut de réforme du droit pouvant aussi amener le législateur à suivre avec attention l'évolution du droit et à apporter, de façon ordonnée et cohérente, les modifications qui s'imposent au fil des ans.*

Keywords: *codification, recodification, civil code*

In 1999, we were already celebrating the fifth anniversary of the coming into force of the Civil Code of Québec; in 2004, concurrently with the bicentennial of the French Civil Code, we were celebrating the Quebec Code's tenth birthday; and here we are today at fifteen years! If the Quebec Code, like the French Civil Code, reaches its 200th birthday, what a celebration that will be! For a long time now, we have understood that the French like celebrations, commemorations, anniversaries. Well, Quebecers have at least one thing in common with the French: on both sides of the Atlantic, *Homo festivus* is alive and well!

In France, however, the Civil Code's first hundred years were marked in a very subdued fashion, notwithstanding the publication of the two-volume "Livres du Centenaire" and notwithstanding the fire set by a militant feminist to a copy of the Code at the foot of the Vendôme Column; as for the 150th anniversary, it was celebrated almost twenty years late in 1973 with the issue of a postage stamp showing Bonaparte and Portalis against the background of the Conseil d'État, which led Doyen Carbonnier to muse, "The postage stamp remembered, but how long is a

postage stamp remembered?” The French made up for it at the bicentennial, which was celebrated with great pomp and circumstance. Here in Quebec, let us not imitate France’s reserve on the occasion of the first 150 years of the Napoleonic Code, and let us properly celebrate the first fifteen years of the successor to the Civil Code of Lower Canada which, in turn, had a glorious centennial; and let us begin the celebration with a brief review of the history of a recodification and its problems, although much has already been said and written on the subject.

To refresh our memories, let us mention the names of Thibaudeau Rinfret and André Nadeau, who were tasked in 1955 and 1961 respectively, the former with drafting a Code amendment, the latter with revising the Code. However, it was only in 1965 that any real revision work was begun, with the creation of the “Revision Office” directed by Paul-André Crépeau. The Office completed its draft Civil Code and commentary in 1977 and delivered it to the Hon. Marc-André Bédard, who was Justice Minister at the time. That draft would sit for awhile in some drawer in the department. It is worth pointing out here that the Office’s work was done *without* the support of the political powers-that-be, aside from funding, and *without* the least governmental interest. Nevertheless, in 1980, on the eve of a referendum, the *Civil Code of Québec* was born, beginning and ending with Book Two on family law, namely Articles 400 to 659: an embryonic code! It became clear that the new Code would indeed eventually see the light of day, albeit in phases, given, on the one hand, the magnitude of the task, and on the other, that “wait and see” was the preferred policy at the time.

Then, in 1982, three drafts were proposed on the law of persons, property and successions. After a few misadventures, near the end of 1984 they were studied by a Parliamentary Committee and consolidated into Bill 20 (the Hon. P.M. Johnson having become Justice Minister) but were not completed, as the provincial election was to turn the governing party – which had introduced it – into the new opposition party and vice versa. That is when the new Justice Minister, Herbert Marx (the third one the Bill had) struck a “Civil Code Reform Committee,” consisting of four individuals, attorney Marie-Josée Longtin and the late André Cossette – both of whom were senior civil servants put in charge of the project – plus the late Judge Chassé and your servant. The committee was tasked in particular with proposing legislative policies, overseeing the preparation of the draft bills and coordinating them. It was also incoming Minister Marx who declared, after consulting the interested communities, that the Civil Code would be adopted and brought into force in one stroke. With Mr. Marx, there would be no more “wait and see”! Of course this did not fail to get the legal community in an uproar, notwithstanding that it was getting what it had asked for! Truly, people are hard to please....

So the committee got to work with the team from the Justice Department and in eighteen months prepared three sets of draft bills which, together with the family law reform and Bill 20, covered the entire subject matter of the Civil Code. Maleville, a native of Périgord, did not state the truth when he wrote in 1804, “And, through hard work, we managed to create a Civil Code in four months.” Like him, we could say – also untruthfully – that through hard work, we managed to create a Civil Code in eighteen months. But we would say nothing of the kind; in reality, it took nearly thirty years! The French Code had Cambacérès, and Quebec’s Code had the Office.

After reviews and analyses of those draft bills by the Parliamentary Committee, after receiving a plethora of comments and observations, and after more studies and analyses, the Reform Committee gave its latest minister (the fourth one) – the Hon. Gil Rémillard, who had succeeded the Honorable Herbert Marx in the meantime – documents which, consolidated into Civil Code Bill 125, would be introduced in the National Assembly on December 18, 1990.

It is not insignificant to recall that before the draft Code was introduced in the Assembly, the Assembly had in 1987 already enacted Bill 20 – the set of articles dealing with persons, property and successions – for reasons of parliamentary procedure and to establish the terms. As a result the Justice Department had experienced *a few distractions* due to the desire expressed by some communities for the immediate enactment of specific provisions on certain topics; these included, for instance, consent to care, the protective supervision of persons of full age, the astonishing family patrimony – virtuoso pieces all, which would become part of the *Civil Code of Lower Canada*. Thus, within a short period of time Quebec was blessed with two codes, putting a crimp in inclusiveness – or the “wait and see” of inclusiveness.

Finally, from the 27th of August to the 12th of December, 1991, the Commission des Institutions, meeting in subcommittee, reviewed every section of Bill 125, one by one, and those sections were to become the 3,168 articles of the new *Civil Code of Québec*, passed on April 18, 1991, 125 years after the *Civil Code of Lower Canada*. It came into force on January 1, 1994, fifteen years ago.

What is worth, or what is not worth, remembering now about the problems of recodification?

Quebec’s experience demonstrates that no real, complete and *quick* reform of the Code saw the light of day as long as that reform was not a government priority; and such *overriding* priority was not admitted until 1985, following a change of government, with the appointment of Mr. Marx as Justice Minister. At last, the political will to *quickly* reform the Code was asserted, a will that was absolutely necessary, codification being first and foremost an act of political will, otherwise one only legislates in bits and

pieces to meet the most pressing needs. Minister Marx who, before his appointment, was responsible for the Bill 20 file (persons, property, successions) in the Parliamentary Committee on behalf of the official opposition, had understood that the time had finally come to either see things through *quickly*, or never arrive at the destination. Similarly, after his departure from the government, his successor in the Justice portfolio, Gil Rémillard, had that same concern, that same political will to see the project through, which has led me to observe in the past that Mr. Marx put the train on the tracks and Mr. Rémillard brought it into the station.

This experience in Quebec, which occurred at a quiet time in politics, following a fiercely-discussed referendum question, only confirms something Portalis said, namely, that to pass good laws requires not only the existence of a political will, but also the absence of revolution or even of a political crisis: “Every revolution is a conquest.... In and of themselves, such laws are necessarily hostile, partial....” Without wanting to imagine a Quebec in revolution, no doubt one may evoke a politically appeased Quebec whose determination was the indispensable fuel for the proper functioning of the operation.

Aside from this political will to see the project through, it was also necessary to have the will to institute legislative policies to meet what is known as a “social consensus.” But how can one “meet a social consensus” without trying to please everyone, to please the society of the day. How can one know what is accepted, what is rejected, what is acceptable, how far is too far to go? “The legislative art is similar to the art of war,” says Doyen Carbonnier, “a defensive and just war,” which encourages the legislator to become a tactician, if not a strategist. Also, by introducing draft bills, the Quebec legislature took the pulse of society, and was thus able to make a few strategic fallbacks on positions more or less preplanned!

However, what is this society whose pulse is being taken? Is it the one that responds to public hearings, the camouflaged investigation or survey – elements the results of which are not always easily exploited, considering that they are rarely harmonious, the nation now being a human group which is less and less homogeneous. Who will be the arbiter of the differences? The answer has to be, at least theoretically, the legislator. And who is the legislator? Quite obviously, it is the MNAs, *but* can one overlook the weight of pressure groups of every ilk, weak or powerful, which rarely leave the politicians unaffected? It is sometimes almost a case of holding the democratic system for ransom with political representatives feeling, “Unable to please everyone, let us try not to displease those groups that can hurt us politically.”

It is therefore important to navigate the shoals, the opinions, the differing views and objectives, and arrive at what Philippe Rémy called “*a prudent compromise between what is desirable and what is possible*,” a work of deal-making, a work of

reconciling the new provisions with the old or using some to amend the others, “without dislocating the system,” as Portalis observed about the relationship between customary law and civil law, and without offending the general mentality. As Portalis also wrote, “It is advisable to preserve everything which it is not necessary to destroy: the laws must accommodate habits if those habits are not vices.” Actually, it is not a matter of dislocating everything, but rather reviewing everything. Accordingly, it might be possible that the new Code would be, as Paul-André Crépeau hoped, “the reflection of a collective will” or rather, I would say, the reflection of the will of the vocal collectivity. Is it really so astonishing that such accommodations are sometimes unreasonably shaky? A bit of moralizing, but not too much; a bit of socialization, but not too much; the quest for a fair balance between diverging interests, which inevitably means a fragile balance, a compromise that satisfies no one in the end.

As for the key features of the reform, one will be content with repeating that this new Code is characterized by the continuity of yesterday’s law and more appropriateness for today, by attempting to respond to the social and economic realities of the late twentieth and early twenty-first centuries, while maintaining the civil law tradition in an Anglo-American context.

Its reception, before (and also shortly after) the bill was passed, was rather chilly: too conservative for some, too progressive for others, a lack of ambition for some, a big zero for others who, moreover, predicted legal chaos for 1994. It was the creation of a so-called “advisory” committee, chaired by Judge Jean-Louis Baudouin and responsible for advising the Justice Minister on certain legislative policy options, that would help quell the extreme and destructive zeal of certain interest groups.

As for the style, what wasn’t said! Some people even claimed that the code had been drafted by “common lawyers”! Of course it is not the style of Portalis, who is no longer with us, but going straight to the point and being concise are perhaps no longer such easy rules to follow as they used to be; the problems the law has to address today are more complex and diverse, the solutions are less straightforward and more subtle than before, the basic essentials are many-faceted, and thus conciseness sometimes oversimplifies a complicated reality. This explains the need for the legislature to be more wordy and more flexible than it used to be. On this topic, I cannot help thinking of the five articles of the French Code dealing with civil liability (1382 to 1386), which have always been praised for their beauty, clarity, precision, conciseness; but no one ever counted how many volumes and pages of doctrine it took to explain them, how much deliberation and drafting it took judges to apply them – how many trees it cost our forests – to say and write what those beautiful words said or make them say what they did not! And I cannot

help noticing that in 1998, after the fifth article (1386), eighteen articles (1386-1 to 1386-18) were needed to deal with product liability; had the civil law experts and the French legislature become “common lawyers”?

If the wording raises doubts, the power of reason will dispel those doubts, the judge will interpret, perhaps aided by the doctrine, and will bring coherence to what seems incoherent (to each his own coherence), this being what the preliminary provision of the Code invites. Moreover, did not Judge Albert Mayrand admit at a conference similar to this one that it is “delightful to doubt”?

And then, what about the Minister’s comments? What wasn’t said or written about them! One minute they were bad doctrine, the next they said nothing! No one here thought of repeating Napoleon’s cry when the first commentary on the French code came out: “A commentary, my Code is lost!” No! Not only was the Quebec Code not lost due to the Minister’s comments, but better yet, the judges cited them rather often; so it might be possible to believe that those comments contained a few points of note, unless the judges were only citing them... to say nothing! And if those comments do not say anything, at least they have one virtue: they do not err.

So how has the Code turned out, fifteen years after coming into force? We will find out during this conference. However, we already know that after this Code was passed unanimously by the National Assembly, the legislature – on a motion by a new government – hurried, especially in the area of family law, to reform the reform, forgetting Portalis’s advice: the law must be “prepared with prudent slowness ... with wisdom, and not decreed hastily and in a frenzy...”

As soon as the Parliamentary Committee began its detailed study of Bill 125, the opposition at the time announced that it would not vote in favour of it unless a law reform agency was created to ensure that any possible oversights would be dealt with or that amendments would be brought for certain new situations that might arise – in short, to do what is known as “follow-up” for purposes of correcting a “real-life experience” that was a “real-life problem.” A law was immediately passed in 1992 creating that agency, which is still on hold today: conceived seventeen years ago but still unborn!

This fifteenth anniversary of the Code could, or should, be an excellent opportunity to think about nurturing such an agency, which would effectively be tasked with monitoring the problems stemming from the application of the rules of the adolescent Code, seeing to the possible revision of any provisions that need some cosmetic changes or amendments, or reflecting on desirable additions, “without dislocating the system and without offending the general mentality,” bearing in mind that the Code contains the *jus commune*.

If the legislature is not tired of legislating, may it legislate with forethought, maturity and level-headedness, but without forgetting the words of Montesquieu:

There should be no change made to a law without sufficient reason. Justinian decreed that a husband could be repudiated without the wife losing her dowry if for 2 years he had been unable to consummate the marriage. He changed his law, and gave the poor fellow 3 years. But in such a case, 2 years are worth 3 and 3 are not worth more than 2.

Perhaps Voltaire was not wrong when he claimed that Montesquieu was making fun of the spirit of the law!

Finally, if it is true, as Portalis once again said, that laws are “acts of wisdom, justice and reason,” it is now up to our audience to tell us if the *Civil Code of Québec* is living up to the lessons of the past and if it has achieved its objectives. What we do already know, and of this we are certain, since we are gathered here today, is that there was no period of chaos. What a relief!

¹ Material a fost publicat pentru prima oară în “Canadian Bar Review”, vol. 88 nr. 2 sept. 2010, toate drepturile de proprietate intelectuală fiind deținute de autor și de revista menționată (disponibilă online la adresa : www.cba.org).

* Jean PINEAU, Professor Emeritus at the Law Faculty of the University of Montreal. He has written several books and articles, in particular an important work on the general theory of obligations within the context of the *Civil Code of Quebec*. He was also one of the four members of the ministerial committee tasked with reforming Quebec’s Civil Code.

**HUNGARIAN LAW IN THE FIRST DECADE OF THE 21ST CENTURY
(HUNGARIAN LAW-COMPARATIVE LAW)**

Attila PÓKECZ KOVÁCS*

Abstract: *In the second half of the 20th century the Hungarian legal system was classified as a member of the Socialist legal family. Due to the changes of 1989-90, the Socialist order ceased to exist and the Soviet Union fell apart. During the last twenty years Hungarian society as well as the legal system has gone through a significant change. After twenty years of continuous legislation, which resulted in a basically different legal system, the most important question is how the fundamental features of Hungarian law could be described. In order to provide information for foreign lawyers on the actual place of the Hungarian legal system among the great legal systems of the world - after a short overview of the Hungarian legal history - this essay gives a comparative summary of the main elements of the constitutional, civil and commercial law, the judicial organisation and the legal education of the country.*

Keywords: *Hungarian legal history of public law, Hungarian legal history of private law, Hungarian legal history of penal law, Constitution of the Republic of Hungary, Hungarian Civil Code (Act IV of 1959), Hungarian court system, Law faculties in Hungary*

The Republic of Hungary belongs to the continental legal system, since the major part of private and penal law as well as procedural laws is codified. Except for the period of the communist reign, when it was labelled as a member of the Socialist legal family, the Hungarian legal system was influenced by Roman, Austrian and German law. The major part of the legal material was renewed after 1990, and the most important legal elements of the EEC, later the EU, were transposed through means of legislation; on the 1st May 2004 Hungary became a Member State of the European Union.¹

1. Legal historical antecedents (history of constitutional-, private and penal law)

It seems most suitable to approach Hungarian legal history through the division of public-, private- and penal law.

1.1. The Kingdom of Hungary was founded in 1000 AD in accordance with the traditions of the Western Roman Empire.² The Golden Bull of 1222, which was issued by ANDRÁS II, is one of the most significant sources of the Hungarian constitutional law: it refers to the statutes of King ISTVÁN and the customs of the country when enumerating the privileges of the nobility (guarantees of personal freedom, tax exemption, the right to resist), which serve their protection in their relationship with the king. ISTVÁN WERBŐCZY collected the customary laws of previous times in his *Tripartitum*, which - though formally never incorporated into law - was regarded as the second pillar of the unwritten constitution. According to the doctrine of the Holy Crown, which appeared in the *Tripartitum*, the king and the legally equal noblemen formulated the “corpse of the Holy Crown”, which symbolised the Hungarian state. The following centuries were determined by independence movements. The statutes, which secured the Habsburg dynasty’s claim to the Hungarian throne (1547) and provided for the acknowledgement of succession in the female line (Pragmatica Sanctio, 1723) bear constitutional significance. During these centuries the counties gradually became the forums of Hungarian constitutional life.³

The revolution of 1848 laid down the grounds for a civil, democratic process of constitution-making. Its most important elements are: the liberation of serfs, the introduction of common charges and the creation of popular representation. Act III of 1848 established the institution of independent ministries, which were responsible exclusively to Parliament.⁴ Following the Austrian-Hungarian political agreement, the Compromise of 1867, several statutes were issued pertaining to local governments, the administration of justice, the setting up of juries, civil marriage and citizenship. The resolutions of the National Council adopted in 1918 and the constitution of the Hungarian Soviet Republic of 1919 diverged completely from the constitutional system of the Austro-Hungarian Monarchy.

Under Act I of 1920, which contained provisions on the restoration of the constitution and temporary measures concerning the head of state, a governor was appointed to act as the head of state, while the system of a government responsible to Parliament remained. Between the two world wars, the governmental system reflected the efforts to preserve legal continuity and to take over the principles of governance and state-administration prevailing in contemporary Europe. After October 1944, the constitutional institutions ceased to exist. After this, the Provisional National Assembly held its first session on 21 December 1944, and elected the Provisional National Government, which practically implemented the policy of the coalition of political parties. Act XI of 1945 on the provisional exercise of state powers decided only temporarily about the governmental system. Act I of 1946 on

the form of state of Hungary declared, that Hungary is a republic, where the form of government manifests itself in a national assembly.⁵ Act XX of 1949 on the Constitution contains a Socialist Constitution. It has been amended several times during its history; the most significant amendment of the socialist party-state period took place in 1972. After 1989, the newly formed political powers issued statutes which meant the first steps towards a constitutional state, for example Act I of 1989 providing for the introduction of a constitutional court, Act II of 1989 on the right of association, Act III of 1989 on the right of assembly, Act XVII of 1989 on referendum.⁶ Later Act XXXI of 1989 on the amendment of the Constitution was adopted.⁷ Though formally this statute is simply an amended version of the Constitution of 1949, in its essence it is a new constitution. It has also been amended several times; the most significant amendment is Act XI of 1990, adopted after the first democratic general elections.⁸

1.2. Until 1848 Hungarian private law was based on customary law, while the role of statutes and privileges was secondary. In chronological order the decrees (manifestations of the royal will) of the kings of the Árpád Dynasty are the first sources of private law, which contained provisions pertaining to personal status and marriage. The statutes issued by Parliament referred to private legal relationships only later and sparsely. The first bill concerning private legal relationships bore the name "*Proposition on civil legal issues*" (*Projectum legum civilium*). It contained 59 articles and was drafted by a commission set up under Act LXVII of 1791. This draft was nothing else but a compilation of customary laws and judicial practice. There was no difference between decrees and privileges until the 15th century, since both of them depended on the royal will. From the 16th century the compilation of customary laws, called *Tripartitum* restrained the king's right concerning the donation of privileges, which from then on could prevail only on a restricted level, since the king had to take into consideration the most important statutes, customary laws, the personal and pecuniary rights of private persons. Later private persons, primarily landlords earned the right to donate privileges, too. The issue of royal rescripts came into practice only from the 17th century, but according to Act XII of 1792 these were restricted to the execution of statutes. Mostly free cities and counties earned the right of local and regional legislation (*statutum*). The scope of these local and regional legal acts covered the jurisdiction of the free cities and counties only, and they had to be concordant with statutes and customary law.⁹ The most important among the compilations of statutums are the so-called urban statutums, for example the statutum of the Saxons of Szepes ("*Zipser Willkühr*") from the year 1370 and the statutums of the city of Buda (1244-1421).¹⁰ As it has

already been mentioned, private law was regulated mostly through customary law. Because of the uncertainty and plasticity of customary law, the need for the laws to be collected into a single code soon arose. The first attempt in order to create such a code is bound to King MÁTYÁS I (1456-1490), who emphasised the primacy of statutes over customary law in a statute he issued in 1486 (*Decretum majus*).¹¹ Parallel to this, the new idea of codifying customary law developed. This goal was nearly reached in 1514, when ISTVÁN WERBŐCZY laid his draft called „*Tripartitum opus juris consuetudinis inclyti regni Hungariae*” before Parliament. Though this draft was accepted by Parliament, it was rejected by the king. After this WERBŐCZY had his work printed at his own cost in Vienna in 1517, and sent copies to the counties, which started to apply them for the lack of a written code. On the one hand, the *Tripartitum* systematized customary law and collected statutes, privileges and statutums, on the other hand, WERBŐCZY added some elements of canon law and Roman law to the parts of his work explaining legal institutions. The *Tripartitum* is very similar to the compilations of the Middle Ages, which were particularly popular in the Holy Roman Empire in those times: for example the Saxon Mirror (Sachsenspiegel), but such compilations could be found in England, for example the legal works of GLANVILL and BRACON as well as in the French Kingdom, for example the works of BAUMANOIR.

Werbőczy's *Tripartitum* determined the development of Hungarian private law for centuries. It was renewed several times until the end of the 18th century, when a new concept arose concerning the codification of private law.¹² Prior to the 19th century the „*Planum Tabulare sive Decisiones Curiales*” could be described as a collection of decisions issued by superior courts. The idea of the codification of private law revived again in the Reform Era (1825-1848), but it was implemented only in the area of commercial law by the statutes of 1839/1840. The statutes issued during this period (Act XV on bills of exchange, Act XVI on merchants, Act XVII on factories, Act XVIII on general partnerships, ACT XX on the associations of merchants and commercial agents, Act XXI on wagoners, Act XII on bankruptcy) could be regarded as some sort of codification regarding commercial law.¹³ The revolution of 1848 meant the closure of the Reform Era, still, the idea of the codification of private legal relationships arose during the war of independence of 1848-49, too. The government entrusted LÁSZLÓ SZALAY with this task and the Code Civil was regarded as a model.¹⁴ The suppression of the war of independence hindered the success of this plan, and in 1852 the Austrian Civil Code (Allgemeines Gesetzbuch) was entered into force, which was in effect from the 1st of May 1853 until 1861. Like the Allgemeines Landrecht der Preussischen Staaten (ALR) and the French Code Civil, the Austrian Civil Code bears the signs of natural law, provides

special protection for personal rights and acknowledges a nearly absolute right of disposition over property. The Austrian Civil Code is especially important, because it gave a unified civil code to Hungary and through this many legal institutions were incorporated into the Hungarian legal system. A general land register was introduced in 1855 in order to secure the trade in real estate and mortgage-loans. Due to the softening of relations between the Austrian dynasty and Hungary, in 1861 FERENC JÓZSEF restored the former Hungarian judicial system (with some exceptions). Therefore a body of statesmen and lawyers (Országbírói Értekezlet) prepared the Provisional Rules of Jurisdiction (Ideiglenes Törvénykezési Szabályok), which first of all aimed at the annullment of the Austrian law and the re-introduction of the - modernized - statutes of 1848. The adoption of Act XXXVII of 1875 on commercial relations was an important event of that era, it bore the significant influence of the German commercial law. This Commercial Act became the main source of the uncodified Hungarian private law, it transferred a great number of principles and institutions of German law into Hungarian legal practice. The 1876 Act on Bills of Exchange, the 1877 Act on Guardianship and the Act on Marriage adopted in 1894 were also important statutes of the 19th century.¹⁵ The first attempts to codify private law date back to this era. A lot of draft bills were created, most important of these is the Bill on the Civil Code of Hungary of 1928 (Magyarország Magánjogi Törvényének Javaslat, Mtj.). The Mtj. took the significant contemporary civil codes into consideration, so the German Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) and the Swiss Zivilgesetzbuch (ZGB) strongly influenced the Hungarian bill. Its structure followed the structure of the Swiss ZGB, so it lacked a General Part but took judicial practice into account. Unfortunately, this excellent bill was taken off the agenda by Parliament, because in the territories which Hungary lost under the Treaty of Trianon, the customary law of the previous eras remained in force, and the enactment of the bill would have disturbed this unity.¹⁶ So the first Hungarian Civil Code (which is still in force) was adopted only in 1959.¹⁷

1.3. The history of the Hungarian penal law began in the age of the patrimonial kingdom: firstly the statutes of ST. LÁSZLÓ (1077-1083) specified criminal conducts, mainly crimes against property. In the feudal age the statutes of MÁTYÁS I regulated certain criminal conducts: Act II of 1467 referred to infidelity, and Act XV of 1486 covered the abuse of power. The first part of *Tripartitum* contained the most grievous criminal conducts violating public law, but as it has already been mentioned, the draft was not enacted, though it was applied as the compilation of customary law.¹⁸ The first attempts at the introduction of a unified penal code were made at the beginning of the 17th century. In 1656 Ferdinand III issued a code called „Vewe

peinliche Landgerichtsordnung” for Austria, which was later translated into Latin (*Praxis Criminalis*) by the order of the archbishop of Esztergom. Though the Parliament of 1687 rejected it since its members held it alien from the Hungarian written and customary law, the text of *Praxis Criminalis* was incorporated in the compilation of *Corpus Juris Hungarici*, issued in 1696-97, and after that courts applied it regularly. The *Praxis Criminalis* contained 100 articles and determined very strict sanctions, but it also enumerated mitigating and aggravating circumstances. Later four bills were laid before Parliament (in 1792, 1795, 1827 and 1843), but the final code was accepted only at the end of the 19th century. After the suppression of the revolution and war of independence of 1848-49, the Austrian Penal Code (*Strafgesetz*) of 1803, amended in 1852 (*Strafgesetzbuch*), was entered into force in Hungary. The Provisional Rules of Jurisdiction of 1861 repealed the Austrian penal law and the Hungarian regulation prior to 1848 in Hungary, which had an unfortunate effect since Hungarian penal law was then uncodified.¹⁹ The first penal code adopted was Act V of 1878; known as Code Csemegi, named after KÁROLY CSEMEGI, under-secretary of state, since it was accepted on his proposal. This Code was supplemented with a statute on infractions in 1879. Code Csemegi contained a general and a special part and consisted of 145 articles. The general part contained introductory measures, the scope of the statute, dealt with sanctions, the concepts of attempt, complicity, willfulness and negligence, circumstances excluding or mitigating sanctions, multiple counts, the initiation of prosecution, and the circumstances which exclude the execution of the penalty. The special part divided criminal conducts into five categories: criminal conducts against the state, against social order, against the person and property of private individuals, against public order and against the order of public administration.²⁰ The general part of Code Csemegi remained in effect until 1950 (until Act II of 1950), while the special part until the adoption of the socialist Code Penal Code of 1961 (Act V of 1961).²¹ After the middle of the 1970s crime was regarded and handled as a complex social phenomenon, which led to new codification resulting in Act IV of 1978, which came into force on the 1st July 1979.²²

2. Constitutional law

Prior to 1949 Hungary had no written constitution with a lasting effect, during these times the country had a so-called historical constitution. The first written, charter-like constitution (Act XX of 1949) was introduced by a dictatorial political power, it followed the example of the Soviet constitution of 1936 and took over its structure. Formally the Constitution of Hungary is still the amended

version of the Communist Constitution of 1949, but it must be emphasised, that with regard to its contents, a new constitutional order complying with the democratic requirements of the rule of law was born after the political changes of 1989-90.²³ The amendements of the Constitution are accepted with a qualified majority of the legislation, which means that the legislative power is not different from the one which calls the constitution into life. The Constitution of the Republic of Hungary is contained in Act XX of 1949; since 1989 its text has been fully renewed (Act XXXI of 1989 and Act XL of 1990, the latter adopted by the first freely elected Parliament, meant the total revision of the former text), and as declared in Section 2 thereof, Hungary is an independent, democratic constitutional state, where the rule of law prevails. The Preamble of the Constitution enumerates the following aims to be reached: the freedom of the foundation and functioning of political parties, parliamentary democracy, free market economy and the rule of law.²⁴ The Preamble declares the Constitution itself to be a temporary document of a provisional character, which was called into life in order to secure the peaceful political transition in 1990.²⁵ The construction of a new Constitution by 2011 is a declared aim of the parliamentary majority elected in 2010 (the temporary Constitution has been in effect for 20 years!). The Constitution of the Republic of Hungary has the defence of human and civil rights as its central elements, it introduces a regulation which is in harmony with the values and requirements of a democratic, parliamentary system.²⁶ The Constitution of the Republic of Hungary regulates the rights and duties as well as the principles of the functioning of Parliament (Országgyűlés), the President of the Republic, the Constitutional Court, the parliamentary commissioners, the State Audit Office of Hungary, the Hungarian National Bank, the government, the armed forces, the police, the local self-governments, the judiciary and the public prosecutors. Besides these, the fundamental rights and duties, the principles of elections, the capital city of Hungary and the national symbols are regulated in a separate chapter.²⁷

In the Republic of Hungary the supreme organ of state power and popular representation is Parliament. It exercises the legislative power of the state, has 386 elected members who form one chamber. Since 1902 Parliament has held its sittings in the parliament building erected on the bank of the river Danube in Budapest. The Hungarian electoral system is a mixed system; Members of Parliament are elected by direct universal and secret suffrage every four years. According to this mixed system, citizens are given two ballot papers. 176 Members of Parliament representing single member constituencies can be elected in two rounds with the first ballot. 146 Members of Parliament representing territories are elected with the second ballot from party lists set up in each county and in the capital. Finally,

64 representatives are elected indirectly from the so called national compensatory list; such seats are allocated from the national pool of remainder votes not used to obtain a seat.²⁸ The legal framework of a parliamentary system cherishing democratic values has been established in the Republic of Hungary. Accordingly, the Constitution stipulates the place of Parliament in the system of government in compliance with the principle of the separation of powers. The act on the election of the members of Parliament takes the utmost advantage of the mixed electoral system and ensures the stability of government and the prevalence of the principle of proportionality. The standing orders of Parliament promote the balanced and effective functioning of the legislative body, whilst the legal status, the immunity and the conflict of interest of the Members of Parliament are regulated by separate acts.²⁹

The head of state is the President of Hungary, who expresses the unity of the nation and guards the democratic functioning of the state. The President is elected for a term of five years by Parliament from among the Hungarian citizens who have the right to vote and have reached the age of 35. The election of the President of the Republic is preceded by a nomination procedure. The written recommendation of at least 50 Members of Parliament is required for a nomination to be valid. The president of the Republic is elected by secret ballot; the candidate who receives the two-thirds of the votes of the Members of Parliament in the first round of voting is elected President of the Republic. Should this fail to happen, a second voting is to be taken after a new nomination procedure and a two-thirds majority is also needed to be elected in the second round. Should the voting be unsuccessful again, in the third round of voting only those two candidates who received the largest numbers of votes in the second round may stand for election. The candidate receiving a majority of the votes - regardless of the number of votes cast - in the third round of voting is elected President of the Republic. The measures of the President of the Republic requiring the counter-signature of the Prime Minister or the responsible Minister include the following: to accredit and receive ambassadors and envoys, to appoint and dismiss State Secretaries, the Governor and Deputy-Governors of the National Bank of Hungary, university professors and the university rectors, and to appoint and promote Generals of the Hungarian Armed Forces. Upon the counter-signature of the competent Minister, the President of the Republic has also the power to conclude international treaties, confer titles, orders, awards and decorations specified by law, exercise the right to grant individual pardons and issue rulings in cases of citizenship. His powers not requiring the counter-signature of the competent Minister are as follows: to participate in and speak at sittings of the Parliament and of its committees, to petition the Parliament to take action, to initiate legislation and national referenda. The President of the Supreme

Court and the Chief Public Prosecutor are also elected on his proposal. The President of the Republic participates in the formation of the government and he is the Commander in Chief of the Hungarian Armed Forces.³⁰

The establishment of the Hungarian Constitutional Court was provided for by Act I of 1989. Parliament amended the Constitution according to the provisions thereof: it has incorporated Article 32/A. into the text, which introduced the previously unknown institution into the Hungarian legal system, and laid down its fundamental rules. Subsequently Parliament adopted Act XXXII of 1989 on the Constitutional Court, which determined the most important rules of the organisation and operation of the Court. The eleven members of the Constitutional Court are elected by Parliament by a qualified majority of the votes (two-thirds of the total votes) for a term of nine years. The judges of the Constitutional Court elect their President and Vice-Presidents from among themselves for a term of three years. The President represents the Constitutional Court and coordinates its activity, but his activity must not influence the independence of the other judges of the Court. As a general rule, its decisions are made in plenary sessions or in panels consisting of three members. Issues concerning the constitutionality of Acts of Parliament and other matters defined in the Act on the Constitutional Court are decided in plenary session. The Constitutional Court proceeds in matters concerning the constitutionality of government decrees and statutes of a lower level in three-member panels. The competence of the Constitutional Court includes: preliminary (ex ante) and posterior (ex post) norm-control, the examination of conflicts between international treaties and laws, judgement on constitutional complaints, the elimination of unconstitutionality by omission, the elimination of conflicts of competence between state organs, the interpretation of provisions of the Constitution, and other proceedings. Under the provisions of the Constitution, the Constitutional Court has jurisdiction in impeachment proceedings against the president of the Republic, and it provides preliminary opinions on the dissolution of local representative bodies operating unconstitutionally. The Act on the Constitutional Court allows for the expansion of the competence of the Constitutional Court by statutes. The most general of these is that the Constitutional Court serves a remedial legal forum against the decisions of the National Election Office and the resolutions of Parliament concerning the initiation of a national referendum.³¹

There are four parliamentary commissioners (*ombudsmen*) in Hungary who guard and defend the constitutional rights of citizens: the Commissioner for Civil Rights, the Commissioner for Data Protection, the Commissioner for the Future Generations and the Commissioner for the Rights of National and Ethnic Minorities.³² The candidates are nominated by the President of the Republic and they are elected by

a majority of two-thirds of the votes of the Members of Parliament. Their mandate is for a term of six years, and it is renewable only once. The Commissioner for Civil Rights is entitled to initiate general or specific measures to redress any anomalies in the working of the authorities and those providing public services which come to the Commissioner's attention. The fastest and simplest way for the Parliamentary Commissioner to remedy an injury is to request action to be taken by the head of the organisation concerned, in his own scope of competence. Recommendation is the most frequently applied legal tool. The most important tools of the Parliamentary Commissioner are professional argument, convincement and publicity. The Commissioner of Future Generations who is responsible for environmental protection on a national level and represents the interests of future generations is almost a unique institution in the world (a similar institution can be found only in the Province of Ontario, Canada, in Israel, and in Finland).³³

The State Audit Office (ÁSZ) is the most important economic monitoring organ of Hungary, its main task is the supervision of the Hungarian State Treasury and to make the Treasury accountable to the public. The staff of the State Audit Office consists of a president, vice-presidents, a general secretary, managers, auditors, public servants, clerks and other employees. The State Audit Office is the economic-financial monitoring organ of the Parliament and the state compared to other foreign models, it has outstanding legal guarantees and it can exercise control over every area of state life where public funds are managed and used. The President of the State Audit Office is entitled to examine the loan contracts of the state budget. He offers an opinion on proposals concerning the improvement of the accountancy and internal financial monitoring system of public finances, the nomination of the President of the Hungarian Tax and Financial Control Administration (APEH) and the internal regulations of the Hungarian State Holding Company. He monitors the management of social security and other separate state funds, local and minority self-governments, county development councils, chambers of commerce, public foundations, non-profit organisations, pension funds, financial companies, institutions of higher education, political parties and their foundations, and churches.³⁴ The National Bank of Hungary (MNB) is the central bank of Hungary. Its tasks are enumerated in Act LVIII of 2001 (Banking Act). The primary objective of the National Bank is to achieve and maintain price stability. Without prejudice to its chief objective, it supports the economic policy of the Government by means of the instruments of monetary control at its disposal.³⁵

The prosecuting authorities are in a special constitutional position in Hungary; they are independent of the government and separated from the judicial system, too. The independence of the prosecuting authorities is guaranteed by the fact

that the General Prosecutor is elected by Parliament on the recommendation of the President of the Republic and is responsible exclusively to Parliament.³⁶

Finally, the division of Hungarian public administration should be noted; it is divided into central administration and territorial self-governments, the latter being based on county (19 counties and the capital city) and local self-governments.³⁷

3. Civil and commercial law

The Hungarian Civil Code (Act IV of 1959) was drafted between 1953 and 1959. The provisions of Act IV of 1959, entering into force on 1st May 1960, still apply. The Code leaned strongly upon the preceding achievements of Hungarian law, and— being a Socialist Code – on the one hand it effaced private property, on the other hand it increasingly protected state and co-operative property.³⁸ The Code has been amended several times, the most significant of which is the comprehensive reform of 1977.³⁹ Despite the several amendments, the structure of the Code has remained unchanged: it is divided into six parts each subdivided into titles and chapters (Part One Introductory Provisions: Sections 1-7.; Part Two Persons: Sections 8-87.; Part Three Ownership: Sections 88-197.; Part Four Obligations Sections 198-597.; Part Five Succession: Sections 598-684.; Part Six Closing Provisions: Sections 685-687.). The Introductory Provisions of the Hungarian Civil Code lays down several principles. These are as follows: the principle of interpretation, the protection of the rights of persons, the free exercise of the rights of persons, the protection of property, the principle of good faith and mutual respect, the principle of mutual cooperation, no liability without actionable conduct, the prohibition of the abuse of rights, the requirement of damage prevention, the general principle of the enforcement of claims in the court of law. In the two decades following the political changes of 1989-1990 the Civil Code has been modified more than 50 times, thus its re-codification is now a topical issue.⁴⁰

Like in other post-socialist Central and Eastern European countries, family law is regulated in a separate code (Act IV of 1952) in Hungary too. This Code, which has been amended several times too, regulates the fundamental questions of family relations including the legal aspects of marriage.

Though Hungary has no separate commercial code as per the legal systems of Germany and France, the most significant legal institutions of commercial, financial and business law are regulated in separate statutes. The most important of these is the so-called Act on Business Associations (Act IV of 2006). This solution of incorporating rules pertaining to business associations into a separate statute is not without antecedents in Hungarian legal history, since Act XXXVII of 1875, which

could be regarded as a translation of the German Commercial Code, was based on a similar concept, from among the forms of business acknowledged by this Act the company limited by shares was of outstanding importance. The form of Limited Liability Company was already known at the beginning of the 20th century: it was introduced by Act V of 1930. Act VI of 1988, which could be regarded as the first real Companies Act, followed mostly the German and Austrian models and provided a modern regulation.⁴¹ The Companies Act (Act VI of 2006) currently in effect acknowledges basically four types of business associations (general partnerships (kkt.), limited partnerships (bt.), private limited-liability companies (kft.) and public and private limited companies (rt.)) and - with regard to European company law – groupings which are cooperative societies. The foundation, the functioning and the dissolution of business associations is regulated by Act V of 2006 on the Public Company Information, Company Registration and Winding-up Proceedings. Act XLIX of 1991 on Bankruptcy Proceedings and Liquidation Proceedings governs the legal alleviation of the financial and operational disorders of business associations. It has subsequently been amended more than 30 times. Although it introduced the so-called bankruptcy proceedings aiming at the reorganisation of economic operators, it is rather similar to a composition in bankruptcy. One of the deficiencies of the Hungarian regulation is that the fate of the debtor who could actually be saved depends mainly on the willingness of the creditors to co-operate and reorganisation is primarily financed by the creditors as well.⁴² The Hungarian competition law was adopted with a view to the approximation of national law to European law, and the Act on the Prohibition of Unfair Trading Practices and Unfair Competition was adopted in 1996 (Act LVII of 1996). The main elements of this statute are as follows: the regulation of cartels, the prohibition of the abuse of dominant position, controlling the concentration of companies, and establishing consumer protection in the area of competition law (the act prohibits the unfair manipulation of consumers' decisions).⁴³

Obviously, besides civil and commercial law Hungarian private law incorporates other branches of law as well, such as labour law, agricultural law and civil procedural law.⁴⁴

4. Court system and law faculties

Hungary has a unified court system; it does not differentiate between administrative and civil-criminal courts. At the first level of the unified system there are the local courts (in Budapest, in the capital city they are called district courts), and in the 19 counties and in the capital city there are the labour courts as courts with special jurisdiction. The 19 County Courts and the Municipal Court of

Budapest can be found at the second level of the hierarchy. On the third level there are the five Regional Courts of Appeal (Budapest, Debrecen, Győr, Pécs, Szeged). The Supreme Court is at the top of the hierarchy, with its seat in Budapest.

Local courts are courts of first instance in civil and criminal cases, the labour courts have competence in lawsuits concerning employment relations and relations of a similar character, the review of administrative decisions in matters of social insurance and labour administration also fall into their competence. On the second tier of the court structure there are the County Courts and the Municipal Court of Budapest. Their jurisdiction covers the counties and the capital city. County Courts have first instance competence in certain cases and second instance competence in appeals lodged against the decisions of local courts and labour courts. County Courts are subdivided into civil, criminal and economic divisions. Regional Courts of Appeal were established on the one hand to ease the workload of the Supreme Court, on the other hand to create a more efficient division of labour between local and county courts. They are primarily appellate courts as they render judgement on the decisions of County Courts in cases established by law. Besides, Regional Courts of Appeal have competence in cases determined by law, further, in conflicts of jurisdiction they designate the court to proceed.⁴⁵ The Supreme Court is the highest judicial organ in the Republic of Hungary. Its President is elected by Parliament on the nomination of the President of the Republic. Two-thirds of the votes of the Members of Parliament are required to elect the President. The Supreme Court operates ordinary judicial and uniformity chambers. The Supreme Court examines appeals submitted against the decision of the County Courts and the Regional Courts of Appeal and applications for review of final judgements as extraordinary remedy, passes uniformity decisions binding on all courts and proceeds in other cases referred to its jurisdiction.⁴⁶

Legal education at university level began in Hungary in the 14th century with the foundation of the University of Pécs in 1367. Though after a few decades of operation the university ceased to function, it seems very probable, that the Bolognese canon-lawyer, GALVANO BETTINI DA BOLOGNA taught Roman law here, too. The predecessor of the University of Budapest, which later became part of the University of Nagyszombat founded in 1635, boasted of the Faculty of Law with the longest permanent operation in Hungary, legal education commenced there in 1667. In 1777, under the reign of MARIA THERESA the Faculty of Law was moved from Nagyszombat to Budapest and today it is part of Eötvös Lóránd University. The University of Budapest and its Faculty of Law was the only university of the country for a long time, until the foundation of the University of Kolozsvár in 1872. At the beginning of the 20th century new universities were established in Debrecen

and Pozsony, where faculties of law were established in 1914, too. Under the peace treaties of World War I, Kolozsvár and Pozsony ceased to belong to Hungary, so the faculties of law were moved to the territory which remained Hungarian. In 1921 the faculty of law was moved from Pozsony to Pécs, while the faculty of law was moved from Kolozsvár to Szeged. Between the two world wars besides the so-called legal academies there were four universities with a faculty of law in Hungary: in Budapest, in Debrecen, in Pécs and in Szeged. The functioning of legal academies as well as the Faculty of Law of Debrecen was suspended in 1949. Thus in the Socialist era legal education took place in only three cities in the country. In addition to the remaining three faculties of law a fourth faculty was called to life in Miskolc in 1980. The four institutions were able to satisfy the needs of the labour market in relation to law graduates until the change of the political system in 1990. Shortly after the change of regime Hungary saw the establishment of a great number of universities, which led to the duplication of the number of the faculties of law. The first new faculty was founded at Pázmány Péter Catholic University in 1995, then legal education, suspended in 1950, was restarted at the University of Debrecen in 1996, which was followed in 1998 by the establishment of a new faculty of law at Károli Gáspár University of the Reformed Church in Budapest, finally, legal education also commenced in Győr in 2002. At present altogether eight faculties offer academic training in law: there are three faculties in Budapest (one of them is maintained by the state, while the other two, a catholic and a protestant, are private ones) and five in central cities (Debrecen, Győr, Miskolc, Pécs and Szeged) of different regions. Legal education comprises ten semesters, which is concluded by a state examination. Law graduates are given a doctoral title in law after the completion of their university studies. Following a three-year traineeship which can be served in a law firm, at a public prosecutor's office, in a court, in public administration or in a business association or undertaking, legal trainees earn the right to take the second professional state examination, the so-called bar examination. The successful completion of the bar examination is the condition of practising law, working as an attorney-at-law, prosecutor or judge.⁴⁷

The Hungarian Academy of Sciences (Magyar Tudományos Akadémia) plays a significant role in the field of the development of Hungarian legal science, besides the universities it is also entitled to grant doctoral degrees, it elects full and corresponding members from amongst lawyers with outstanding scientific achievements. The Hungarian Academy of Sciences operates an Institute for Legal Studies (Jogtudományi Intézet), too.⁴⁸

The Hungarian Lawyers' Association (Magyar Jogász Egylet) traditionally plays an important role in the public life of the legal profession; it aims to develop Hungarian jurisprudence as well as the professional activities of lawyers.

* Attila PÓKECZ KOVÁCS, Associate Professor of the Department of Roman Law, University of Pécs, Faculty of Law. pokecz@ajk.pte.hu

¹ Pál SONNEVEND: The Position of the Hungarian Constitution after the Accession to the European Union, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, pp. 502-506.; *The activities of the Hungarian National Assembly regarding European affairs* (Edited by Agneta Kovács, Gergely Szabó, Csaba Gergely Tamás, Judit Járadi), Budapest 2009.

² Gábor HAMZA: *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition*, Budapest 2009, p. 132.

³ Zoltán PÉTERI: Questions of Style in the Hungarian Legal System, in: *Prudentia Iuris Gentium Potestate. Ünnepi tanulmányok Lamm Vanda tiszteletére*, (editors: Nótári Tamás, Török Gábor), Budapest 2010, pp. 359-367.

⁴ Attila RÁCZ: Contemporary European Constitutional Development and Hungarian Public Law Legislation in 1848, in *Acta Juridica Academia Scientiarum Hungaricae 3-4/1992*, pp. 147-156.

⁵ Péter PACZOLAY: Hungarian Constitutional Law 1989-2005, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, p. 19.

⁶ Péter PACZOLAY: *op. cit.* pp. 20-22.

⁷ Attila RÁCZ: Remodelling State Organisation for Legal Protection, in *Transformation in Hungarian Law (1989-2006)*, (edited by Vanda Lamm), Budapest 2007, pp. 41-43.

⁸ SAJÓ András: Constitutional law in twenty years from now, in *Acta Juridica Academia Scientiarum Hungaricae 3-4/2001*, pp. 149-157.

⁹ Gábor BÉLI: Die ungarische Rechtsgeschichte seit den Anfängen bis zur Erscheinung der ersten sozialistischen Kodexe, *Kurzlehrbuch, Pécs*, p. 1.

¹⁰ Gábor HAMZA: *op. cit.* p.136.

¹¹ Gábor HAMZA: *Ibid.* p. 137.

¹² Gábor HAMZA: *Ibid.* pp.139-144.

¹³ Gábor HAMZA: *Ibid.* pp. 394-396.

¹⁴ Gábor HAMZA: *Ibid.* p. 380.

¹⁵ Gábor HAMZA: *Ibid.* pp. 381-385.

¹⁶ János ZLINSZKY: Hungarian private law in the 19th and 20th centuries up to World war II., *Hungarian state 200*, pp. 305-334.

¹⁷ Attila HARMATHY: Transformation of Hungarian Civil Law (1985-2005), in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union* (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM), Kluwer Law International 2007, pp. 287-294.

¹⁸ Gábor BÉLI: *op. cit.* pp. 27-28.

- ¹⁹ Gábor BÉLI: *Ibid.* pp.64-65.
- ²⁰ Gábor BÉLI: *Ibid.* pp. 65-68.
- ²¹ Krisztina LUKÁCS: Criminal Policy and Law Enforcement in Hungary from the 1960's, in *Doktoranduszok fóruma 2008*, pp. 119-124.
- ²² Ferenc NAGY: (Trans)Formation of Substantive Penal Law since the Political Transformation in Hungary, in *Transformation in Hungarian Law (1989-2006)*, (edited by Vanda Lamm), Budapest 2007, 175-208.; Ferenc NAGY and Zsolt SZOMORA: The development of the Hungarian Criminal Law over the Past Twenty Years, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, pp. 191-206.
- ²³ Gábor HALMAI: The Transformation of Hungarian Constitutional Law from 1985 to 2005, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, pp. 1-19.
- ²⁴ András SAIÓ: The development of Freedom of Expression after 1989, in *Transformation in Hungarian Law (1989-2006)*, (edited by Vanda Lamm), Budapest 2007, pp. 63-81.
- ²⁵ Attila ÁGH: The Role of the First Parliament in Democratic Transition, in *Democratization and Europeanization in Hungary: The First Parliament (1990-1994)*, (Editors: Attila Ágh and Sándor Kurtán), Budapest 1995, pp. 245-261.
- ²⁶ Gábor SÜLYÖK: International Co-operation and the Hungarian Constitution, in *Prudentia Iuris Gentium Potestate. Ünnepi tanulmányok Lamm Vanda tiszteletére [Studies in Honour of Vanda Lamm]*, (Editors: Nótári Tamás, Török Gábor), Budapest 2010, pp. 429-439.
- ²⁷ *The Constitution of the Republic of Hungary*. Ed. And introduced Schanda Balázs (Publ) Pázmány Péter Catholic university, Faculty of Law and Political Sciences, Szent István Társulat, Budapest 2007, pp. 1-70.
- ²⁸ Márta DEZSŐ: Electoral System in Hungary 1985-2005, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union* (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM), Kluwer Law International 2007, pp. 50-63.
- ²⁹ Márta DEZSŐ: Political rights and suffrage in the Hungarian Constitution, *Annales Budapestiensis Tomus 41-42*. Budapest 2002, pp. 105-120.
- ³⁰ Richárd SZENTPÉTERI NAGY: Az államelnök jogállása, hatásköre és választása [The Legal Status of the President of Hungary], in *A köztársasági elnök az új alkotmányban. Tanulmányok. [The Legal Status of the Head of State in the new Constitution]* (András HOLLÓ, ed.), Budapest 1995, pp. 97-144.
- ³¹ Attila RÁCZ: Remodelling State Organisation for Legal Protection, in *Transformation in Hungarian Law (1989-2006)*, (edited by Vanda Lamm), Budapest 2007, 57-62.; HOLLÓ András: The law of state organization in the jurisprudence of the Constitutional Court, in *Twenty years of the Hungarian Constitutional Court, 2009*, pp. 99-135., Gábor HALMAI: *op. cit.* pp. 5-18.
- ³² *The first three years of the Parliamentary Commissioner for Data Protection and Freedom of Information*, Budapest 1998, pp. 11-357.
- ³³ Attila RÁCZ: Remodelling State Organisation for Legal Protection, in *Transformation in Hungarian Law (1989-2006)*, (edited by Vanda Lamm), Budapest 2007, pp. 43-47.
- ³⁴ Csaba SZILOVICS: Stability and Calculability Regarding the Taxation of Natural Persons in the Period of 1998-2005, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union* (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM), Kluwer Law International 2007, pp. 167-171.

- ³⁵ István SIMON: Banking Law in Hungary 1985-2005, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, pp. 413-414.
- ³⁶ Attila RÁCZ: *op. cit.* pp. 48-50.
- ³⁷ Herbert KÜPPER: Hungarian Administrative Law 1985-2005: The Organisation of the Administration, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, pp. 109-122.
- ³⁸ Gábor HAMZA: *op. cit.* pp. 388-394.
- ³⁹ Attila HARMATHY: Transformation of Hungarian Civil Law (1985-2005), in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union* (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM), Kluwer Law International 2007, pp. 287-294.
- ⁴⁰ Attila MENYHÁRD: Consumer Protection and Private Law, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, 349-352.; István SÁNDOR: Certain issues of the codification of the new Hungarian Civil Code, in *Studia Iuridica Carolinensia 2007*, 179-190.; Ildikó BASA: Re-Codification of the Civil Code-Conception the New Civil Code, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, pp. 295-311.
- ⁴¹ Tamás SÁRKÖZY: Transformation of the Role of Law in the Economy (The progress of the Hungarian Business Law between 1988-2005), in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, p. 319.
- ⁴² Gábor TÖRÖK: The Transformation of the Role of Law in the Economy (1988-2005), in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, pp. 328-330.
- ⁴³ Tamás SÁRKÖZY: Economic Civil Law of the Political Changes in Hungary (1988-2004). A Comprehensive Overview, in *Transformation in Hungarian Law (1989-2006)*, (edited by Vanda Lamm), Budapest 2007, pp. 117-174.
- ⁴⁴ Endre TANKA: Transformation of Hungarian agricultural Law (1985/1990-2005), in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, pp. 371-390.; Gábor JUHÁSZ: The development of Social Law in Hungary between 1985/1990 and 2005, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, pp. 395-406.; Miklós KENGYEL: Changes in the Model of Hungarian Civil Procedural Law, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, pp. 353-364.; Zsuzsa WOPERA: Effect of the European Community Law on the Hungarian Civil Procedure, in *The Transformation of the Hungarian Legal Order (1985-2005), Transition to the Rule of Law and Accession to the European Union*, (editors: András JAKAB, Péter TAKÁCS and Allan F. TATHAM) Kluwer Law International 2007, pp. 365-370.

⁴⁵ Attila RÁCZ: Remodelling State Organisation for Legal Protection, in Transformation in Hungarian Law (1989-2006), (edited by Vanda Lamm), Budapest 2007, pp. 50-57.

⁴⁶ Miklós KENGYEL –Viktória HARSÁGI: Civil Justice in Hungary, Nagoya University Comparative Study of Civil Justice Vol. 4.

⁴⁷ Barna MEZEY: The history of the harmonisation of law and legal education in Hungary, Rechtsgeschichtliche Vorträge 21, Budapest 2004, pp. 1-14.

⁴⁸ András KARÁCSONY: Relationship between state-, political- and legal sciences in education of law, Rechtsgeschichtliche Vorträge 20, Budapest 2004.

**CONSIDERAȚII PRIVIND MODIFICĂRILE ADUSE CONTRACTULUI
INDIVIDUAL DE MUNCĂ PE DURATĂ DETERMINATĂ REZULTATE
DIN CUPRINSUL LEGII NR. 40/2011 PENTRU MODIFICAREA
ȘI COMPLETAREA LEGII NR. 53/2003 – CODUL MUNCII**

Monica GHEORGHE*

Abstract: *Considerations on the fixed-term employment contract as established by Law No.40/2011 completing and amending the Law no.53/2003 – the Labor Code. In the framework of the recent discussions regarding the alteration of the Labor Code – Law No.53/2003, with further alterations and completions, it is intended to alter the legal regime peculiar to the fixed-term employment contract. These modifications are primarily caused by the necessity, brought to light by the practice, to make labor relationships more flexible, especially to the employers' interest. With the aim of meeting the needs shown within practice, the alterations and completions of the Labor code in this field regard: the extension of the situations in which the conclusion of fixed-term employment contracts is allowed, the increase of the term for which such contracts may be concluded, as well as the elimination of certain duties that the employers have in relation to the employees that have concluded such contracts.*

The herein study aims at analyzing the new aspects brought to the Labor Code in respect to the the fixed-term employment contract, as well as some considerations of comparative law on this matter.

Keywords: *employment contract, fixed-term employment contract, term, employers duties, employee.*

Prin adoptarea Legii nr. 40/2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003 – Codul muncii¹ regimul juridic aplicabil contractului individual de muncă a suferit unele modificări și completări determinate, în principial, de necesitatea izvorâtă în practică de a flexibiliza desfășurarea relațiilor de muncă. Prin Decizia nr. 383/2011, Curtea Constituțională a statuat, cu majoritate de voturi, că această lege este constituțională.

Urmare a disputelor îndelungate dintre partenerii sociali și Guvern cu privire la poziția contractelor pe durată determinată în raportul cu cele pe durată nedeterminată, modificările și completările Codului vizează:

1. cazurile în care se poate încheia un contract pe durată determinată;
2. durata maximă pentru care se poate încheia un contract pe durată determinată;
3. obligațiile angajatorilor față de salariații încadrați în baza unui contract pe durată determinată.

În prezentul studiu, vom analiza consecințele modificării – totale sau parțiale - a textelor din Codul muncii referitoare la contractul individual de muncă pe durată determinată, fără a relua reglementările care nu au suferit modificări și care nu implică, în acest context, o cercetare deosebită.

1. Ca urmare a solicitărilor formulate de angajatori, apreciindu-se a fi prea restrictiv, art. 83 din Codul muncii² a fost modificat în sensul extinderii situațiilor în care încheierea contractelor individuale de muncă pe durată determinată este admisă cu scopul de a răspunde exigențelor din practică. Legiuitorul a rămas în sfera enumerării limitative a cazurilor în care este permisă încheierea acestui tip de contracte.

a. *Creșterea și/sau modificarea temporară a structurii activității angajatorului (art. 83 lit. b din Codul muncii).*

În acest caz, posibilitatea încheierii contractului pe durată determinată intervine în următoarele situații:

- creșterea temporară a activității angajatorului (situație care este similară cu cea prevăzută și anterior modificărilor Codului muncii);
- creșterea și modificarea temporară a structurii activității angajatorului;
- modificarea temporară a structurii angajatorului.

Creșterea volumului activității angajatorului în ansamblu urmare a cerințelor pieței poate determina și unele modificări în structura angajatorului.

În virtutea dreptului angajatorului de directivare, acesta stabilește structura sa generală, prin stabilirea posturilor/funțiilor care compun compartimentele și atribuțiile fiecăruia. Astfel, decizia de modificare temporară a activității este luată unilateral de angajator.

Pentru a justifica încheierea contractelor pe durată determinată, apreciem că modificarea structurii angajatorului vizează constituirea/înființarea temporară a unor funcții/posturi care poate fi determinată de creșterea activității sau, dimpotrivă, independent de aceasta.

Dacă angajatorul poate dovedi că se află într-o perioadă de creștere a activității, care rezultă din actele economico-financiare, care presupune forță de muncă suplimentară, poate justifica și o modificare a structurii acestuia.

Din interpretare gramaticală a textului, rezultă că angajatorul ar putea să modifice unilateral și temporar structura cu scopul de a încadra salariați pe durată determinată. Această situație poate ridica unele neclarități în practică, precum și

săvârșirea unui abuz de drept cu privire la încadrarea în muncă. În acest context, apreciem că modificarea structurii angajatorului trebuie să fie determinată de o cauză obiectivă și reală și să aibă un caracter temporar. Obiectivitatea ar trebui apreciată în funcție de scopul și rezultatul ce trebuie atins, avându-se la bază circumstanțele concrete care caracterizează activitatea angajatorului, pentru a se putea justifica recursul la contractele pe durată determinată. Aceasta înseamnă că un motiv formulat în termeni generali nu este valabil. Pe scurt, obiectivitatea este un criteriu aflat în directă legătură cu sarcinile și funcția pentru care salariatul a fost angajat pe o perioadă limitată, fiind necesară existența unei nevoi temporare.

Modificarea temporară ar putea fi justificată de îndeplinirea unor sarcini clar definite care nu se înscriu în sfera normală a activității angajatorului, cum ar fi spre exemplu, prestarea unor activități urgente a căror implementare imediată este necesară pentru prevenirea accidentelor.

Această interpretare apreciem că trebuie dată noțiunii de „modificare temporară a structurii activității angajatorului” întrucât scopul principal al contractului pe durată determinată este de a facilita funcționarea unității și de a conduce la soluționarea problemelor organizaționale, temporare, determinate de motive interne sau externe angajatorului.

b. în alte cazuri prevăzute expres de legi speciale ori pentru desfășurarea unor lucrări, proiecte sau programe (art. 83 lit. h din Codul muncii).

Anterior acestei modificări, legiuitorul permitea încheierea unui astfel de contract pe durata executării unei lucrări, proiecte sau programe condiționat de existența unei clauze înscrise în contractul colectiv de muncă încheiat la nivel național și/sau la nivel de ramură.

Renunțarea la raportarea la aceste contracte colective de muncă o apreciem a fi utilă, această necesitate fiind semnalată atât de practică, cât și de doctrina juridică³. În fapt, încadrarea pe perioadă determinată pentru desfășurarea unei lucrări, proiect sau program era într-o măsură mare restricționată de conținutul acestor contracte colective.

În prezent, pentru a fi aplicabilă această situație, angajatorul trebuie să fie angajat într-un proiect, program sau lucrare care să aibă caracter determinat. Organizațiile patronale au dorit să aibă o mai mare flexibilitate în ceea ce privește încheierea unui contract pe durata unei misiuni concrete. Acest tip de contract ar putea corespunde unei nevoi a angajatorilor, dar în același timp oferă salariatului o anumită garanție, putând constitui o alternativă pentru salariații care au o specializare sau experiență într-un domeniu.

Încheierea contractului individual de muncă pe o perioadă determinată permite integrarea în unitate, cel puțin pentru perioada necesară realizării proiectului/lucrării/programului a unei categorii de salariați care au o pregătire specializată sau experiență. În realitate el corespunde și nevoilor angajatorilor.

În literatura juridică franceză⁴ s-a afirmat că un contract de muncă încheiat pe durata desfășurării unui proiect este un contract de flexisecuritate.

2. Motivat de faptul că unii angajatori încheie unele proiecte sau programe strategice care se întind, în general, pe o perioadă mai mare de 2 ani, legiuitorul român a majorat durata maximă pentru care poate fi încheiat un singur contract individual de muncă pe durată determinată de la 24 luni la 36 de luni. Art. 84 alin. 1 din Codul muncii prevede: „Contractul individual de muncă pe durată nu poate fi încheiat pe o perioadă mai mare de 36 de luni”.

Concomitent, au fost modificate și condițiile în care se poate prelungi un astfel de contract. Alin. 3-5 ale art. 82, modificate, au următorul cuprins: „(3) Contractul individual de muncă pe durată determinată poate fi prelungit, în condițiile prevăzute la art. 83, și după expirarea termenului inițial, cu acordul scris al părților, pentru perioada realizării unui proiect, program sau a unei lucrări. (4) Între aceleași părți se pot încheia succesiv cel mult 3 contracte individuale de muncă pe durată determinată. (5) Contractele individuale de muncă pe durată determinată încheiate în termen de 3 luni de la încetarea unui contract de muncă pe durată determinată sunt considerate contracte succesive și nu pot avea o durată mai mare de 12 luni fiecare”.

Din analiza textelor de mai sus se desprind următoarele:

- Între aceleași părți este posibilă încheierea succesivă a cel mult 3 contracte individuale de muncă pe durată determinată. Întrucât art. 80 alin. 4 nu distinge, între aceleași părți se pot încheia 3 contracte succesive pe același post sau pe posturi diferite⁵.

- Prin contract succesiv se înțelege contractul încheiat în termen de 3 luni de la data încetării contractului anterior.

- Contractele succesive pot fi încheiate pentru o perioadă de maxim 12 luni fiecare.

- Prolungirea contractului individual de muncă pe durată determinată poate opera după expirarea termenului inițial pentru perioada realizării unui proiect, program sau a unei lucrări.

Interpretarea coroborată a art. 82 alin. 4 și 5 și art. 84 alin 1 din Codul muncii cu privire la durata maximă pentru care se pot încheia contracte individuale de muncă pe durată determinată între aceleași părți putem identifica două soluții:

a. durata maximă a contractelor pe durată determinată nu poate depăși termenul maxim de 36 de luni. Această soluție ar corespunde celei anterioare modificării Codului muncii, când între aceleași părți se puteau încheia succesiv cel mult 3 contracte succesive, dar numai înăuntrul termenului maxim stabilit legal de 24 de luni.

b. durata maximă este 60 de luni, respectiv un prim contract încheiat pentru o perioadă de 36 luni, urmat de alte două contracte succesive, fiecare cu o durată de maximum 12 luni⁶.

Ne raliem celei de a doua soluții întrucât încheierea între aceleași părți a cel mult 3 contracte individuale de muncă pe durată determinată nu mai este limitată de o perioadă maximă, așa cum prevedea textul legal anterior. Așa cum s-a arătat, art. 82 alin. 1 din Codul muncii se referă la durata maximă a unui singur contract, vizând exclusiv primul contract, care poate fi urmat de alte două contracte succesive.

3. O altă modificare de esență în materia contractului individual de muncă pe durată determinată constă în abrogarea dispozițiilor cuprinse în anteriorul art. 84 din Codul muncii⁷, care implică următoarele consecințe:

- la expirarea termenului 36 de luni prevăzut de art. 82 din Codul muncii, angajatorul are dreptul de a angaja pe același post un salariat fie în baza unui contract pe durată nedeterminată, fie pe durată determinată (în acest caz, cu respectarea condițiilor prevăzute de art. 81 din Cod);

- la încetarea celui de-al treilea contract individual de muncă pe durată determinată succesiv prevăzut de art. 80 alin. 4 din Cod, angajatorul nu mai este obligat să încheie un contract pe durată nedeterminată.

Față de această nouă modificare, constatăm că obligațiile speciale pentru angajatori instituite anterior de legiuitor cu scopul de a asigura o stabilitate în muncă au fost în mare parte eliminate, permițând încheierea de contracte pe durată determinată într-o sferă largă de ipoteze, fără nicio limitare. Astfel, între același angajator și salariați diferiți se poate încheia un număr nelimitat de contracte de muncă pe durată determinată⁸, fără a se limita, ca textul anterior abrogării, la un număr maxim de 3 contracte de muncă pe durată determinată pe același post (indiferent dacă era în discuție același salariat sau salariați diferiți).

Deși intenția legiuitorului a fost de a flexibiliza relațiile de muncă, înlăturarea normelor imperative prevăzute de anteriorul art. 84 din Cod ar putea avea consecințe negative pentru regimul juridic al salariaților, în sensul că deschide calea abuzului de drept, posibil, din partea angajatorului, care poate opta aproape nelimitat la încadrarea salariaților exclusiv pe perioadă determinată.

Pentru protejarea intereselor salariaților apreciem că ar fi fost necesar să se mențină cel puțin una din limite. În acest mod credem că ar fi fost îndeplinite atât interesele angajatorilor (prin flexibilizarea ipotezelor pentru încadrarea pe perioadă determinată, dar și prin acordarea unui termen suficient pentru realizarea activităților temporare referitoare la un anumit post), cât și ale salariaților prin asigurarea unei stabilități relative în muncă.

Dacă în decursul celor 36 de luni s-a dovedit faptul că postul este necesar pentru desfășurarea activității și este menținut în organigrama angajatorului apreciem că era oportun că se mențină obligația încheierii unui contract pe durată nedeterminată după expirarea acestei perioade pentru același post.

Noua reglementare credem că adâncește și mai mult raportul inegal de forțe dintre angajator și salariat, sub aspect economic și juridic, la momentul negocierii contractului de muncă, precum și pe parcursul executării contractului⁹.

4. Potrivit alin. 3 al art. 87 din Codul muncii, în noua sa redactare, „atunci când nu există un salariat cu contract individual de muncă încheiat pe durată nedeterminată comparabil în aceeași unitate, se au în vedere dispozițiile din contractul colectiv de muncă aplicabil sau, în lipsa acestuia, reglementările legale în domeniu”.

Pentru stabilirea regimului juridic aplicabil salariaților cu contract individual de muncă pe durată determinată trebuie avuți în vedere salariații permanenți comparabili angajați în aceeași unitate.

Soluția legiuitorului regăsită în acest aliniat este firească: dacă în aceeași unitate nu există un salariat permanent comparabil se aplică dispozițiile contractului colectiv de muncă aplicabil; întotdeauna când nu există încheiat un contract colectiv la nivelul angajatorului, al grupului de angajatori ori la nivelul ramurii din economia națională în care își desfășoară activitatea unitatea în cauză, sunt aplicabile reglementările legale în domeniu.

5. În ceea ce privește perioada de probă constatăm că nu a fost modificată, deși durata pentru care se poate încheia acest contract a fost prelungită la 36 de luni, modificări suferind și art. 31 din Codul muncii care reglementează instituția perioadei de probă.

Menținerea aceluiași perioade de probă în cadrul contractului individual de muncă pe durată determinată este justificată întrucât în reglementarea anterioară (art. 31 alin. 1 și art. 83 din Codul muncii) se ajungea ca paradoxal în unele situații perioada de probă să fie mai mare în cazul contractelor pe durată determinată raportat la cele pe durată nedeterminată.

O problemă se ridică totuși cu privire la absolvenții instituțiilor de învățământ superior pentru care potrivit art. 31 alin. 5 din Codul muncii, primele 6 luni de la debutul în profesie constituie perioadă de stagiu.

Având în vedere că perioada de stagiu este distinctă de perioada de probă¹⁰, absolvenții instituțiilor de învățământ superior încadrați pe durată determinată pot fi supuși unei perioade de probă în condițiile art. 83 din Codul muncii.

6. Concluzii. În cele ce urmează ne propunem formularea unor concluzii privind soluțiile adoptate de legiuitor în materia reglementării contractului individual de muncă pe durată determinată, prin raportare la Directiva Europeană în domeniu și la legislația altor state.

a. În expunerea de motive la proiectul care a stat la baza adoptării Legii nr. 40/2011 de modificare și completare a Codului muncii, Guvernul a precizat că se propun modificări care vizează în principal flexibilizarea relațiilor de muncă, dinamizarea pieței muncii și armonizarea prevederilor Codului muncii cu directivele europene și convențiile Organizației Internaționale a Muncii.

Din analiza comparativă a normelor cuprinse în Directiva CE 1999/70 privind acordul-cadru cu privire la munca pe durată determinată încheiat între CES, UNICE și CEEP și modificările aduse legislației muncii constatăm că raportul inițial, consacrat de Codul muncii din anul 2003, precum și modificările ulterioare mențin regula încheierii contractului individual de muncă pe perioadă nedeterminată și excepția celui pe durată determinată. Art. 12 din Codul muncii a rămas nemodificat: „(1) Contractul individual de muncă se încheie pe durată nedeterminată. (2) Prin excepție, contractul individual de muncă se poate încheia și pe durată determinată, în condițiile expres prevăzute de lege”. În ceea ce privește sfera situațiilor în care se poate încheia un contract individual de muncă pe durată determinată, remarcăm faptul că legea română este în continuare mai restrictivă decât norma europeană¹¹.

b. Din analiza reglementărilor contractului individual de muncă în legislația unor țări¹², legislații care răspund într-o măsură sporită cerințelor de flexibilizare a raporturilor de muncă rezultă că:

- Legislațiile muncii reglementează toate aspectele esențiale, acordând o atenție sporită măsurilor de protecție a salariaților încadrați în baza unor contracte de muncă pe durată determinată, dar având concomitent o viziune elastică. Astfel, Codul muncii francez prevede că orice relație contractuală care continuă după expirarea perioadei inițiale sau după reînnoirea acesteia se transformă într-o relație pe durată nedeterminată¹³; în Belgia, contractele succesive pe durată determinată sunt prezumate a fi fost încheiate pe o perioadă nedeterminată¹⁴; în Marea Britanie, după expirarea perioadei maxime (4 ani) pentru care se poate încheia un contract individual de muncă pe durată determinată, angajatorul poate încheia numai contracte pe durată nedeterminată¹⁵; în Norvegia, salariatul care a fost angajat pentru o perioadă mai mare de 1 an, la încetarea contractului are dreptul să primească un preaviz de cel puțin 30 de zile¹⁶.

- Semnalăm faptul că legislațiile sunt mai permissive, cuprinzând și alte situații decât legislația română, cum ar fi activitățile sportive.

- Durata acestor contracte este mai mare decât în țara noastră în Marea Britanie, Austria, Ungaria și Norvegia, similară în Germania, Belgia, Bulgaria, Suedia și Spania.

Concluzionând, actualele modificări aduse contractului individual de muncă apreciem că sunt avantajoase, în general, angajatorului întrucât cuprind o sferă largă de ipoteze în care se poate încheia aceste tip de contracte și înlăturarea unor obligații specifice ale angajatorilor (limitări în încheierea contractelor pe durată determinată). În acest context, teama organizațiilor sindicalele a provenit mai ales din riscul utilizării intempestiv a acestui tip de contract în detrimentul contractului pe durată nedeterminată.

Deși intenția legiuitorului de a modifica acest tip de contract de muncă a provenit de la solicitările formulate de organizațiile patronale care invocau o rigiditate a reglementării care venea în contradicție vădită cu flexibilitatea impusă de piața muncii, totuși apreciem că această flexibilizare a relației de muncă nu trebuie să fie făcută în defavoarea salariaților, ci trebuie menținute unele măsuri de protecție acestora.

* Monica GHEORGHE, Lector univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu

¹ Publicată în „Monitorul oficial al României” nr. 225 din 31 martie 2011.

² Legea nr. 53/2003 – Codul muncii a fost republicat în temeiul art. V din Legea nr. 40/2011 în “Monitorul Oficial al României”, partea I, nr. 345 din 18 mai 2011, dându-se textelor o nouă numerotare.

³ I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 476.

⁴ A.Mazeud, *Droit du travail*, LGDJ Montchrestien, 6e édition, 2008, p. 369.

⁵ I.T. Ștefănescu, Ș. Beligrădeanu, *Principalele aspecte teoretice și practice rezultate din cuprinsul Legii nr. 40/2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003-Codul muncii (I)*, în “Revista română de Dreptul Muncii” nr. 3/2011, p. 20.

⁶ I.T. Ștefănescu, Ș. Beligrădeanu, *Principalele aspecte teoretice și practice rezultate din cuprinsul Legii nr. 40/2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003(I)*, în “Revista română de Dreptul Muncii” nr. 3/2011, p. 20.

⁷ Art. 84 din Codul muncii, abrogat de Legea nr. 40/2011, avea următorul conținut: „(1) La încetarea celui de-al treilea contract individual de muncă pe durată determinată, prevăzut la art. 80 alin. (4), sau la expirarea termenului prevăzut la art. 82 alin. (1), dacă pe postul respectiv va fi angajat un salariat, acesta va fi angajat cu contract individual de muncă pe durată nedeterminată. (2) Dispozițiile alin. (1) nu sunt aplicabile: a) în cazul în care contractul individual de muncă pe durată determinată este încheiat pentru a înlocui temporar un salariat absent, dacă intervine o nouă cauză de suspendare a contractului acestuia; b) în cazul în care un nou contract individual de muncă pe durată determinată este încheiat în vederea executării unor lucrări urgente, cu caracter excepțional; c) în cazul în care încheierea unui nou contract individual de muncă pe durată determinată se impune datorită unor motive obiective prevăzute expres de legi speciale; c1) în cazul în care încheierea unui nou contract individual de muncă pe durată determinată se impune datorită unor motive obiective cuprinse în contractul colectiv de muncă încheiat la nivel național și/sau la nivel de ramură, pentru desfășurarea unor lucrări, proiecte sau programe; d) în cazul în care contractul individual de muncă pe durată determinată a încetat din inițiativa salariatului sau din inițiativa angajatorului, pentru o abatere gravă sau abateri repetate ale salariatului”.

- ⁸ I.T. Ștefănescu, Ș.Beligrădeanu, *Principalele aspecte teoretice și practice rezultate din cuprinsul Legii nr. 40/2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003(I)*, loc.cit., p. 21.
- ⁹ Recomandarea OIM nr. 198/2006 se referă (în Preambul) la faptul că „dreptul muncii trebuie să dea răspunsul la ceea ce *poate fi* un raport de forțe inegal în negocierea între părți în cadrul unei relații de muncă”.
- ¹⁰ A se vedea, I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, loc.cit., p. 265.
- ¹¹ N. Voiculescu, *Considerații privind dispozițiile referitoare la flexibilizarea și securitatea relațiilor de muncă în Legea nr. 40/2011 pentru modificarea și completarea Legii nr. 53/2003 – Codul muncii*, în „Revista română de Dreptul Muncii” nr. 3/2011, p. 52.
- ¹² M. Gheorghe, *Contractul individual de muncă pe durată determinată în dreptul comparat*, în „Acta Universitatis Lucian Blaga. Seria Jurisprudentia” nr. 2/2010.
- ¹³ A se vedea, R. Blanpain, *Regulation of Fixed-Term Employment Contracts: A Comparative Overview*, Editura Wolters Kluwer Law and Business, 2010, p. 83; J. Pelissier, *Droit du travail*, Editura Dalloz, 2008, p. 420.
- ¹⁴ R. Blanpain, *op.cit.*, loc.cit., p. 89.
- ¹⁵ N. Selwyn, *Law of employment*, Editura Oxford University Press, p.66 și urm.
- ¹⁶ K. Alsos, L. Eldring, *Labour mobility and wage dumping: The case of Norway*, *European Journal of Industrial Relations*, vol. 14, nr. 4, 2008, p. 441-459.

**PARTICULARITĂȚI TEORETICE ȘI PRACTICE ÎN LEGĂTURĂ CU APLICAREA
PREVEDERILOR DECRETULUI-LEGE NR.118 DIN 30 MARTIE 1990
PRIVIND ACORDAREA UNOR DREPTURI PERSOANELOR PERSECUTATE
DIN MOTIVE POLITICE DE DICTATURA INSTAURATĂ CU ÎNCEPERE
DE LA 6 MARTIE 1945, PRECUM ȘI CELOR DEPORTATE
ÎN STRĂINĂTATE ORI CONSTITUITE ÎN PRIZONIERI¹**

Aida Diana DUMITRESCU*

Ioan MARA**

Résumé: Traits théoriques et pratiques de l'application des dispositions du décret-loi nr.118 de 30 Mars 1990 sur l'octroi de certains droits aux personnes persécutées pour des raisons politiques par la dictature instaurée le 6 Mars 1945, et aux personnes déportées à l'étranger ou mises en prison. L'étude remet en question les caractéristiques théoriques et pratiques remarquées dans l'application des dispositions du décret-loi nr.118 de 30 Mars 1990.

Structuré à deux niveaux, le matériel comprend une analyse du régime juridique de la compensation établie pour les personnes expulsées ou déplacées des Etats d'Europe orientale et celle de l'indemnisation des personnes expulsées ou déplacées sur les deux côtés de la rivière Prut, en détaillant les problèmes juridiques spécifiques à la Roumanie. Les assemblées législatives ont pris des options différentes dans l'Est de l'Europe en termes de compensation pour les victimes du régime communiste, allant de l'adoption de mesures législatives établissant un cadre juridique restrictif jusqu'à l'adoption d'un cadre réglementaire permissif.

La législation incidente en Roumanie et en Moldavie est basée sur les mêmes principes, mais il a des traits à partir desquels des problèmes théoriques et pratiques particuliers se posent, problèmes exacerbés par les modifications législatives successives.

Sous aspect pratique, nous avons remis en question l'exception au commencement de la capacité d'une personne ; plus précisément, l'acquisition au moment de la naissance des droits par les enfants nés vivants (« infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur») par rapport à l'article 1, paragraphe 1 et 2 du décret-loi nr. 118/1990. On a conclu que l'exception s'applique y compris à la personne qui a été déplacée par force dans une autre localité, à celle qui a un domicile forcé et à la personne qui a été déportée à l'étranger après le 23 août 1944, dès sa conception, si elle est née vivante.

Un autre aspect pratique discuté est le fait qu'aucun texte d'application de la loi ne permet pas la Commission sur le décret nr.118/1990 d'annuler ses décisions ou de les réviser, ce qui signifie que toute erreur de sa part sera corrigée seulement par le tribunal compétent exerçant le contrôle judiciaire.

Nous avons discuté du rôle de l'Agence nationale pour prestations sociales dans les litiges envisagés, la question de l'octroi des dommages moraux suite à la fixation d'une indemnité suffisante et nous avons comment la diminution progressive des droits acquis et un danger réel et actuel.

A la fin du travail, nous nous sommes concentré sur les problèmes actuels, théoriques et pratiques, concernant le dédommagement accordé aux citoyens de la Moldavie, déportés ou déplacés, problèmes issus de la formulation de la loi sur la réhabilitation des victimes nr.1225/1992 la répression politique et de l'application de la loi n °. 48/2011, qui modifie et apporte des compléments à certaines lois sur les victimes de la répression politique.

Rezumat: *Studiul pune în discuție particularitățile teoretice și practice sesizate în procesul de aplicare al prevederilor Decretului-lege nr.118 din 30 martie 1990 privind acordarea unor drepturi persoanelor persecutate din motive politice de dictatura instaurată cu începere de la 6 martie 1945, precum și celor deportate în străinătate ori constituite în prizonieri.*

Structurat pe două paliere, materialul cuprinde analiza regimului juridic al despăgubirilor acordate persoanelor deportate sau strămutate în statele est-europene și a celui al despăgubirilor acordate persoanelor deportate sau strămutate de o parte și alta a Prutului, detaliind problemele de ordin juridic specifice României.

Am remarcat faptul că opțiunile legislativelor sunt diferite în Europa de Est, în ceea ce privește despăgubirile victimelor regimului comunist, mergând de la neadoptarea unor măsuri legislative în domeniu, adoptarea unui cadru normativ restrictiv și până la adoptarea unui cadru normativ permisiv.

În ceea ce privește legislația specifică din România și Republica Moldova, aceasta se fundamentează pe aceleași principii, însă prezintă particularități din care derivă probleme teoretice și practice specifice, potențate de modificările normative succesive.

Sub aspect practic am pus problema aplicării excepției de la principiul dobândirii capacității de folosință a persoanei fizice de la data nașterii, respectiv dobândirea de la momentul concepției a drepturilor copilului născut viu („infantus conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur”), în raport cu prevederile art.1 al.1 și 2 din Decretului-lege nr.118/1990, concluzionând în sensul că excepția se aplică inclusiv persoanei care a fost strămutată într-o altă localitate, persoanei care a avut stabilit domiciliul obligatoriu și persoanei care a fost deportată în străinătate după 23 august 1944, din momentul concepției acesteia, dacă s-a născut vie.

Un alt aspect practic discutat se referă la faptul că nici un text de lege nu abilitează Comisia de aplicare a Decretului-lege nr.118/1990 să-și anuleze propriile decizii ori să emită decizii de revizuire, astfel că modalitatea prin care eventualele erori ale Comisiei respective pot fi înlăturate este aceea a exercitării controlului judecătoresc asupra deciziilor sale de către instanța judecătorească competentă.

Am discutat rolul Agenției Naționale pentru Prestații Sociale în litigiile vizate, problema acordării de daune morale ca urmare a stabilirii unei indemnizații corespunzătoare și am opinat că există un pericol real și actual al îngrădirii progresive a unor drepturi dobândite.

În finalul studiului am supus atenției unele probleme de actualitate, teoretice și practice, în materia despăgubirilor acordate cetățenilor Republicii Moldova, deportați sau strămutați, mai exact, reintegrarea în drepturi a persoanelor deportate sau strămutate, în formularea Legii nr.1225/1992 privind reabilitarea victimelor represiunilor politice și aplicarea prevederilor Legii nr. 48/2011 pentru modificarea și completarea unor acte legislative în materia victimelor represiunilor politice.

Mots-clés: *personnes persécutées, répression politique, capacité d'exercice anticipée, Agence départementale des Prestations Sociales, Commission*

Cuvinte cheie: *persoane persecutate, represiune, capacitate de exercițiu anticipată, Agenția Județeană pentru Prestații Sociale, comisie*

I. Preambul. Despre situația juridică a despăgubirilor persoanelor deportate sau strămutate în statele est-europene

Problema acordării de către statul român a unor drepturi persoanelor persecutate din motive politice de dictatura instaurată cu începere de la 6 martie 1945, persoanelor deportate în străinătate ori constituite prizonieri trebuie analizată în contextul specific existent în celelalte state est europene, care s-au confruntat și se confruntă cu aceeași stare de fapt.

Institutul de Investigare a Crimelor Comunismului și Memoria Exilului Românesc încadrează în categoria victimelor regimului comunist persoanele care în perioada 1945-1989 au fost deținute politic, persoanele care au trecut prin centrele de anchetă, închisorile politice comuniste, au fost deportate sau persoanele care au avut de suferit în timpul acestui regim².

Opțiunile legislativelor, respectiv viziunea asupra stării de drept, a fost diferită în Europa de Est, uneori chiar diametral opusă, în ceea ce privește despăgubirile victimelor regimului comunist, mergând de la neadoptarea unor măsuri legislative în domeniu (*Azerbaidjan, Bosnia-Herțegovina și Georgia*), adoptarea unui cadru normativ restrictiv (*Polonia, Ungaria, Moldova, Cehia, Rusia, Slovacia, Ucraina, Germania, Estonia*³) și până la adoptarea unui cadru normativ permisiv (*Cehia și România* – urmare a modificărilor succesive ale legislației speciale).

O situație particulară în cadrul victimelor regimurilor comuniste o au persoanele deportate sau strămutate, legislația în materia despăgubirilor acordate acestei categorii prezentând specificități de la un stat la altul.

II. Situația juridică a despăgubirilor acordate persoanelor deportate sau strămutate de o parte și alta a Prutului

În prezent, persoana, cetățean român în perioada celui de al doilea război mondial, deportat sau strămutat ulterior, se poate afla în situația de a fi devenit cetățean al Republicii Moldova sau de a fi rămas cetățean al României, ceea ce conduce la concluzia că regimul juridic al cererii sale cu privire la despăgubiri în legătură cu o astfel de măsură este diferit.

Legislația din România și Republica Moldova, în materia acordării de despăgubiri persoanelor deportate sau strămutate, se fundamentează pe aceleași principii, însă prezintă particularități din care derivă probleme teoretice și practice specifice, potențate de modificările normative succesive.

1. Probleme de actualitate, teoretice și practice sesizate în materia despăgubirilor acordate cetățenilor români, deportați sau strămuțați

a. Capacitatea de exercițiu anticipată - dobândirea drepturilor de la data concepției

1. *Fundamentare teoretică.* În considerarea prevederilor art.7 al.2 din Decretul nr.31/1954 privitor la persoanele fizice și juridice⁴, care statuează excepția de la principiul dobândirii capacității de folosință a persoanei fizice de la data nașterii, respectiv dobândirea de la momentul concepție a drepturilor copilului născut viu („infantus conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur”), reținem că de dispozițiile art.1 al.1 și 2 din Decretului-lege nr.118/1990 beneficiază inclusiv persoana care a fost strămutată într-o altă localitate, persoana care a avut stabilit domiciliul obligatoriu și persoana care a fost deportată în străinătate după 23 august 1944, din momentul concepției acesteia, dacă s-a născut vie.

În situația persoanelor menționate mai sus se aplică (beneficiari ai prevederilor Decretului-lege nr.118/1990), deci, nu regula dobândirii capacității de folosință de la nașterea persoanei fizice, ci excepției acesteia, respectiv dobândirea capacității de folosință de la data concepției⁵.

2. *Practică judiciară recentă.* Această problemă a fost dedusă recent în față instanțelor de judecată. Astfel, Tribunalul Mehedinți, a fost sesizat în dosarul 2802/101/2011, reclamantul solicitând, în contradictoriu cu pârâta Agenția Județeană pentru Prestații Sociale Mehedinți, modificarea indemnizației de persoană strămutată, în sensul plății integrale a sumei, plata drepturilor restante pe ultimii 3 ani (diferența de indemnizație), daune morale și cheltuieli de judecată.

În fapt, în cauză s-a învederat, situație foarte rară printre persoanele cărora le-a fost aplicată această măsură, că mama reclamantei a fost strămutată în Bărăgan (18.06.1951 - data stabilirii domiciliului forțat), la cel moment fiind însărcinată în luna a VII-a, sarcină în urma căreia a rezultat reclamanta.

Reclamanta a arătat instanței că a dobândit drepturi de la momentul concepției, respectiv data dobândirii capacității sale de folosință anticipată, raportat la posibilitatea nașterii drepturilor copilului, conform art.7 al.2 din Decretul nr.31/1954, acesta fiind la rândul său o persoană strămutată.

Această situație a fost reținută ca atare de către Comisia Județeană de aplicare a Decretului-lege nr.118/1991, care, prin Hotărârea nr.436/1991, a constatat calitatea de strămutat a reclamantei, alături de aceea a părinților și fraților săi, și i-a stabilit o indemnizație în consecință.

Ulterior însă, în anul 1995, Comisia Județeană de aplicare a Decretului-lege nr.118/1990 a revenit asupra indemnizației stabilite și a modificat-o, fără a-i comunica reclamantei, nici până în prezent, hotărârea în baza căreia a procedat la modificare, diminuând cuantumul acesteia la jumătate, considerând reclamanta nu persoană strămutată, ci urmaș al unei persoane strămutate.

b. Contestarea hotărârii Comisiei Județene de aplicare a Decretului-lege nr.118/1991

1. Evoluția normelor privind competența⁶ soluționării cauzelor având ca obiect revizuirea hotărârilor Comisiei Județene de aplicare a Decretului-lege nr.118/1991

Inițial, conform prevederilor art.10 al.3 din Decretul-lege nr.118/1990 s-a stabilit că cererile pentru stabilirea drepturilor titularilor prevăzute de acest decret se adresează direcțiilor generale de muncă și protecție socială județene până la data de 15.03.2000, ulterior acestui termen instituțiile nominalizate urmând să primească doar cererile depuse de soții/soțiile celor decedați, prevăzuți la art.5 din decret, și de cetățenii români cu domiciliul în străinătate, prevăzuți la art.12 din același act normativ.

Prevederile art.8 al.3 din Decretul-lege nr.118/1990 au fost declarate neconstituționale prin Decizia Curții Constituționale nr.148/2001⁷. Curtea a constatat că nu există o justificare obiectivă și rezonabilă pentru stabilirea unui termen în vederea depunerii cererilor privind stabilirea drepturilor titularilor, în timp ce pentru cererile depuse de soții/soțiile celor decedați și pentru cele depuse de cetățenii români cu domiciliul în străinătate nu este prevăzut nici un termen.

Ulterior, în anul 2000, Curtea Constituțională⁸ a fost din nou sesizată cu privire la neconstituționalitatea dispozițiilor Decretului-lege nr.118/1990 (art.13 al.1 și 2) și s-a pronunțat prin două decizii de admitere, care sunt invocate în practică⁹.

S-a reținut că, exceptând art.13 al.1 și 2 din Decretul-lege nr.118/1990¹⁰, nici un alt text de lege nu abilitază Comisia de aplicare a Decretului-lege nr.118/1990 să-și anuleze propriile decizii ori să emită decizii de revizuire, astfel că modalitatea prin care eventualele erori ale Comisiei respective pot fi înlăturate este aceea a exercitării controlului judecătoresc asupra deciziilor sale de către instanța judecătorească competentă.

Astfel, prin Decizia nr.55/2000, Curtea Constituțională a reținut că „declararea nulității sau anularea actelor prin care au fost acordate drepturile prevăzute de Decretul-lege nr.118/2000, nu se poate face decât de către autoritatea competentă să stabilească, de asemenea, responsabilitățile pentru încălcarea legii, autoritate care nu poate fi alta decât autoritatea judecătorească”.

Constatăm că efectul admiterii acestor excepții de neconstituționalitate constă în aceea că modificarea deciziilor este dată direct în competența instanței judecătorești, instanța de fond fiind, în consecință, singura competentă să analizeze, din punctul de vedere al temeiului juridic, cererile privind greșita încadrare a drepturilor sale conferite în temeiul Decretului-lege nr.118/1990.

În concluzie, urmare a lipsei de competență a autorităților administrative cu privire la modificarea hotărârilor pronunțate de aceste comisii, chiar dacă acestora le-ar fi solicitată revizuirea hotărârii, nu ar putea să procedeze la aceasta, reclamantii trebuind să se adreseze direct instanțelor de judecată.

2. Rolul Agenției Naționale pentru Prestații Sociale

În temeiul prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr.116/2007 privind organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Prestații Sociale¹¹, în subordinea Ministerului Muncii, Familiei și Egalității de Șanse s-a înființat Agenția Națională pentru Prestații Sociale, ca organ de specialitate cu personalitate juridică, care are drept scop crearea unui sistem unitar privind administrarea procesului de acordare a prestațiilor sociale.

Art.9 din Ordonanță de urgență a Guvernului nr.139/2008 privind modificarea și completarea unor acte normative în vederea organizării Agenției Naționale pentru Prestații Sociale¹² dispune: „În realizarea obiectivelor sale, Agenția preia de la compartimentele de specialitate ale Ministerului Muncii, Familiei și Egalității de Șanse și ale structurilor sale deconcentrate atribuțiile și responsabilitățile de administrare și gestionare a prestațiilor sociale.”

3. Solicitarea de daune morale ca urmare a neacordării unei indemnizații corespunzătoare

În practică, se observă că persoanele care au reclamat instanțelor de judecată stabilirea incorectă a drepturilor lor prin hotărâri ale Comisiilor Județene de aplicare a Decretului-lege nr.118/1991 au solicitat și daune morale.

Dintre motivele de fapt prezentate de către reclamantii¹³, le reținem pe următoarele:

- imposibilitatea de a beneficia de servicii medicale corespunzătoare, pe fondul multiplelor afecțiuni fizice (cu atât mai mult cu cât mare parte a acestor afecțiuni în au sorginea în perioada nefericită a privațiunilor din Bărăgan și ulterioare) și în considerarea faptului că suma de bani ce nu a fost achitată (o sumă mare raportată la veniturile reclamantului) ar fi fost de natură să-l ajute să se îngrijească (balneoterapie, fizioterapie ș.a.);

- sentimentele reclamantului de respect, responsabilitate și mai ales de încredere în profesionalismul și răspunderea instituțiilor publice au fost grave afectate de această stare, descoperind că incompetența funcționarilor l-a adus în această situație, în timp ce aceștia nu sunt trași la răspundere;

- confortul psihic și fizic al reclamantului a fost în mod clar afectat, prejudiciul patrimonial, produs acestuia prin neachitarea indemnizației corespunzătoare, constând în peste 10.000 de euro;

- prejudiciul patrimonial a generat un prejudiciu moral fără ca acesta din urmă să aibă drept cauza doar prejudiciul patrimonial.

Pe de altă parte, în drept, motivarea unor astfel de cereri se fundamentează pe dispozițiile Decretului nr.31/1954 privitor la persoanele fizice și juridice. Recunoașterea drepturilor civile ale persoanelor fizice se face conform dispozițiilor art.1 din actul normativ menționat, acestea fiind recunoscute în scopul de a satisface interesele personale, materiale și culturale, în acord cu interesul obștesc, conform legii și regulilor de conviețuire socialistă.

În cazul în care o persoană a suferit o atingere în dreptul său la onoare, la reputație sau în orice drept personal nepatrimonial, conform art.54 din decretul invocat, va fi în drept să ceară instanței judecătorești competente încetarea săvârșirii faptei care aduce atingerea drepturilor mai sus arătate. Dacă reclamantul a suferit o asemenea atingere, el va putea cere ca instanța judecătorească să-l oblige pe autorul faptei săvârșite fără drept, să publice, pe socoteala sa, în condițiile stabilite de instanță, hotărârea pronunțată sau să îndeplinească alte fapte de natură să restabilească dreptul atins.

Mai mult, legea (art.56 din Decretul nr.31/1954) dispune că drepturile personal nepatrimoniale sunt ocrotite și după moarte, în măsura stabilită de lege sau de regulile de conviețuire socialistă.

c. Pericolul real și actual al îngădirii progresive a unor drepturi dobândite

Curtea Europeană a Drepturilor Omului (C.E.D.O.) a statuat, prin Hotărârea din 12 mai 2009 în Cauza Ernewein și alții împotriva Germaniei¹⁴ și prin Hotărârea din 2 februarie 2010 în Cauza Klaus și Iouri Kiladze contra Georgiei¹⁵, că dispozițiile Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale nu impun statelor membre nicio obligație specifică de a repara nedreptățile sau daunele cauzate de predecesorii lor.

În deciziile sale, Curtea Constituțională¹⁶ a invocat practica C.E.D.O. la care am făcut referire mai sus, cu privire la faptul că nu se poate institui o obligație morală a unui stat în vederea despăgubirii persoanelor persecutate în perioada comunistă, ca un argument în sprijinul ideii că statul român nu poate fi obligat să plătească despăgubiri victimelor regimului comunist.

Incontestabil, această obligație nu există și nici nu a fost impusă statului nostru, doar că statul și-a asumat¹⁷ din propria voință și inițiativă, prin Decretul-lege nr.118/1990 acordarea unor drepturi beneficiarilor acestui decret. În acest sens, cu titlu exemplificativ enumerăm dreptul la indemnizația de deportat sau strămutate (art.4 din Decretul-lege nr.118/1990), dreptul la asistență medicală și medicamente prioritar și gratuit, scutirea de impozite și taxe locale, etc. (art.8 pct.2 lit. a din Decretul-lege nr.118/1990), prioritatea la acordarea de locuințe și acordarea de credite (art.9 din Decretul-lege nr.118/1990), etc..

Această asumare a obligației de a acorda drepturi beneficiarilor Decretului-lege nr.118/1990 face parte din contextul mai larg în care legiuitorul român s-a manifestat în mod consecvent începând cu anul 1989, exprimând voința sa de a recunoaște și condamna faptele regimului comunist care au generat suferințe prin adoptarea mai multor acte normative, în consens cu rezoluțiile¹⁸ Adunării Parlamentare ale Consiliului Europei nr.1096/1996 denumită „Măsurile de eliminare a moștenirii fostelor sisteme totalitare comuniste” și nr.1481/2006 intitulată „Necesitatea condamnării internaționale a crimelor comise comunist”.

În accepțiunea Constituției și celorlalte legii, drepturile fundamentale ale beneficiarilor Decretului-lege nr.118/1990 au fost „violat”, iar persoanele aflate în astfel de situații au suferit multiple privațiuni materiale și morale, perioade îndelungate, din partea statului, stat care, ulterior, și-a asumat repararea acestor suferințe.

Am observat însă, în practica judiciară¹⁹ recentă, că drepturile beneficiarilor Decretului-lege nr.118/1990 se restrâng²⁰ continuu, iar cu titlu exemplificativ am reținut că deși se prevede expres dreptul la asistență medicală și medicamente prioritar și gratuit²¹ (art.8 pct.2 lit. a din Decretul-lege nr.118/1990), conform adreselor emise de Casa Națională de Asigurări de Sănătate acest drept nu se mai asigură

integral, deoarece pe lista medicamentelor gratuite pentru beneficiarilor legilor speciale nu sunt trecute medicamente multe dintre medicamentele prescrise acestora.

În concluzie, opinăm că situațiile prezentate mai sus încalcă atât prevederile art.53 din Constituție „Restrângerea exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți”, în care legiuitorul a consacrat faptul că orice restrângerea drepturilor și libertăților trebuie să fie necesară, proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod discriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății, cât și prevederile art.8 din Declarația Universală a Drepturilor Omului care statuează că: „Orice persoană are dreptul la satisfacția efectivă din partea instanțelor juridice naționale competente împotriva actelor care violează drepturile fundamentale ce-i sunt recunoscute prin constituție sau lege”.

2. Probleme de actualitate, teoretice și practice, în materia despăgubirilor acordate cetățenilor Republicii Moldova, deportați sau strămutați

Cadrul normativ special în materia despăgubirilor acordate de către Republica Moldova persoanelor deportate sau strămutate este reprezentat de către Legea nr.1225/1992 privind reabilitarea victimelor represiunilor politice²².

a. Reintegrarea în drepturi a persoanelor deportate sau strămutate, în formularea Legii nr.1225/1992 privind reabilitarea victimelor represiunilor politice

Dispozițiile art. 1 din Legea 1225/1992 privind reabilitarea victimelor represiunilor politice, stabilesc pentru persoanele deportate și strămutate – persoane incluse în categoria „victime ale represiunilor politice”²³- principiile aplicabile și procedura în materia reabilitării acestora în fața societății și reintegrării în drepturi (art.1).

Reintegrarea în drepturi a persoanelor deportate și/strămutate se referă la drepturile politice, sociale și civile, inclusiv la drepturile patrimoniale. Cadrul normativ cuprinde dispoziții²⁴ în materia dreptului la locul de trai al persoanelor supuse represiunilor politice, compensațiile pentru persoanele supuse acestor represiuni (inclusiv dreptul la compensație urmare a decesului cauzat de către represiunea suferită), înlesniri pentru victime (credite pentru construcția sau reparația locuinței, scutirea taxei de timbre, asistență medical, etc.).

În ceea ce privește reintegrarea în drepturile patrimoniale ale victimelor, legea prevede (art. 12) că se restituie bunurile sau se recuperează valorile acestora, prin plata de compensații către victime, fără a se institui plafonări în materia despăgubirilor și se permite succesorilor victimelor să formulez astfel de acțiuni.

Comisiile speciale create de autoritățile administrației publice locale a raioanelor, municipiilor Chișinău și Bălți, unității teritoriale autonome Găgăuzia, în al căror teritoriu persoanele reabilitate au avut domiciliul în momentul reprimării, sunt competente să examineze cererile de restituire a bunurilor sau de recuperare a valorii acestora, iar contestațiile urmează să fie soluționate de către instanțele judecătorești competente.

b. Discuție asupra prevederilor Legii nr. 48/2011 pentru modificarea și completarea unor acte legislative²⁵ în materia victimelor represiunilor politice

Conform prevederilor art. III din Legea nr. 48/2011 pentru modificarea unor acte legislative, textul art. 18 din Legea nr. 1225/1992 privind reabilitarea victimelor represiunilor politice („Acordarea indemnizației unice”) dispune că:

- victimele²⁶ represiunilor politice cărora li s-au restituit casele de locuit în localitățile de unde au fost represați pot beneficia, din contul bugetului de stat, de indemnizații unice, în cuantum de 50 la sută din mărimea stabilită de Guvern, pentru restaurarea caselor vechi, cu excepția persoanelor care au obținut anterior credite preferențiale în acest scop;

- persoanele, cărora nu li s-au restituit casele de locuit și care nu au solicitat și nu sunt în drept să solicite restituirea bunurilor sau recuperarea valorii acestora prin achitarea de compensații conform prevederilor legii, au dreptul de a beneficia, din contul bugetului de stat, de indemnizații unice, în cuantum de 50 la sută din mărimea stabilită de Guvern, pentru construcția unei case individuale ori a unei locuințe cooperatiste sau pentru procurarea spațiului locativ în localitățile de unde au fost represate, cu excepția celor care au beneficiat anterior de credite preferențiale în acest scop.

Spre deosebire de celelalte drepturi prevăzute de Legea 1225/1992, drepturile mai sus menționate nu se pot transmite pe cale succesorală.

În ceea ce privește modul de acordare și mărimea indemnizațiilor identificate mai sus, acestea se stabilesc de Guvern, întocmai ca și în legea română (art. 4 al. 3 din Decretul-lege nr.118/1990).

Dacă o victimă a represiunilor politice a beneficiat sau este în drept să beneficieze de restituirea bunurilor ori recuperarea valorii acestora prin achitarea de compensații în condițiile legii, aceasta nu este în drept să beneficieze și de o indemnizație unică.

Persoanele care au dreptul la indemnizații unice, însă nu dispun de scrisori de garanție pentru a beneficia de credite preferențiale, pot primi indemnizații unice pentru construcția ori procurarea spațiului locativ sau pentru restaurarea caselor vechi în localitățile de unde au fost represate, în modul stabilit de Guvern.

BIBLIOGRAFIE:

1. Constituția României
2. Codul Civil
3. Decretul nr.31/1954 privitor la persoanele fizice și juridice
4. Decretul-lege nr.118/1990 privind acordarea unor drepturi persoanelor persecutate din motive politice de dictatura instaurată cu începere de la 6 martie 1945, precum și celor deportate în străinătate ori constituite în prizonieri
5. Legea nr.221/2009 privind condamnările cu caracter politic și măsurile administrative asimilate acestora, pronunțate în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989.
6. Ordonanța de urgență a Guvernului nr.139/2008 privind modificarea și completarea unor acte normative în vederea organizării Agenției Naționale pentru Prestații Sociale.
7. Declarația Universală a Drepturilor Omului
8. Legea nr.1225/1992 privind reabilitarea victimelor represiunilor politice (Republica Moldova).
9. Legea nr. 48/2011 pentru modificarea și completarea unor acte legislative (Republica Moldova).
10. Decizia Curții Constituționale nr.55/2000
11. Decizia Curții Constituționale nr.56/2000
12. Decizia Curții Constituționale nr.148/2001
13. Decizia Curții Constituționale nr.1358/2010
14. Decizia Curții Constituționale nr.1360/2010
15. Curtea de Apel Alba Iulia, decizia nr.1249/CA/2008
16. Tribunalul Mehedinți, Secția Contencios administrativ, sentința nr.5260/CAF/4.09.2007
17. Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea din 27 mai 2003 în cauza Crișan contra României
18. Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea pilot din 12 octombrie 2010 în cauza Maria Atanasiu și alții contra României
19. A. D. Dumitrescu, *Aspecte teoretice și practice determinate de modificările succesive ale Legii 221/2009 privind condamnările cu caracter politic și măsurile administrative asimilate acestora, pronunțate în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989, în Dreptul nr.5/2011*
20. www.crimelecomunismului.ro
21. www.studiijuridice.ro
22. www.legeex.ro
23. www.dreptonline.ro
24. www.just.ro

¹ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr.631 din 23 septembrie 2009.

* Aida Diana DUMITRESCU, Universitatea din Craiova Facultatea de Drept, *aida_dumitrescu@yahoo.com*.

** Ioan MARA, Academia de Poliție „A.I.Cuza”, *mara.ioan@academiadepolitie.ro*.

² <http://www.crimelecomunismului.ro/>

³ A se vedea în acest sens, Hotărârea pilot Maria Atanasiu și alții contra României: „E. Drept comparat în materie de restituire sau despăgubire pentru bunurile naționalizate înainte de 1989 în Europa centrală și orientală”, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 778 din 22 noiembrie 2010. Instanța europeană a observat că Polonia, Ungaria, Estonia și Germania au optat pentru despăgubiri parțiale, în diverse forme. Astfel, în Polonia se oferă o despăgubire valabilă pentru regiunea Bugului și limitată la o posibilitate de deducere de 20%, prin oferirea unei indemnizații, în Ungaria se oferă o despăgubire sub forma unei sume de bani sau a unor cupoane de despăgubire (vouchere), în timp ce în Estonia și Germania nu restituie și nici nu oferă despăgubiri pentru acele bunuri (Estonia), respectiv clădiri și terenuri (Germania) care și-au pierdut aspectul inițial.

În Moldova, Cehia, Rusia, Slovacia, Ucraina, nu au dreptul de a formula cereri de restituire sau despăgubire decât victimele reabilitate ale represiunilor politice, iar în legislația Moldovei, Rusiei și Ucrainei nu există prevederi prin care să se dispună restituiri sau despăgubiri pentru bunurile dispărute, distruse sau privatizate.

⁴ Publicat în Monitorul Oficial nr.8 din 30 ianuarie 1954.

⁵ În practică, instanțele de judecată au fost sesizate de către persoane care au învederat faptul că prevederile Decretului-lege nr.118/1990 le sunt aplicabile în considerarea calității acestora de persoane strămutate și nu în calitate pe copii ai persoanelor strămutate sau de persoane cu domiciliu obligatoriu. (A se vedea în acest sens dosarul nr. 2802/101/2011, aflat pe rolul Tribunalului Mehedinți).

⁶ Curtea de Apel Alba-Iulia, decizia nr.1249/CA din 25 noiembrie 2008. Refuz acordare drepturi persecutați politic. Decretul-lege nr.118/1990, pronunțată în recurs de către Curtea de Apel Alba Iulia. Instanța a constatat că, la data introducerii acțiunii, Direcția de Muncă, Solidaritate Socială și Familie nu putea revizui hotărârea invocată de către reclamantă, situație în care acțiunea introdusă împotriva părâtei este nefondată. A se vedea www.juridex.ro

⁷ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.592 din 20 septembrie 2001.

⁸ Decizia Curții Constituționale nr.55/2000, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 366/2000, și Decizia Curții Constituționale nr.56/2000, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 367/2000. A se vedea și pe www.legex.ro.

⁹ Tribunalul Mehedinți, Secția Contencios administrativ, sentința nr.5260/CAF din 4 septembrie 2007. Publicată pe www.jurisprudenta.com și www.jurisprudentacedo.com

¹⁰ Conform prevederilor art.13 al.1 și 2 din Decretul-lege nr.118/1990, direcțiile de muncă și protecție socială erau abilitate ca, odată sesizate, sau din proprie inițiativă, să verifice legalitatea drepturilor acordate beneficiarilor acestui act normativ până la data publicării Ordonanței de urgență a guvernului nr.41/1997 în Monitorul Oficial al României, iar în cazul în care se constată încălcări ale prevederilor legale să emită decizii de revizuire.

¹¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 737 din 31 octombrie 2007, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr.90/2008, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 291 din 15 aprilie 2008.

¹² Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr.749 din 6 noiembrie 2008.

¹³ A se vedea probele administrate în dosarul nr. 2892/101/2011, aflat pe rolul Tribunalului Mehedinți.

¹⁴ www.dreptonline.ro.

¹⁵ www.dreptonline.ro.

¹⁶ A se vedea, în acest sens, Decizia Curții Constituționale nr.1358/2010 (publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 761 din 15 noiembrie 2010) și Decizia Curții Constituționale nr.1360/2010 (publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I-a, nr. 761 din 15 noiembrie 2010), pronunțate în legătură cu prevederi ale Legii nr.221/2009 privind condamnările cu caracter politic și măsurile administrative asimilate acestora, pronunțate în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989 (publicată în Monitorul Oficial nr.396 din 11 iunie 2009 și a intrat în vigoare la data de 14.06.2009).

¹⁷ A se vedea, în acest sens, A. D. Dumitrescu, *Aspecte teoretice și practice determinate de modificările succesive ale Legii 221/2009 privind condamnările cu caracter politic și măsurile administrative asimilate acestora, pronunțate în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989*, în *Dreptul* nr.5/2011, pp.31-58.

¹⁸ Decizia Curții Constituționale nr.1358 din 21.10.2010: „Aceste rezoluții au caracter de recomandare pentru statele membre ale Consiliului Europei (la care România a aderat prin Legea nr.64/1993 pentru aderarea României la Statutul Consiliului Europei, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.238 din 4 octombrie 1993), având în vedere încălcarea drepturilor omului de către regimul comunist, este necesar ca persoanele nevinovate care au fost persecutate pentru fapte care ar fi considerate legale într-o societate democratică să fie reabilitate, să le fie restituite proprietățile confiscate (sau să primească compensații, dacă acest lucru nu mai este posibil) și, atât timp cât victimele regimului comunist sau familiile lor mai sunt în viață, să poată primi compensații pentru daunele morale suferite”

¹⁹ A se vedea dosarul nr.2802/101/2011, pe rol la Tribunalul Mehedinți. www.just.ro

²⁰ În aceeași măsură, se restrâng și drepturile beneficiarilor altor legi (a se vedea restrângerile drepturilor beneficiarilor Legii nr.221/2009 privind condamnările cu caracter politic și măsurile administrative asimilate acestora, pronunțate în perioada 6 martie 1945 - 22 decembrie 1989).

²¹ A se vedea, în acest sens, adresele Casei Naționale de Asigurări de Sănătate (adresa nr.33685/09.11.2010, emisă de către Casa Națională de Asigurări de Sănătate) prezentate în dosarul nr.2802/101/2011, pe rol la Tribunalul Mehedinți.

²² Legea a fost republicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2010, nr. 241–246. Publicată inițial în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 12 din 30 decembrie 1992, legea a fost republicată și modificată în mod succesiv, după cum urmează: republicată în temeiul Hotărârii Parlamentului Republicii Moldova nr. 1546-XIII din 25 februarie 1998, Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1998, nr. 26-27, modificată prin Legea nr. 295-XIII din 23 noiembrie 1994, Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1995, nr. 1; Legea nr. 788-XIII din 26 martie 1996, Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1996, nr. 40-41; Legea nr. 1592-XIII din 27 februarie 1998, Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1998, nr. 44-46; Legea nr. 84-XIV din 8 Iulie 1998, Monitorul Oficial al Republicii Moldova 1998, nr. 75-76; Legea nr.493-XIV din 9 Iulie 1999, Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1999, nr. 90-92.

²³ Art.1 din Legea nr.1225/1992 privind reabilitarea victimelor represiunilor politice prevede că: „Represiune politică se consideră curmarea de vieți omenești, măsurile de constrângere întreprinse de către stat față de cetățeni din motive politice, naționale, religioase sau sociale sub formă de privațiune de libertate, deportare, exilare, trimitere la muncă silnică în condiții de limitare a libertății, expulzare din țară și lipsire de cetățenie, expropriere, internare forțată în instituții de psihiatrie, sub altă formă de limitare a drepturilor și libertăților persoanelor declarate periculoase din punct de vedere social pentru stat sau pentru regimul politic, realizate în baza deciziilor organelor de stat administrative, judiciare și extrajudiciare.”

²⁴ Pentru o analiză comparativă a se vedea în legislația română dispozițiile art. 8 și 9 din Decretul-lege nr.118/1990 privind acordarea unor drepturi persoanelor persecutate din motive politice de dictatura instaurată cu începere de la 6 martie 1945, precum și celor deportate în străinătate ori constituite în prizonieri, republicat.

²⁵ Publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2011, nr. 53.

²⁶ Beneficiari ai acestor dispoziții sunt persoanele care, conform situației de la 1 ianuarie 2010, dețin scrisori de garanție pentru obținerea creditelor preferențiale, eliberate de autoritățile administrației publice locale, dar care nu au obținut creditele nominalizate. Modul de acordare și mărimea indemnizațiilor se stabilesc de Guvern (art.18 din Legea nr. 1225/1992).

**INTERCEPTAREA ȘI ÎNREGISTRAREA CONVORBIRILOR TELEFONICE
ȘI CONTROLUL ȘI CENZURA CORESPONDENȚEI SCRISE:
RESPECTARE SAU IGNORARE A EXIGENȚELOR CEDO ÎN MATERIA
DREPTULUI LA VIAȚĂ PRIVATĂ ȘI DE FAMILIE?**

Sergiu PETRIȘOR*

Rezumat: *Într-o lume cu un ritm de dezvoltare din ce în ce mai alert, marcată de tehnici avansate de comunicare la distanță cât și de fenomene de criminalitate complexe și organizate, este esențial să putem delimita o graniță între dreptul cetățeanului "de a fi lăsat în pace" și dreptul statului de a interveni în viața privată și de familie a acestuia, atunci când acest lucru este necesar în vederea stângerii de probe și fondării unei acuzații penale.*

Pe cale de consecință, prezenta lucrare își propune să analizeze pe de o parte, respectul pe care statul trebuie să îl datoreze vieții private a cetățeanului (în cazul prezentei analize, a corespondenței acestuia, în sens larg), și pe de altă parte în ce condiții poate statul să acționeze pentru salvagardarea intereselor și siguranței publice.

Summary: *Wiretapping, control and censorship of the written correspondence. Are the demands of the European Court of Human Rights, regarding the right for private and family life respected? In a world with an overall growth rate becoming more alert, marked not only by advanced and remote communication possibilities but also by a complex and organized crime phenomena, it is essential to define a boundary between the citizen's right "to be left in peace" and the state's right to intervene in the private and family life of its citizens, whenever this is necessary to gather a foundation of evidence for a criminal charge.*

Consequently, this paper aims to examine on the one hand, the right to respect for private and family life a state must grant its citizens (for this analysis, the correspondence issue), and on the other hand, in what conditions a state can take actions in order to safeguard its interests and the public security and safety.

Cuvine cheie: *CEDO; ECHR; dreptul la viață privată și de familie; interceptări; înregistrări; convorbiri telefonice; corespondență; cenzură; supraveghere secretă; siguranța națională.*

Keywords: *CEDO; ECHR; right to respect of private and family life; wiretaps; recordings; telephone conversations; correspondence; censorship; secret surveillance, national safety.*

I. INTRODUCERE

1. Dreptul la viață privată este esențial într-o societate modernă și democratică, drept ce semnifică poate în cea mai bună măsură, *respectul pe care statele îl datorează cetățeanului și intimitatea de care acesta trebuie să se bucure nestingherit*. Ca atare, prezenta lucrare are ca și scop analiza pragmatică a *compliancei legislative române cu exigențele Curții Europene a Drepturilor Omului de la Strasbourg*¹ în materia corespondenței și deci, a articolului 8² care reprezintă sediul materiei.

Pentru aceasta, lucrarea se va realiza prin următoarele mijloace:

A. Din perspectiva *formei* – lucrarea va fi divizată în două capitole mari și anume:

- a. Interceptările și înregistrările convorbirilor telefonice;
- b. Controlul și cenzura corespondenței scrise.

B. Din perspectiva *conținutului și a analizei efective* – voi trata pe larg la începutul fiecărui capitol una sau câteva hotărâri cruciale ale Curții urmând apoi a trece la analiza compliancei acestora cu legislația și jurisprudența internă. Am considerat că această structură este cea mai potrivită pentru a verifica în ce măsură drepturile cetățenilor sunt respectate de către statul român, care s-a obligat în mod voluntar prin ratificarea Convenției la garantarea acestora.

2. **Corespondența** presupune în esență *orice fel de comunicare între două sau mai multe persoane, realizată cu dorința de a rămâne privată*. Dorința persoanelor ce corespundează, de a "privatiza" corespondența, e primordială în analiza intimității. Rațiunea protecției constă în secretul sau intimitatea acesteia. Ca atare, în ton cu principiul *efectului util* dezvoltat de Curte³, secretul corespondenței trebuie asigurat indiferent de modalitatea concretă de realizare a acestuia. Desigur, trebuie avut în vedere că o *corespondență va fi protejată doar în măsura în care manifestarea acesteia nu se realizează benevol în public*⁴. Violarea corespondenței intervine cu titlu exemplificativ în materia interceptărilor convorbirilor telefonice⁵, a corespondenței poștale sau electronice⁶ cât și a discuțiilor private. *Aceste violări sunt cu atât mai accentuate cu cât mai recent Curtea sancționează chiar și arhivarea surselor de corespondență și nu corespondența în sine*⁷.

Secretul corespondenței este unul dintre drepturile ce intră în conținutul "dreptului la viață privată" și în cazul dreptului român este consacrat separat în cadrul art. 28 din Constituție. Acesta edictează că: "*Secretul scrisorilor, al telegramelor, al altor trimiteri poștale, al convorbirilor telefonice și al celorlalte mijloace legale de comunicare este inviolabil.*" Consider că, tratarea acestui drept separat relevă importanța mijlocului de comunicare la distanță, care astăzi pare a fi indispensabil într-o societate a secolului XXI⁸.

"Democrația este "enigma" – ce trebuie rezolvată – a oricărui regim politic iar drepturile și libertățile sunt placa turnantă a oricărei democrații".

II. INTERCEPTAREA ȘI ÎNREGISTRAREA CONVORBIRILOR TELEFONICE

1. Introducere

În principiu, interceptările și înregistrările convorbirilor sau a comunicațiilor reprezintă un procedeu probator în urma căruia organul de urmărire penală urmărește obținerea de probe în vederea fondării acuzației penale, trimiterea în judecată și condamnarea acuzatului ¹⁰. De vreme ce acest procedeu probator este pe cât de utilizat pe atât de controversat, o analiză temeinică se impune. Aceasta datorită numeroaselor acte normative în vigoare, care guvernează interceptările ¹¹ și care în bună măsură sunt neclare și contradictorii.

2. Viziunea Curții

În primul rând Curtea consideră că în cadrul corespondenței trebuie să fie înglobate și convorbirile telefonice ¹²; fapt logic deoarece ConvEDO protejează "corespondența" persoanei indiferent de modalitatea concretă de realizare. În fond, nu se protejează niște aparate ce facilitează comunicarea, ci intimitatea acesteia. Curtea mai precizează că o convorbire telefonică nu își pierde caracterul privat doar prin simplul motiv că prin conținutul conversației s-ar putea viza interese publice și ca atare privatizarea convorbirii nu s-ar mai justifica ¹³. Într-adevăr, dreptul la intimitate ¹⁴ nu e absolut și suportă limitări, iar acestea sunt prevăzute expres în alin. 2 al articolului 8. Cu toate acestea, în lipsa unor justificări solide ce respectă atât exigențele unei legi conforme cu art. 7 din Convenție, cât și a unui motiv temeinic din cele expuse în alin. 2 art.8 și proporțional cu necesitatea situației, *ingerința statelor nu se poate admite*. În același sens, s-a exprimat și Curtea în hot. Malone c. UK ¹⁵, afirmând că *statele au dreptul de a interveni în dreptul la intimitate în măsura în care există o lege suficient de clară ce e aptă să stea ca și temei legal pentru o intervenție în intimitatea conversației* ¹⁶. Doar astfel poate sta o normă la adăpost de aplicări arbitrare și imprevizibile, posibilitatea de a recurge la măsuri secrete de supraveghere nejustificate fiind astfel diminuată. *Accesibilitatea și claritatea normei oferă cetățeanului posibilitatea să prevadă aplicarea legii* ¹⁷. Consider raționamentul Curții logic, atâta vreme cât Convenția trebuie aplicată ca un garant al unor drepturi concrete și reale, nu teoretice sau iluzorii. Curtea a expus în două hotărâri (hot.

Kruslin și Huvig) ambele împotriva Franței reluându-le și în alta împotriva Spaniei¹⁸, ce exigențe trebuie îndeplinite de o lege pentru a fi conformă cu Convenția. Dintre acestea, merită amintite: *definirea categoriilor de persoane susceptibile de interceptări, natura infracțiunilor ce pot impune acest lucru, condițiile în care se dispun interceptările, limitele temporale dispuse pentru interceptare sau circumstanțele de păstrare sau ștergere a înregistrărilor*. O altă cauză care merită menționată¹⁹ este cea în care reclamanta s-a plâns Curții de faptul că angajatorul acesteia a monitorizat convorbirile telefonice și corespondența electronică pe care ea le-a realizat de la servicii pentru a vedea în ce măsură își realizează atribuțiile. Reclamanta a considerat că acest tratament constituie o ingerință în viața ei privată și nu se poate justifica. Curtea a considerat că existența unui control din partea angajatorului în privința justificării convorbirilor telefonice sau a corespondenței electronice, adică a monitorizării folosirii acestor mijloace la locul de muncă, poate fi justificată într-o societate democratică doar în anumite situații și doar pentru atingerea unui scop legitim. Curtea a condamnat Regatul Unit în această speță pentru încălcarea art. 8. *Consider totuși că unele precizări trebuie făcute. Astfel, condamnarea unui stat pentru o eventuală nesocotire a art. 8 și din partea unei persoane juridice se poate impune în contextul obligațiilor pozitive²⁰ pe care un stat trebuie să le aducă la îndeplinire. Consider de asemenea că, aceste măsuri intruzive s-ar putea justifica doar în cazul unui consimțământ valabil și a priori al persoanei care renunță la privilegiul intimității*. În fond, dreptul la intimitate este un drept disponibil, ca atare cel protejat poate renunța la acesta.

Două hotărâri CEDO merită o analiză aprofundată.

A. Hotărârea Dumitru Popescu contra României (Nr. 2)²¹

În fapt, reclamantul a fost condamnat la 14 ani de închisoare pentru săvârșirea unei infracțiuni de contrabandă cu țigări și asociere pentru săvârșirea de infracțiuni. În cadrul procesului reclamantului, convorbirile telefonice au fost interceptate și înregistrate iar conform argumentelor prezentate de reclamant, acestea s-au dispus fără a se ține cont de exigențele în materie. *Aceasta deoarece, la momentul interceptării și înregistrării convorbirilor, acestea au fost efectuate de către Serviciul Român de Informații în urma autorizației sau mandatului emis de către procuror*. În acest caz, măsura era dispusă discreționar de către un organ care conform Curții nu e imparțial (procurorul)²² și efectuată de un altul cu atât mai "imparțial" (SRI). Problema de fond a speței este că toate aceste măsuri au fost dispuse pe baza legii siguranței naționale, lege emisă în anul 1991, care prevedea că în cazurile care vizează siguranța națională²³, aceste autorizații sunt emise prin mandat, de către procuror.

Considerațiile Curții. Curtea observă că deși există o lege specială care guvernează materia siguranței naționale în cazul căreia, statelor li se recunoaște o marjă și mai mare de jonglare și imixtiune în dreptul la viață privată²⁴, legea română nu oferă nicio garanție împotriva arbitrariului. Aceasta deoarece, analizând cele trei hotărâri amintite mai sus (Amann c. Elveției, Kruslin c. Franța și Valenzuela Contreras c. Spania), se observă că *nu se edictează concret în ce cazuri se poate impune reglementarea specială. Ea conferă posibilitatea interceptării pe o perioadă nedefinită și nu oferă niciun remediu sau o cale de atac reală împotriva interceptării*. De asemenea, nu se specifică în ce condiții și câtă vreme se puteau ține datele respective și nici dacă se putea obține ștergerea sau distrugerea lor, după caz. Deși, CEDO reține ca fiind regretabilă respingerea excepției de neconstituționalitate formulată de reclamant în cadrul dosarului său național, aceasta nu se consideră în măsură să analizeze erorile de drept efectuate de organele statului român. *Cu toate acestea, ea menționează obligativitatea aplicării directe a Convenției și a hotărârilor Curții*. Curtea, de asemenea, reține inaplicabilitatea art. 6 pe care reclamantul înțelege să-l invoce. Aceasta deoarece pe baza precedentelor în fața Curții, materia probelor ține în esență de dreptul statului de a se autoregla iar în principiu, o hotărâre bazată și pe probe ilegale nu e incompatibilă cu un proces echitabil²⁵.

Deși înțeleg rațiunea Curții de a nu interveni în reglementările interne ale statelor, o consider ușor greșită. Curtea înțelege să nu intervină în materia probelor - în sensul că nu impune ce probe și în ce condiții trebuie administrate sau nu - lăsând statelor o marjă largă de apreciere. Cu toate acestea, odată recunoscut efectul acestora, *o administrare echitabilă este necesară pentru a putea vorbi de un proces echitabil. Cum altfel se poate vorbi de echitabilitate dacă însăși rațiunea unei hotărâri judecătorești este fundamentată sau se poate fundamenta pe ceva viciat?! Pe baza obligațiilor pozitive, statelor ar trebui să li se impună o corectă aplicare a probelor iar probele obținute ilegal să nu poată fi în concret folosite în proces. Pentru a conchide, Curtea reține totuși că art. 8 a fost violat datorită unei legi lipsite de previzibilitate. Aș mai reține faptul că legea siguranței naționale este inaplicabilă întrucât în concret, contrabanda de țigări din speță nu e de măsură a afecta siguranța națională*.

Concluzia Curții: încălcarea art. 8 prin faptul că legea care permite interceptarea convorbirilor telefonice pe baza mandatului emis de un procuror nu conține suficiente garanții împotriva arbitrariului puterii executive.

B. Hotărârea Lambert contra Franței²⁶

În fapt, reclamantul, s-a plâns în fața Curții că printr-o decizie a Curții de Casație Franceze (CCF), i s-a refuzat posibilitatea de a pune în discuție interceptările convorbirilor pe care acesta le-a efectuat. Interceptările au fost efectuate de către organele de

anchetă în cadrul urmăririi penale a acestuia și ele nu s-au mai pus în discuție în fața CCF, ultima instanță care s-a pronunțat în această cauză. Motivul a fost că *aceste convorbiri nu s-au efectuat de pe linia telefonică aparținând reclamantului, ci a unei terțe persoane*²⁷.

Considerațiile Curții. Curtea a afirmat și cu ocazia hotărârilor ce vizează art. 6 că în materia probelor statele au o marjă foarte largă de apreciere și că nu e în măsură să se pronunțe asupra dreptului intern al statelor, chiar dacă pentru lămurirea cauzelor Curtea compară textele legale naționale cu cele ale Convenției tocmai pentru a vedea în ce măsură sunt compliante cu exigențele acesteia din urmă²⁸. Oricum, Curtea a considerat că mergând pe raționamentul CCF, care a exclus de facto analiza pe fond a reclamantului, s-a exclus analiza legalității măsurii interceptării convorbirilor. *Ori, o instanță națională este exact organismul imparțial care ar trebui să analizeze aceste ingerințe – adică să verifice justetea și legalitatea interceptărilor.*

În al doilea rând, Curtea a considerat că raționamentul instanței franceze este eronat deoarece, în aceste cazuri, persoana se vede văduvită tocmai de protecția de care ar trebui să se bucure. Reiterez exemplul meu de sus prin care consideram că *ceea ce se protejează este intimitatea sau secretul discuției și nu un aparat*. Pe identitate de rațiune, trebuie protejată viața privată și nu doar linia proprie a unei persoane. Dacă lucrurile ar trebui văzute în conformitate cu decizia Curții de Casație Franceze, un număr nedefinit de persoane s-ar vedea private de dreptul la intimitate. În fond, e evident că multe convorbiri fie se realizează de la alte linii decât cele proprii, fie o persoană nu beneficiază de o linie telefonică proprie. Pe cale de consecință, cum s-ar putea vedea protejate aceste persoane? Raționamentul Curții de Casație a fost evident eronat și CEDO a sancționat statul francez în hotărârea emisă sub aspectul dreptului la viață privată.

Concluzia hotărârii Curții:

1. *Curtea consideră că intimitatea trebuie respectată raportându-ne la persoana protejată pentru ca dreptul la viață privată să nu fie golit de substanță.*

2. *O instanță trebuie să fie în măsură să verifice legalitatea unei măsuri pentru existența unui control eficace. Dacă o instanță nu e în măsură să impună o asemenea verificare, cine altcineva să o impună într-un stat de drept?! Cred că în această materie trebuie doar să amintesc de afacerea Vasilescu împotriva României*²⁹ sau chiar afacerea Dumitru Popescu analizată mai sus pentru a îmi demonstra punctul de vedere.

Aș mai adauga că, dispozițiile interne trebuie să fie compatibile cu ConvEDO nu doar din punct de vedere material, ci și formal sau procedural.

3. Legislație internă

Hotărârile CEDO amintite mai sus au o importanță deosebită în analiza legislației noastre deoarece cred că se mulează perfect pe problemele existente. Voi aborda analiza incidenței domeniului interceptărilor pe patru paliere: 1. În afara oricărui cadru procesual; 2. În cadrul actelor premergătoare; 3. În cadrul urmăririi penale și 4. În cadrul unor situații speciale, *urmând să relev atunci, când și în ce condiții această măsură e aplicabilă.*

Înainte de aceasta, doresc să reamintesc că textul art. 28 din Constituție consacră dreptul la "secretul corespondenței" și inviolabilitatea acestuia. Considerând că structura dreptului la intimitate este asemănător cu o piramidă, având la bază drepturi de la care se poate deroga în condiții mai ușoare iar în vârf drepturi, de la care se poate deroga în condiții excepționale, *dreptul la inviolabilitatea corespondenței trebuie să fie poziționat în vârful piramidei de protecție. Organele unui stat trebuie să apeleze la această metodă în cazuri excepționale, temeinic justificate și ca o ultima ratio.*

A. Disponerea interceptării în afara oricărui cadru procesual – ca o măsură generală

Consider că în lumina art. 91¹ din codul de procedură penală³⁰, interceptarea și înregistrarea convorbirilor telefonice sau a comunicărilor efectuate prin orice mijloc nu pot fi dispuse în afara unui cadru procesual, adică în afara unei urmăririi penale³¹. *Curtea a arătat că pentru o ingerință în secretul corespondenței e nevoie de un temei legal. Ca atare, o ascultare în afara unui cadru procesual, dispusă discreționar de către organele puterii executive, fără niciun temei și fără un control măcar a posteriori al unui organism imparțial, este inacceptabilă³². Deși, legea română conferă unor organe speciale (serviciile secrete, în special SRI) posibilitatea de a culege date pentru realizarea siguranței naționale, ele o pot face doar în măsura în care aceste culegeri sunt compatibile cu legea, adică cu codul de procedură penală la care se face trimitere atât în legea 14/1992³³ cât și în legea 51/1991³⁴ cu modificările ulterioare.*

B. Interceptările ca acte premergătoare³⁵ a unei urmăririi penale

Pe identitate de rațiune, prevederile codului de procedură penală specifică faptul că trebuie să existe o urmărire penală începută. *Ca atare, interceptarea telefoanelor în etapa actelor premergătoare nu poate fi acceptată. Mi se pare normal acest lucru din moment ce aceste acte nu au un cadru procesual bine definit, iar*

persoana ascultată nu are nicio calitate sau niciun fel de garanții procesuale. Nu e nici învinuit nici inculpat, ca atare, în lipsa unei acuzații în materie penală³⁶ aceste măsuri speciale nu ar putea fi impuse. În acest sens se exprimă și Curtea Constituțională, care reține în deciza nr. 962 din 2009³⁷ următoarele: "Având un caracter sui-generis sustras hegemoniei garanțiilor impuse de faza propriu-zisă de urmărire penală, este unanim acceptat faptul că în cadrul investigațiilor prealabile nu pot fi luate măsuri procesuale ori administrate probe care presupun existența certă a unei urmăririi penale începute. (...) Dispozițiile legale criticate nu permit, așa cum în mod eronat susține autorul excepției, administrarea mijloacelor de probă în afara procesului penal, adică în faza actelor premergătoare. Dacă ar fi așa, în mod evident o astfel de instrumentare poate fi cenzurată în fața instanțelor de judecată."

O mențiune merită făcută deoarece de multe ori în practică se fac confuzii. *E normal ca instanța să poată aprecia întreg materialul probator atât sub aspectul legalității cât și al temeiniciei, în virtutea plenitudinii de jurisdicție de care se bucură. Cu toate acestea, există o diferență notabilă între analiza obținerii (în mod legal sau nu) și analiza de conținut a unei probei. Între aceste două lucruri nu se poate pune semnul egal. Sigur, toate problemele fie ele legale sau ilegale trec prin filtrul de analiză a unui judecător, deoarece doar el se poate pronunța cu privire la acest aspect. Dar în timp ce ilegalitatea probei trebuie sancționată obligatoriu cu excluderea ei a priori din proces, orice analiză de conținut a acesteia nemaifiind permisă, o probă obținută în mod legal trebuie pusă în discuție și analizată tocmai din perspectiva conținutului. Dacă ea se va dovedi pertinentă și utilă va putea sta la baza unei condamnări.*

C. Interceptările din cadrul urmăririi penale

Dacă în cazul actelor premergătoare situația părea puțin mai simplă, putem observa unele probleme în cazul urmăririi penale. Aceasta deoarece, codul de procedură penală prevede mai atent posibilitatea impunerii acestei măsuri speciale, pe când atât legea siguranței naționale, cât și cea de organizare și funcționare a SRI-ului conțin dispoziții contrare, sau cel puțin susceptibile de a crea confuzii. *Astfel, art. 91¹ din codul de procedură penală impune autorizarea motivată a interceptărilor din partea judecătorului, în vreme ce art. 13 din legea siguranței naționale, care e totuși o lege specială, prevede că în cazurile ce au legătura cu acest domeniu, interceptările și înregistrările se pot efectua cu autorizarea procurorului doar.* Analizând toate hotărârile CEDO amintite în această secțiune, cu precădere hot. Klass c. Germaniei, pot considera justificat ca un stat să prevadă o diferență între sistemul său de apărare națională și instrucția penală. Cu toate acestea, nu pot să fiu de acord cu aplicarea diferențiată în cazul legislației noastre, deoarece cred că ea se datorează unei erori legislative. *Dacă*

reglementările ar fi suficient de clare și ar conține suficiente garanții împotriva aplicărilor arbitrare, o diferențiere s-ar putea impune, dar în lipsa acestora nu. Ceea ce doresc să evidențiez e că sunt de acord de principiu ca în cazul siguranței naționale, interceptările să se dispună cu celeritate și într-o procedură simplificată. Chiar și așa, tot numai judecătorul este unicul garant împotriva ingerințelor arbitrare și ca atare doar el trebuie să aibă puterea de a dispune o asemenea măsură, nu procurorul sau un serviciu secret. În fond, procurorul nu este altceva decât avocatul statului. Apelarea la interceptări trebuie să se facă ca o *ultima ratio* în materia adunării de informații căci statul are multe alte posibilități prin care nu se creează o leziune atât de semnificativă persoanei supravegheate (folosirea de investigatori sub acoperire sau de informatori ș.a.³⁸). Aceste măsuri pot fi dispuse și de procuror pentru că au un caracter mai puțin intruziv.

4. Analiză aprofundată

A. Problema diferitelor reglementări legislative – Analiză

Precum am observat, doctrina e împărțită. Într-un articol de specialitate³⁹ autorul motivează existența acestei diferențe pe faptul că legea siguranței naționale e o lege specială și aceasta trebuie să se impună cu precădere asupra reglementărilor generale, adică asupra codului de procedură penală, în virtutea principiului *lex specialis derogat legi generali*. Pe aceeași idee a mers și Curtea Constituțională⁴⁰. Cu toate acestea, în decizia amintită, *reprezentantul puterii executiv – Guvernul României – susține că prin legile amintite se aduce atingere nivelului minim de protecție întrucât nu există un control al unui judecător!* Guvernul mai menționează că se încalcă nu numai dreptul la apărare și deci, art. 6 din ConvEDO, cât și art. 8 prin neclaritatea normelor. Curtea reține ideea conform căreia legea specială derogă de la cea generală și pe cale de consecință respinge excepția pe următorul temei: *”Justificarea diferenței de reglementare a mijloacelor de obținere a probelor rezidă în obiectul special al Legii nr.51/1991 și nu încalcă în niciun fel prevederile Constituției. (...) Probele administrate - indiferent de procedura legală urmată - vor fi evaluate uniform de instanța de judecată, cu respectarea contradictorialității și a tuturor celorlalte garanții prevăzute de Codul de procedură penală. Faptul că o probă a fost obținută de organul de urmărire penală în condițiile prevăzute de legea nr.51/1991 nu îl împiedică pe judecător să constate, când este cazul, că această probă este neconcludentă întrucât nu corespunde realității sau nu face dovada faptului ori a împrejurării în legătură cu care a fost administrată. Nu există o ierarhie a probelor în funcție de procedura legală după care au fost administrate, astfel că judecătorul are obligația să examineze și să aprecieze toate probele cu aceeași măsură și după aceleași criterii.”*

În acest sens, critic interpretarea Curții Constituționale care face o eroare gravă. De asemenea, Curtea pune semnul egal între concludență și legalitate sau ilegalitate și neconcludență. De aceea, pentru a nu fi repetitiv, fac apel la discuția de mai sus referitoare la probe (pct. B parag.2).

În poziția SRI cu privire la aceeași situație ⁴¹, se menționează de asemenea că reglementarea siguranței naționale este o prevedere specială și poate deroga de la codul de procedură penală deoarece nu se urmărește instrucția penală și aceasta e diferită de siguranța națională sub lupa prevederilor art. 53 alin.(1) din Constituție. Îngrijorător este argumentul potrivit căruia, judecătorul nu deține certificate de securitate și deci nu are dreptul să analizeze asemenea interceptări, întrucât în conformitate cu Legea nr.182/2002 punerea la dispoziție a acestor informații ar constitui o încălcare a cadrului normativ existent ⁴²! Nu cred că cei de la SRI s-au gândit pe identitate de rațiune dacă procurorul are cumva astfel de certificate de securitate de vreme ce acesta are dreptul - conform art. 91³ alin. (2) CPP - să certifice interceptări ce conțin și secrete de stat! Și totuși, în vizunea celor de la SRI, judecătorul nu trebuie să aibă dreptul de a le analiza. O logică într-adevăr ireproșabilă!

Consider această viziune una reminescentă a unui stat totalitar. Mă întreb din nou dacă judecătorul nu se poate bucura de plenitudine de jurisdicție și de un control, chiar și *a posteriori*, a oricărei măsuri impuse asupra unei persoane, cine trebuie să se bucure de aceasta?! Dacă judecătorul nu are dreptul de a analiza un mijloc de probă, cine, în ce condiții și pe ce teme se va edicta hotărârea judecătorească?!

"Faptul că unele cauze nu sunt accesibile publicului larg nu înseamnă că ele sunt "secrete" și față de judecătorii care le judecă." – Fundația pentru o Societate Deschisă.

Mai trebuie menționat că în *actuala reglementare* (art. 91² CPP) se prevede expres că interceptările și înregistrările se vor efectua *de către procuror* (după prealabila autorizație din partea judecătorului) *sau de către organul de urmărire penală*, dacă se dispune asta de către procuror. Ori, dacă ne uităm la art. 13 din legea 14/1992, vedem că aceasta edictează că *"organele SRI nu pot efectua acte de cercetare penală"*. Ca atare, cum se poate considera o interceptare efectuată de SRI o probă în procesul penal din moment ce legea (14/1992) exclude expres SRI-ul din sfera organelor de cercetare penală. Codul de procedură edictează clar că doar organul de urmărire penală și procurorul pot proceda personal la aceste măsuri.

Chiar dacă aceste situații impun o îngreunare a posibilității interceptărilor în cazurile ce vizează siguranța națională, statul nu poate invoca proasta organizare judiciară ca un argument în favoarea sa. Disfuncționalitatea sistemului nu poate fi pusă pe umerii cetățeanului și nimeni nu-și poate invoca propria culpă pentru a fi exonerat de răspundere!

Aș mai menționa că, prin legea de combatere a terorismului ⁴³ adoptată în 2004 se impune în art. 20 că acele cazuri prevăzute de art. 13 din legea siguranței naționale constituie temei legal pentru a cere procurorului autorizarea respectivelor măsuri. *Cu toate acestea, în alin.(4) – (10) ale art. 21 ale legi terorismului, se impune controlul a posteriori a Președintelui Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru activitățile de supraveghere menționate.* Ca atare nu pot decât să mă întreb de ce această procedură nu își poate găsi aplicare pentru restul cazurilor ce vizează amenințări la adresa siguranței naționale?

B. Concluzie

Consider sofistă discuția despre neaplicarea exigențelor codului de procedură penală asupra textelor legii sau legilor speciale în materie. Dacă ne uităm peste acesta observăm că *toate legile speciale fac referire la "aplicarea corespunzătoare" a codului de procedură penală în materie, adică a art. 91¹-91³. Pe cale de consecință nu pot decât să observ că, art. 13 din legea siguranței naționale ⁴⁴, art. 8 ⁴⁵ și 10 ⁴⁶ din legea de organizare și funcționare SRI, precum și articolele referitoare la interceptarea telefoanelor din legea de organizare DIICOT ⁴⁷ și DNA ⁴⁸ sunt toate "norme procedurale de referire" ⁴⁹. Ca atare, modificarea codului de procedură modifică automat și fără alte formalități normele de referire.* Precum menționa autorul sus citat, *"normele de referire sunt indispensabile în activitatea de legiferare, pe această cale evitându-se reluarea inutilă a unor dispoziții în diverse texte din cuprinsul aceleiași legi"*. Consider și eu că rolul referirilor din aceste legi speciale este de a uniformiza procedurile în materie, cât și de a evita redundanța legislativă. Consecințele juridice ale normelor de referire ar fi trebuit recunoscute de către Curtea Constituțională în decizia supusă analizei.

Pe de altă parte, legea siguranței naționale, cât și legea SRI au fost adoptate în 1991 respectiv 1992. O analiză evolutivă relevă faptul că în vremea aceea procurorul era într-adevăr în măsură să aplice toate aceste măsuri procesuale, chiar și arestarea preventivă, neexistând pe atunci ideea de "judecător" ca unic garant al drepturilor procesuale precedate de judecarea efectivă. Odată cu modificările legislative din anii 2003 și 2006, acest lucru s-a schimbat și doar judecătorul le poate impune ⁵⁰.

În argumentarea ideii mele țin să menționez că art. X din legea 281/2003 de modificare a codului de procedură afirmă: "ori de câte ori alte legi prevăd dispoziții referitoare la dispunerea de către procuror... a interceptărilor și înregistrărilor convorbirilor, a perchezițiilor (...) se aplică în mod corespunzător, dispozițiile prevăzute în art. I din prezenta lege", adică ceea ce a devenit 91¹-91³ CPP. Cred că acest text arată dorința legiuitorului de unificare a textelor în materie și subliniază că normele

din legile speciale sunt de fapt norme de referire. Cred de altfel alături de autorii sus citați, că prin apariția legii din 2003, dispozițiile contrare ce permiteau procurorului să aprobe interceptarea au fost de facto abrogate tacit⁵¹.

5. Situații sau probleme speciale

A. Situația din dreptul român – Impunerea măsurii în cadrul ”urmăririi penale”

O altă problemă reiese din interpretarea articolului 91¹ din cod. Dacă am stabilit că mijloacele de probă utilizabile în cadrul unui proces penal trebuie obținute cu respectarea legii, deci cu autorizarea motivată a judecătorului în orice situație doar în cadrul urmăririi penale, se pune problema ce înțelege legea prin aceasta. Lege ne spune că judecătorul autorizează motivat măsura la ”*cererea procurorului care efectuează sau supraveghează urmărirea penală*”. Nu se specifică dacă urmărirea penală trebuie începută in personam sau in rem⁵². Chiar dacă nu pare la prima vedere o diferență notabilă, consider că din perspectiva celui interceptat și înregistrat acestea există.

Fără a încerca să demontez necesitatea interceptărilor și să le fac inutile ca modalitate de obținere a unor mijloace de probă, consider că se impun câteva precizări:

A.1 În cazul urmăririi penale *in personam*⁵³, nu sunt probleme. Măsura se dispune doar în cadrul urmăririi penale de către un judecător, față de cel ”acuzat”⁵⁴ în prealabil, deci ingerința e justificată.

A.2 În cazul urmăririi penale *in rem* se pot isca discuții din perspectiva *echitabilității* față de cei interceptați.

Astfel ne putem imagina, cu titlu de exemplu, că s-a săvârșit o infracțiune dintre cele prevăzute la art. 91¹ CPP care permit interceptarea telefoanelor și în speță nu există încă suspecți. Organele abilitate, aplicând art. 221 și 228 CPP încep urmărirea penală in rem. Între timp, se obțin date suficiente și se dezvoltă un cerc de 5 suspecți. Ținând cont că există o urmărire penală începută, se dispune interceptarea telefoanelor asupra tuturor celor 5 suspecți. Problema e în acest caz că cei 5 sunt oarecum puși sub acuzare⁵⁵, deși aceasta nu ajunge să fie cunoscută de ei. În acest caz, *suspecții se află într-o stare procesuală intermediară și obscură, între actele premergătoare* (căci nu au fost oficial puși sub acuzare, deci nu au drepturi și obligații, deși li se impun măsuri procesuale specifice urmăririi penale) și *urmărirea penală* (față de ei nu s-a dispus urmărirea penală, ci doar cu privire la faptă). Deși conform codului de procedură, cadrul procesual este cel corect pentru interceptări (UP), față de cel interceptat nu există nicio diferență între această situație și cea din actele

premergătoare. *Cum codul nu menționează expres că cei interceptați trebuie să fie învinuiți, ci doar să existe o urmărire penală în curs de desfășurare această situație este totuși acoperită.*

Fără să demontăm utilitatea acestui procedeu, fiind evident că cel ce se știe acuzat va fi mult mai precaut și se va cenzura, cred cu tărie că legiuitorul are obligația să edicteze norme clare și concise, pe înțelesul cetățeanului de rând. Mă întreb oare câți cetățeni fără studii juridice ar putea ști în ce context pot sau nu să fie interceptați și ce drepturi au. De vreme ce însuși Curtea Constituțională a fost chemată să opineze în legătură cu acest aspect, este lesne de anticipat răspunsul. Atâta vreme cât norme esențiale de procedură sunt neclare vor exista probleme din perspectiva exigențelor generale ale art. 7 din Convenție ⁵⁶.

B. Dispunerea măsurii vizavi de o persoană are implicații pentru toți interlocutorii

Este fără doar și poate că dacă se dispune interceptarea vizavi de o persoană X, alte persoane pot fi vătămate prin această măsură – este vorba despre interlocutorii acesteia (Y). E o consecință logică a interceptării. E indiscutabil că o persoană nu discută singură la telefon și ca atare această situație e întâlnită mereu. Dacă organele ar avea obligația să nu asculte decât ceea ce vorbește X nu s-ar intercepta nimic și anchetele proactive ar fi lipsite de substanță. *Consider ingerința față de interlocutori ca o consecință naturală a interceptării din punct de vedere al dreptului la viață privată, dar din perspectiva probatorie, situația cred că se schimbă.* Legea conține oricum dispoziții confuze. Art. 91¹ alin.(9) impune ca autorizarea să cuprindă *persoana asupra căreia se dispune interceptarea*, în timp ce art. 91² alin.(5) edictează că interceptările se pot folosi și în altă cauză dacă sunt concludente și utile. În exemplul de sus, Y nu e vizat direct de măsură. Dacă acesta totuși dă în vileag informații incriminatorii, ele vor putea fi folosite ulterior în procesul penal. Aceste informații pot fi considerate un fel de descoperiri "incidentale și flagrante", dar cu toate acestea, abordarea codului nu e cea mai corectă și nicidecum cea mai pusă la adăpost de discuții. Cred că în asemenea situații pe baza informațiilor obținute, din momentul în care Y divulgă informații incriminatorii trebuie dispusă o nouă măsură de interceptare față de acesta. Măsura se impune deoarece acesta nu mai e un simplu interlocutor ci devine un suspect. Și de vreme ce codul permite posibilitatea ca în situații de urgență și temeinic justificate, procurorul să poată da curs unei "autorizații temporar" ce nu poate depăși 48 de ore (art. 91² alin.(2) CPP) ⁵⁷, nu cred că există impedimente reale pentru dispunerea măsurii și față de Y.

C. Interceptarea convorbirilor dintre avocat – client

Dreptul secretului profesional al avocatului ar trebui protejat cu precădere într-un stat modern. Cu toate acestea, art. 91¹ alin. (6) CPP ne spune că o convorbire între o persoană, X, și avocatul său nu poate fi folosită într-un proces penal decât dacă există informații conform cărora avocatul s-ar putea face vinovat de o infracțiune ce permite interceptarea. *Cred că această prevedere conține o anchetă ce precede apariția unei suspiciuni penale.* Adică, în aceste cazuri, avocatul beneficiază de o oarecare suspiciune prezumată de legiuitor, în loc să beneficieze de protecția secretului profesional. Dacă există suspiciuni temeinice legate de activitatea penală a unui avocat, organele competente nu au decât să desfășoare *direct față de acesta* ancheta la care sunt îndreptățite și obligate, în virtutea rolului activ.

*Ca atare, consider că discuțiile dintre un avocat și clientul său nu trebuie niciodată interceptate, căci secretul avocatului include și dreptul la apărare a celui acuzat*⁵⁸. *Curtea tinde să ofere avocatului un privilegiu al confidențialității atâta vreme cât acesta este legat de secretul profesional, căci o persoană trebuie să poată consulta fără opreliști un avocat.* Fără să mai detaliez, consider că prevederile codului, anterior modificării din 2006, care interziceau interceptările dintre avocat și partea pe care o reprezintă erau mai inspirate și corecte. Acestea trasau mai bine și direcția Curții care tinde să ofere o protecție din ce în ce mai sporită în domeniu, plecând de la o premisă conform căreia, *confidențialitatea avocatului trebuie să prevaleze în fața unei eventualități*⁵⁹!

6. Concluzie

Consider normal că privită din perspectivă statală, aceasta ar trebui să beneficieze de o captare a informațiilor mai facilă și rapidă. Până în prezent, serviciile secrete au se pare o libertate aproape nemărginită în această materie, ceea ce nu e normal. Deși, puterea executivă are un interes major sau primordial în protecția siguranței sale, *consider că un control al unui judecător se impune obligatoriu și în această situație*, fără a se putea pretinde că se compromite ideea de siguranță națională. Statul are oricum libertatea de a-și impune o reglementare specială, care să îi fie favorabilă. Fie și așa, *consider că tot numai un judecător trebuie să dispună interceptarea convorbirilor telefonice indiferent de situația concretă vizată.*

7. Prevederi comparate cu Noul Cod de Procedură Penală⁶⁰

Noul cod oferă în premieră o definiție a *tehnicilor speciale de supraveghere* și în speță, a *interceptărilor convorbirilor sau a comunicărilor* în art. 138⁶¹ ceea ce reprezintă un punct în plus pentru legislația procesuală.

A. Disponerea interceptărilor și a înregistrărilor

Noul cod prevede în art. 139 următoarele:

”(1) Supravegherea tehnică se dispune de judecătorul de drepturi și libertăți⁶² atunci când sunt îndeplinite următoarele condiții:

a) există o suspiciune rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni prevăzute în alin. (2);

b) măsura este necesară și proporțională cu restrângerea drepturilor și libertăților fundamentale, date fiind particularitățile cauzei, importanța informațiilor ori a probelor ce urmează a fi obținute sau gravitatea infracțiunii;

c) probele sau localizarea și identificarea suspectului sau inculpatului nu ar putea fi obținute în alt mod sau obținerea lor ar presupune dificultăți deosebite ce ar prejudicia ancheta ori există un pericol pentru siguranța persoanelor sau a unor bunuri de valoare.

(2) Supravegherea tehnică se poate dispune în cazul infracțiunilor contra securității naționale prevăzute de Codul penal și de alte legi speciale (...).”

Pe cale de consecință, din perspectiva dispunerii măsurilor de supraveghere, NCPP este neechivoc și *impune întrunirea cumulativă a celor trei condiții de mai sus (suspiciunea rezonabilă, proporționalitatea ingerinței, cât și disponerea măsurii ca ultima ratio). Mai mult, doar judecătorul de drepturi și libertăți este îndreptățit să dispună aceste măsuri. Consider că textul de lege amintit este destul de clar și exprimă intenția neechivocă a legiuitorului de a abroga tacit orice text special de lege care prevede posibilitatea unui alt organ de a dispune aceste măsuri. Aceasta este o reiterare și o dovadă a faptului că cele expuse mai sus referitoare la abrogarea mențiunilor din legi speciale a fost făcută de facto, chiar prin publicarea legii nr. 281/2003.*

B. Efectuarea interceptărilor și a înregistrărilor

Actualul art. 91² prevede clar că procurorul trebuie să procedeze la aceste procedee de supraveghere sau să delege aceste atribuții organului de cercetare penală⁶³. Alte organe nu pot efectua aceste procedee în scopul obținerii de probe și dacă o fac, acestea trebuie excluse pe temeiul art. 64 alin. (2) CPP.

Noua reglementare însă aduce o modificare substanțială prin art. 142 NCPP care permite punerea în executare a mandatului de supraveghere de către procuror, organul de cercetare penală, ofițeri specializați din cadrul poliției ori alte organe specializate ale statului. Este evident că alte organe specializate reprezintă organele serviciilor secrete ale României, destul de numeroase de alt fel⁶⁴. În ce măsură este acest lucru benefic pentru bunul mers al justiției rămâne de văzut în viitor.

Strict din perspectiva înfăptuirii justiției și a obținerii de probe este important faptul că această măsură se poate dispune doar în urma autorizării unui judecător. Pe cale de consecință, efectuarea în concret a acestor măsuri de către aceste organe specializate ale statului este în regulă atâta vreme cât ele nu au posibilitatea efectuării acestora în mod discreționar.

Totuși, din perspectiva democratică îmi mențin rezerve extrem de serioase în privința posibilității imixtiunii în actul de justiție a unor organe pur administrative, subordonate puterii de stat, adică a puterii politice aflate la conducere. Procurorul, într-un stat de drept trebuie să fie independent și nesubordonat puterii politice. Pe cale de consecință, ar fi mult mai echitabil ca doar acesta și lucrătorii operativi din subordinea sa să fie abilitați să efectueze aceste operațiuni, nu și organe subordonate puterii executive.

Mergând puțin mai departe, putem să ne imaginăm că de vreme ce există echipament de interceptare la aceste servicii specializate, ele pot proceda în acest sens fără autorizarea judecătorului atunci când "statul are maximă nevoie". Evident că respectivele informații nu vor putea fi folosite într-un proces penal pentru că sunt ilegale dar ne putem imagina situații în care scopul acestora nu e nicidecum obținerea de probe. Și în contextul în care cel / cei interceptați nici nu știu că sunt supravegheați, nu se poate pune problema unui eventual remediu procesual. Pe lângă încălcarea dreptului la intimitate, aceste cazuri pot aduce și alte vătămări mult mai grave persoanelor interceptate. Pe cale de consecință, tranșarea extrem de clară a competențelor serviciilor secrete din România se impune.

C. Durată

Noul cod prevede că măsura se poate dispune pe 30 de zile (art. 140 alin. (1)) și poate fi prelungită dar fără a depăși un an de zile (art. 144 alin. (3)).

D. Obligația de informare

Noul cod prevede în premieră, în art. 145 că procurorul are obligația de a informa în termen de 10 zile după încetarea măsurii de supraveghere tehnică, persoanele care au fost vizate de aceste măsuri.

E. Alte probleme

Din păcate noua reglementare rămâne tributară interceptărilor "în cadrul urmăririi penale" față diferențierea in rem, in personam, cât și a problemei interceptărilor dintre avocat și client. Pe cale de consecință, cele expuse anterior vor fi valabile pentru viitoarea reglementare.

III. CONTROLUL ȘI CENZURA CORESPONDENȚEI SCRISE

1. Introducere

Corespondența scrisă e fără doar și poate sensul primordial pe care l-a avut Convenția în vedere. Cu toate acestea, efectul util recunoscut de Curte a dat noțiunii autonome de "corespondență" noi valențe, odată cu apariția diferitelor modalități de comunicare la distanță.

Corespondența scrisă se referă în principiu la două situații: 1. cea scrisă în format fizic și 2. cea electronică. *Ambele variante ar trebui să se bucure de aceeași protecție*, întrucât ce se protejează nu e un mijloc tehnic, ci secretul corespondenței. S-a afirmat just, atât de Curte, cât și de doctrină, că *supravegherea secretă a cetățenilor săi este o caracteristică a unui stat polițienesc și nu trebuie tolerată decât atunci când toate condițiile clauzei justificative din alin.(2) al art. 8 sunt îndeplinite cumulativ. Protecția impusă corespondenței este aceeași pentru toate domeniile în care se realizează*⁶⁵: *ingerințele sunt permise în măsura unei legi accesibile*⁶⁶, *edictate în termeni suficienți de clari, însoțită de garanții împotriva aplicărilor arbitrare și necesară într-o societate democratică pentru salvagardarea unuia dintre scopurile enunțate în clauza justificativă din alin.(2) al art. 8*⁶⁷.

2. Hotărâri CEDO în materie

Există numeroase hotărâri – care consfințesc regulile edictate din materia interceptărilor telefonice asupra corespondenței scrise – care se aplică corespunzător. *Regula de fapt trebuie privită în sens invers căci la început s-a pus problema corespondenței scrise și ulterior a telefoanelor*. Fără să mai detaliez subiectul cu prezentarea exhaustivă a unor hotărâri fac apel la hotărârea Curții împotriva Regatului Unit (*Taylor-Sabori*) ca fiind cea mai relevantă.

3. Legislație internă

Legea noastră constituțională tratează inviolabilitatea corespondenței în articolul 28. Deoarece art. 28 nu prevede excepții de la inviolabilitatea corespondenței, am putea fi tentați să credem că acestea nu sunt permise, fapt evident fals. Excepțiile trebuie raportate la art. 53 din Constituție.

Analizând articolele 91¹ și 98⁶⁸ din codul de procedură penală observăm o "bifurcație" din punct de vedere procedural:

- a. *Corespondența electronică e guvernată de art. 91¹-91³ din cod*. Ca atare, situația prezentă e identică din toate perspectivele cu cele studiate în secțiunea interceptărilor telefonice, împreună cu discuțiile dezvoltate acolo.

b. *Corespondența fizică e guvernată de art. 98 din cod*⁶⁹. Acesta se referă la scrisori, telegrame, oricare altă corespondență cât și alte obiecte trimise sau primite de către învinuit sau inculpat pe nume propriu sau adresate acestuia indirect.

Codul de procedură e neclar, întrucât în art. 91¹ guvernează "orice mijloc electronic de comunicare" în timp ce telegramele⁷⁰ sunt guvernate totuși de art. 98 (deși reprezintă o comunicare la distanță). Deși nu mai prezintă utilitate practică, datorită abandonării telegrafiei, cred totuși că o lege clară se impune pentru a nu crea confuzii. În plan practic, dacă interpretăm dispozițiile codului actual *ad litteram*, se observă că în timp ce interceptarea comunicării electronice se poate dispune doar pentru o perioadă de timp de maxim 30 de zile, cu posibilitate de prelungire până la durata maximă de 120 de zile, corespondența în format fizic nu e limitată din perspectiva dispunerii în timp⁷¹. O asemenea abordare ar deschide calea supravegherii continue a unei persoane – pe perioade nedeterminate – fapt automat considerat de Curte ca fiind contrar art. 8 ConvEDO⁷². Impunerea nemărginită în timp nu e niciodată necesară într-o societate democratică. Nu mai insist asupra acestui aspect și consider existența controlului unui judecător compliantă cu efectivitatea unui control împotriva dispunerilor arbitrare.

4. Probleme speciale

A. Disponerea măsurii în cadrul urmăririi penale.

A.1 În primul rând, *textele exclud posibilitatea aplicării măsurii în afara oricărui cadru procesual, cât și a actelor premergătoare.*

A.2 Ținând cont că ceea ce se protejează este identic în ambele cazuri – secretul corespondenței – doar forma concretă de realizare a acesteia diferă, aceeași problemă a dispunerii măsurii în cadrul unei urmăririi penale în rem sau în personam se impune și aici.

B. Reținerea corespondenței de către organe speciale – o supraveghere secretă în afara controlului judecătoresc?

Din păcate aceeași problemă semnalată în cazul interceptărilor telefonice este incidentă și aici. Art. 13 din legea siguranței naționale⁷³ prevede că procurorul poate da curs organelor speciale (SRI) să "caute informații, documente sau înscrisuri pentru a căror obținere este necesar accesul într-un loc, la un obiect sau la *deschiderea unui obiect*". Este cert că în speță e vorba de interceptarea corespondenței scrise, cât și a ridicării de obiecte din domiciliul unei persoane,

examinarea și extragerea informațiilor de pe acestea "prin orice procedee", fără un control al unui judecător. Aceste procedee nu sunt exemplificate și nu se oferă nicio informație în privința drepturilor concrete ale acestui serviciu specializat.

Totuși, consider că de vreme ce legea de modificare a codului de procedură penală nr. 281 / 2003 a impus autorizarea motivată a judecătorului și în cazul de față⁷⁴, procurorul nu mai are prerogativa de a dispune aceste măsuri. Precum am arătat mai sus, consider că această mențiune din legea de modificare a codului a abrogat tacit prevederile speciale ce permiteau luarea acestor măsuri din partea procurorului.

C. *Obligația de a remite obiecte și înscrisuri impusă de cod "oricărei persoane" – se poate impune și asupra celui acuzat?*

C.1 Art. 97 din codul de procedură penală impune "oricărei persoane fizice sau juridice" să predea obiecte sau înscrisuri ce pot servi ca mijloc de probă pentru cauza penală. Fără să încerc să demontez utilitatea textului, consider că acesta poate ridica probleme din perspectiva acuzatului de a beneficia de prezumția de nevinovăție⁷⁵. *Prezumția amintită oferă celui acuzat dreptul la tăcere și privilegiul contra autoincriminării ("dreptul oricărei persoane de a tăcea și a nu fi obligată să contribuie la propria incriminare")*⁷⁶. În acest sens, merită amintită hotărârea Funke⁷⁷ de la CEDO, care a edictat că *măsura impusă de autoritățile franceze de a amenda reclamantul pentru fiecare zi de neprezentare a unor documente, în scopul obținerii unor informații neverificate asupra cărora exista doar o bănuială, reprezintă o încălcare a art. 6*. Dacă în speță era vorba de o amendă pentru nesupunerea la obligația de prezentare a materialelor cerute, în dreptul român problema e mult mai serioasă. Aceasta deoarece "reținerea sau distrugerea de înscrisuri"⁷⁸ este prevăzută de legea penală cu o pedeapsă cu închisoarea de la 6 luni la 3 ani conform art. 272 din codul penal⁷⁹. Nu e exclus ca autoritățile, din exces de zel, să aplice art. 272 CP în cazurile în care privilegiul împotriva autoincriminării ar trebui respectat.

C.2 O problemă și mai fină se poate pune în cazul unui martor dintr-un proces penal căruia i se impune această obligație⁸⁰. Dacă respectivele obiecte sau înscrisuri îl incriminează pe acesta, este el obligat la predarea lor în ciuda privilegiului la autoincriminare? Merită amintit doar că autoritățile unui stat au *obligația de informare imediată* a persoanei ce devine suspectată oficial de comiterea unei fapte, cât și de comunicare a drepturilor acesteia. *Astfel, ne putem imagina că unui martor suspectat de fapte penale pot să i se ceară anumite documente fără a fi acuzat, în speranța obținerii unor probe de incriminare*. Ce se întâmplă în aceste cazuri?

Desigur, legea română nu pune în discuție problema atât de departe, dar discuția se pretează întrucât *privilegiul împotriva autoincriminării impune legiuitorului să nu sancționeze refuzul de a coopera*⁸¹.

D. Controlul și cenzura corespondenței acuzațiilor sau a deținuților

Controlul acesta este o problemă reală. Curtea consideră că acest control se poate realiza având un scop legitim doar pentru menținerea disciplinei în penitenciar ⁸². De aici decurg următoarele exigențe:

D.1 Reținerea corespondenței, cât și cenzura ei (în sens propriu) este interzisă căci nu are nimic de-a face cu ordinea în penitenciar și este specifică unui stat "ce supraveghează". Urmând raționamentul Curții, *corespondența deținutului cu instituțiile statului, cu avocatul, cât și cu instituțiile internaționale nu are nicio rațiune să fie cenzurată, de vreme ce aceasta nu are cum să ascundă obiecte interzise în penitenciar și nicidecum să aducă atingere disciplinei din penitenciar* ⁸³. Din contră, corespondența poate releva abuzuri din partea conducerii penitenciarului ⁸⁴. Referitor la corespondența cu aceste organe, exigența impusă de dreptul nostru din 2006 încoace este identică ⁸⁵ cu cea a Curții.

D.2 Controlul corespondenței personale a deținutului – nu poate fi acceptat decât sub aspectul ascunderii de obiecte interzise sau periculoase în colet sau scrisoare. De aceea, deschiderea corespondenței se poate justifica doar pentru căutarea obiectelor în cauză și fără a se aduce atingere secretului corespondenței deci fără citirea conținutului corespondenței. În acest sens, legea amintită prevede respectarea acestor exigențe. Aceasta edictează în art. 45 alin.(3) că "*în scopul prevenirii introducerii în penitenciar, prin intermediul corespondenței, a drogurilor, substanțelor toxice, explozibililor sau a altor asemenea obiecte a căror deținere este interzisă, corespondența poate fi deschisă, fără a fi citită, în prezența persoanei condamnate.*" Următoarele alineate ale art. 45 enunță că atunci când există motive temeinice cu privire la săvârșirea unei infracțiuni, corespondența se va reține, cel vizat fiind înștiințat de măsură. Deschiderea și reținerea corespondenței, potrivit acestei proceduri se poate face numai pe baza dispozițiilor emise, *în scris și motivat, de către judecătorul delegat* pentru executarea pedepselor privative de libertate.

Curtea merge și mai departe pentru a preveni abuzuri statale, spunând că *acesta are obligația de a furniza deținutului cele necesare pentru corespondență* ⁸⁶ cât și *obligația pozitivă de a asigura ajungerea corespondenței la deținut* ⁸⁷.

5. Concluzie

Consider că exigențele impuse de Curte sunt clare. *Orice abatere de la inviolabilitatea secretului corespondenței trebuie să fie necesară într-o societate democratică, proporțională cu scopul legitim vizat și prevăzută de o lege clară. De asemenea, un control al unui judecător se impune.*

6. Prevederi comparate cu Noul Cod de Procedură Penală

Noul cod rămâne tributar structurii bipartite a corespondenței, în cea electronică și cea scrisă în format fizic. Cu toate acestea, din fericire, diferențierile expuse mai sus cu ocazia analizei legii actuale nu se mai impun și aici.

Aceasta deoarece, în primul rând, corespondența scrisă se poate reține, preda și percheziționa *doar cu acordul judecătorului de drepturi și libertăți* (art. 147 alin. (1) NCPP). În al doilea rând, pentru a recurge la acest procedeu trebuie întrunite cumulativ trei condiții: *să existe o suspiciune rezonabilă cu privire la o infracțiune, ingerința să fie proporțională și în lipsa acesteia obținerea de probe să fie dificilă sau imposibilă* (art. 147 alin. (1) lit.a,b,c)⁸⁸. Iar în al treilea rând art. 147 prevede expres că reținerea, predarea și percheziția corespondenței se va face conform art. 140. Acesta impune dispunerea măsurii doar pe o perioadă de 30 de zile. În continuare, art. 147 alin. (9) raportat la art. 144 alin. (3) prevede că *durata maximă* a acestor măsuri nu poate depăși 1 an. De asemenea, și în cadrul acestei proceduri, există obligația procurorului de a comunica în termen de maxim 10 zile celui vizat de măsură despre cele petrecute.

De asemenea, noul cod modifică și prevederile referitoare la obligația de predare a obiectelor, înscrisurilor sau a datelor informatice. Art. 170 prevede expres că pentru a putea dispune predarea acestora e necesară *existența unei suspiciuni rezonabile cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni, că aceasta se va dispune doar de judecătorul de drepturi și libertăți doar atunci când există temeiuri a se crede că respectivul obiect poate servi ca mijloc de probă*.

Din păcate, unica problema care rămâne identică și în viitoarea reglementare o reprezintă cea referitoare la corespondența avocat – client, care poate fi violată în continuare în exact aceleași condiții ca și convorbirile telefonice⁸⁹. Pentru a nu fi repetitiv, fac mențiune la cele expuse cu ocazia tratării acelei probleme, criticând decizia legiuitorului.

BIBLIOGRAFIE SELECTIVĂ

- I. *Tratate sau monografii*
1. **BÎRSAN, Corneliu** *Convenția europeană a drepturilor omului, Comentariu pe articole. Vol.I. Drepturi și libertăți*, Editura C.H.Beck, București 2005.
2. **CHIRIȚĂ, Radu** *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații. Ediția 2-a*, Editura C.H.Beck, București 2008.

3. **CHIRIȚĂ, Radu** *Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Culegere de hotărâri 2003*, Editura C.H.Beck, București 2007.
4. **CHIRIȚĂ, Radu** *Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Culegere de hotărâri 2002*, Editura C.H. Beck, București 2007.
5. **DELEANU, Ion** *Instituții și proceduri constituționale – În dreptul român și comparat*, Editura C.H.Beck, București 2006.
6. **IONESCU, Diana** *Procedură penală, Parte generală, Sinteze și spețe*, Editura Sfera Juridică Cluj-Napoca 2007.
7. **NEAGU, Ion** *Tratat de procedură penală. Partea generală. Ediția 2-a, revizuită și adăugită*, Editura Universul Juridic, București 2010.
8. **NEAGU, Ion** *Tratat de procedură penală. Partea specială. Ediția 2-a, revizuită și adăugită*, Editura Universul Juridic, București 2010.
9. **RENUCCI, Jean-Francois** *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Editura Hamangiu, București 2009.
10. **STRETEANU, Florin** *Drept Penal. Parte generală*, Editura Rosetti, București 2003.
11. **UDROIU, Mihail** *Procedură Penală. Parte generală. Parte specială*, Editura C.H.Beck, București 2010.

II. Articole

1. **APOSTOL, Dan; BĂRBĂCIORU, Tiberiu** *Interceptările și înregistrările audio și video în situații speciale*, Revista de Drept Penal, Numărul 1 din 2009.
2. **HĂRĂSTĂSANU, Angela** *Interceptarea și înregistrarea convorbirilor sau comunicărilor*, Revista de Drept Penal, Numărul 2 din 2005.
3. *Controverse referitoare la interceptarea telefonică*, Noua Revistă de Drepturile Omului, Centru de Studii Internaționale, Numărul 1 din 2006.

III. Hotărâri sau decizii CEDO (în ordinea invocării)

1. **CEDO**, hot. *Matheron c. Franța*.
2. **CEDO**, hot. *Malone c. UK din 1984*.
3. **CEDO**, hot. *Taylor-Sabori c. UK*.
4. **CEDO**, hot. *Rotaru c. România*.
5. **CEDO**, hot. *Craxi c. Italia*.
6. **CEDO**, hot. *A c. Franța*.
7. **CEDO**, hot. *Amann c. Elveția*.
8. **CEDO**, hot. *Kruslin c. Franța*.

9. **CEDO**, hot. *Valenzuela Contreras c. Spania*.
10. **CEDO**, hot. *Copland c. UK*.
11. **CEDO**, hot. *Privind afacerea lingvistică belgiană c. Belgia*.
12. **CEDO**, hot. *Powell și Rayner c. UK*
13. **CEDO**, hot. *Dumitru Popescu c. România (No.2)*.
14. **CEDO**, hot. *Pantea c. România*.
15. **CEDO**, hot. *Klass c. Germania*.
16. **CEDO**, hot. *Schenk c. Elveția*.
17. **CEDO**, hot. *Lambert c. Franța*.
18. **CEDO**, hot. *Vasilescu c. România*.
19. **CEDO**, hot. *Huvig c. Franța*.
20. **CEDO**, hot. *Deweer c. Belgia*.
21. **CEDO**, hot. *S c. Elveția*.
22. **CEDO**, hot. *Messina c. Italia (No.3)*.
23. **CEDO**, hot. *Antunes Rocha c. Protugalia*.
24. **CEDO**, hot. *Lutz c. Germania*.
25. **CEDO**, hot. *Funke c. Franța*.
26. **CEDO**, hot. *A.B c. Olanda*.
27. **CEDO**, hot. *Puzinas c. Lituania*
28. **CEDO**, hot. *Cotleț c. România*
29. **CEDO**, hot. *Messina c. Italia (No.1)*.

IV. Decizii ale Curții Constituționale

1. **CC – Decizia Nr. 962 din 25 iunie 2009**, publicată în **M. Of.** nr. 563 din 13.08.2009.
2. **CC – Decizia Nr. 766 din 7 noiembrie 2006**, publicată în **M. Of.** nr. 25 din 16.01.2007.

* Sergiu PETRIȘOR, Masterand, "Științe Penale și Criminalistică" – Facultatea de Drept, Universitatea "Babeș-Bolyai" Cluj-Napoca; sergiupetrisor@yahoo.com

¹ Pentru detalii privitoare la înființarea, istoria și evoluția Curții, cât și impactul practic al existenței acesteia, a se vedea **Radu Chiriță**, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații. Ediția 2-a*, Editura C.H. Beck, București 2008, pag. 5-48.

² Art. 8 - **Dreptul la respectarea vieții private și de familie:**

"1. Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului și a corespondenței sale.

2. Nu este admisă ingerința unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât dacă aceasta este prevăzută de lege și constituie, într-o societate democratică, o măsură necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protecția sănătății, a moralei, a drepturilor și a libertăților altora.”
- ³ J. Velu, R. Ergec, *La Conventioneuropenne des droits de l’homme*, Editura Bruylant, Bruxelles, 1990 apud. R. Chiriță, op. cit., pag. 11.
- ⁴ Se face distincție între viața privată și viața publică. În acest sens, a se vedea R. Chiriță, op. cit., pag. 433.
- ⁵ CEDO, hot. *Matheron c. Franța*; CEDO, hot. *Malone c. UK din 1984*.
- ⁶ CEDO, hot. *Taylor-Sabori c. UK*.
- ⁷ CEDO, hot. *Rotaru c. România*.
- ⁸ Consider mai fericită abordarea Curții de a nu defini noțiunea de *corespondență*. Astfel, textul permite o interpretare evolutivă mai facilă a acesteia.
- ⁹ Ion Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale – În dreptul român și comparat –*, Editura C.H. Beck, București 2006, pag. 135, parag. 53.
- ¹⁰ Pentru detalierea procedurii prevăzute de legea internă în art. 91¹ – 91³ a se vedea Diana Ionescu, *Procedură penală, Parte generală, Sinteze și spețe*, Editura Sfera Juridică Cluj-Napoca 2007, pag. 223 ș. urm., I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală. Ediția 2-a, revizuită și adăugită*, Editura Universul Juridic, București 2010, pag. 488-503.
- ¹¹ Codul de procedură penală, Legea siguranței naționale, Legea de organizare și funcționare SRI, Legea de organizare și funcționare DIICOT și DNA ș.a.
- ¹² CEDO, hot. *Craxi c. Italia*. R. Chiriță, *Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Culegere de hotărâri 2002*, Editura C.H. Beck, București 2007, pag. 126.
- ¹³ CEDO, hot. *A c. Franța*.
- ¹⁴ În doctrină dreptul la intimitate și dreptul la viață privată se întalnesc de multe ori ca și sinonime. Deși există diferență de nuanță între cele două exprimări, le voi folosi și eu ca și sinonime căci discuția nu prezintă utilitate practică.
- ¹⁵ CEDO, hot. *Malone c. UK din 1984*.
- ¹⁶ CEDO, hot. *Amann c. Elveția*.
- ¹⁷ CEDO, hot. *Kruslin c. Franța*.
- ¹⁸ CEDO, hot. *Valenzuela Contreras c. Spania*.
- ¹⁹ CEDO, hot. *Copland c. UK*.
- ²⁰ *Obligațiile pozitive presupun obligația statelor de a dopta măsurile necesare și adecvate pentru a proteja drepturile persoanelor asupra cărora își exercită jurisdicția*. În acest sens, CEDO, hot. *Privind afacerea lingvistică belgiană c. Belgia* (Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education c. Belgium"); CEDO, hot. *Powell și Rayner c. UK*.
- ²¹ CEDO, hot. *Dumitru Popescu c. România*, aprilie 2007. Pentru tratarea întregii probleme a se vedea și http://www.avocatnet.ro/content/articles/id_10626/Hotararea-CEDO-in-Cauza-Dumitru-Popescu-impotriva-Romaniei.html, 24 noiembrie 2011 ora 22:00.
- ²² CEDO, hot. *Pantea c. România*. Curtea afirmă că în dreptul român, procurorul nu se bucură de statutul de "magistrat independent" de puterea executivă.
- ²³ Publicată în M. Of. 163 din 7 august 1991.

²⁴ CEDO, hot. *Klass c. Germania*.

²⁵ CEDO, hot. *Schenk c. Elveția*.

²⁶ CEDO, hot. *Lambert c. Franța, 1994*.

²⁷ Hotărârea este de asemenea tratată în **C. Bîrsan**, *op. cit.*, pag. 655-657, parag. 247-256.

²⁸ *Pe de-o parte discuția este puțin sofistă întrucât Curtea nu se pronunță cu privire la legislația națională dar o compară cu reglementările și deciziile sau hotărârile Curții. Pe de altă parte, Curtea poate cere reexaminarea procedurilor interne în anumite cazuri de condamnare a statelor. Mai mult, este recunoscută posibilitatea revizuirii legislației interne, cel puțin prin pârghiile existente la nivel politic, acest lucru putându-se întâlni în cazurile în care o hotărâre "demontează absolut" un stat cu privire la încălcarea unui drept convențional. Acest lucru este și mai pregnant în cazul hotărârilor pilot.*

²⁹ CEDO, hot. *Vasilescu c. România*. Curtea menționează că în România, doar judecătorul poate fi considerat ca fiind un "magistrat" în înțelesul art. 6 din ConvEDO și că doar el este cel menit să impună anumite măsuri procesuale. www.echr.coe.int – secțiunea *În drept, Capitolul I punctul B, numărul 40 și 41*.

³⁰ Republicat în **M. Of.** nr. 78 din 30 aprilie 1997, cu completările și actualizările de rigoare.

³¹ 91¹ CPP – "Interceptarea și înregistrarea convorbirilor sau comunicărilor efectuate prin telefon ori prin orice mijloc electronic de comunicare se realizează cu autorizarea motivată a judecătorului, la cererea procurorului care efectuează sau supraveghează urmărirea penală...".

³² În acest sens, CEDO, hot. *Amann c. Elveția*; hot. *Kruslin c. Franța*; hot. *Huvig c. Franța*, hot. *Dumitru Popescu c. România* ș.a.

³³ **Monitorul Oficial**, nr. 33 din 3 martie 1992.

³⁴ **Monitorul Oficial**, nr. 163 din 7 august 1991.

³⁵ Codul de procedură penală nu definește separat această etapă, ci face referire la posibilitatea efectuării unor acte premergătoare, cât și a folosirii de "investigatori sub acoperire" în cadrul acestora, în scopul începerii urmăririi penale. În acest sens – Art. 224 CPP ș. urm. Pentru detalii, **I. Neagu**, *Tratat de procedură penală. Partea specială. Ediția 2-a, revizuită și adăugită*, Editura Universul Juridic, București 2010, pag. 98-105.

³⁶ CEDO, hot. *Deweert c. Belgia*.

³⁷ **CC – Decizia 962 din 25 iunie 2009**, Publicată în **M. Of.** 563 din 13.08.2009.

³⁸ Situația nu e atât de simplă în cazul folosirii investigatorilor sau a informatorilor în spații ce alcătuiesc domiciliul persoanei vizate sau a domiciliului altor persoane ce intră în sfera vieții private (lato sensu) a celui supravegheat și în care se află acesta, fără niciun control ulterior al unui judecător.

³⁹ **Angela Hărăstășeanu**, *Interceptarea și înregistrarea convorbirilor sau comunicărilor*, Revista de Drept Penal Nr. 2 din 2005, pag. 69-74.

⁴⁰ **CC – Decizia Nr. 766 din 7 noiembrie 2006**, publicată în **M. Of.** nr. 25 din 16.01.2007.

⁴¹ *Controverse referitoare la interceptarea telefonică*, Noua Revistă de Drepturile Omului, Centru de Studii Internaționale, Numărul 1 din 2006 pag. 138-143.

⁴² Pentru argumente temeinice per a contrario considerațiilor SRI, Comentariul Fundației pentru o Societate Deschisă din cadrul aceluiași articol, pag. 143-146.

⁴³ **Legea Nr. 535 din 25 noiembrie 2004**, **M. Of.** Nr. 1161 din 8 decembrie 2004.

- ⁴⁴ "Situțiile prevăzute la art. 3 constituie temei legal pentru a se solicita procurorului, în cazuri justificate, cu respectarea prevederilor Codului de procedură penală, autorizarea efectuării unor acte, în scopul culegerii de informații, constând în: interceptarea comunicațiilor (...)"
- ⁴⁵ "Serviciul Român de Informații este autorizat să dețină și să folosească mijloace adecvate pentru obținerea, verificarea, prelucrarea și stocarea informațiilor privitoare la siguranța națională, în condițiile legii". Sintagma "în condițiile legii" se referă la legea siguranței naționale care impune respectarea prevederilor CPP.
- ⁴⁶ "În condițiile care constituie amenințări la adresa siguranței naționale (...) SRI-ul (...) solicită procurorului eliberarea mandatului prevăzut de art. 13 din legea privind siguranța națională."
- ⁴⁷ **Legea Nr. 508 din 17 noiembrie 2004 – M. Of.** Nr. 1089 din 23 noiembrie 2004.
- ⁴⁸ **OUG Nr. 43 din 4 aprilie 2002 – M. Of.** Nr. 244 din 11 aprilie 2002.
- ⁴⁹ Deși se tratează normele penale materiale, mai multe detalii referitoare la aceasta, **F. Streteanu**, *Drept Penal. Parte generală*, Editura Rosetti, București 2003, pag. 132 ș. urm.
- ⁵⁰ În același sens, a se vedea **Dan Apostol, Tiberiu Bărbăcioru**, *Interceptările și înregistrările audio și video în situații speciale*, Revista de Drept Penal Nr. 1 din 2009, pag. 119-124.
- ⁵¹ *Concluzia practică e oricum aplicarea art. 64 alin.(2) CPP*. Dar asta e numai o parte a problemei, căci ingerința în viața privată s-ar fi consumat deja. Faptul că aceste mijloace sau informații nu trebuie să fie capabile a sta în procesul penal, pe motiv de ilegalitate, nu cred că rezolvă problema de deplin întrucât o persoană trebuie să se bucure în principal de o protecție adecvată a drepturilor garantate de ConvEDO și Constituție.
- ⁵² **Curtea Constituțională**, prin decizia nr. 962 / 2009 consideră că interceptările nu se pot impune anterior urmăririi penale dar o dată începută aceasta, este irelevantă modalitatea acesteia (in rem sau in personam) – Extras din decizia Curții: "De altfel, interceptarea și înregistrarea convorbirilor pot fi dispuse, așa cum se prevede în alin.1 al art.91¹ din Codul de procedură penală, la cererea procurorului care efectuează ori supraveghează urmărirea penală, lată deci că administrarea unor astfel de mijloace de probă este plasată în cadrul primei faze a procesului penal, urmărirea penală putând fi începută, potrivit art.221 și 228 din Codul de procedură penală, atât in personam, cât și in rem."
- ⁵³ *Urmărirea penală in rem și in personam – I. Neagu, Tratat de procedură penală. Parte specială. Ediția 2-a, revizuită și adăugită*, Editura Universul Juridic, București 2010, pag. 108; **Mihail Udriou**, *Procedură Penală. Parte generală. Parte specială*, Editura C.H.Beck, București 2010, pag. 278.
- ⁵⁴ Mă refer la noțiunea autonomă a Curții Europene. Acuzația penală reprezintă orice comunicare din partea statului și a autorităților a suspiciunii care planează asupra persoanei – **CEDO, hot. Deweer c. Belgia**.
- ⁵⁵ **CEDO, hot. Deweer c. Belgia. R. Chiriță**, *Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Culegere de hotărâri 1951-2001*, Editura C.H. Beck, București 2007, pag. 66.
- ⁵⁶ Art. 7 din Convenție impune ca o lege să respecte 4 exigențe fundamentale: 1. Lex scripta; 2. Lex certa; 3. Lex stricta; 4. Lex praevia. Pentru detalii exhaustive a se vedea și **R. Chiriță**, *op. cit.*, pag 398 – 412 cât și **F. Streteanu**, *op. cit.*, pag. 49-67.
- ⁵⁷ Probleme se pot pune în cazul în care mergem și mai departe cu discuția, privind dreptul lui Y de a nu se autoincrimina. Problemele de la punctul A.2 se pot pune și aici, privitor la urmărirea penală față de Y. Nu le reiau.
- ⁵⁸ Drept ce constituie o garanție majoră a drepturilor și libertăților fundamentale. **J.F. Renucci**, *op. cit.*, pag 289.

⁵⁹ CEDO, hot. S c. Elveția.

⁶⁰ Legea Nr. 135 din 1 iulie 2010 – publicată în **M.Of.** 486 din 15 iulie 2010.

⁶¹ Art. 138 alin. (2): *”Prin interceptarea convorbirilor sau comunicărilor se înțelege interceptarea, accesul, monitorizarea, colectarea sau înregistrarea convorbirilor sau comunicărilor efectuate prin telefon, sistem informatic sau prin orice alt mijloc de comunicare, precum și înregistrarea datelor detrafic ce indică sursa, destinația, data, ora, dimensiunea, durata sau tipul comunicării efectuate prin telefon, sistem informatic sau prin orice alt mijloc de comunicare.”*

⁶² Judecătorul de drepturi și libertăți devine în Noul Cod de Procedură (NCPP) ”Organ Judiciar” de sine stătător - art. 30 NCPP.

⁶³ Art. 91² CPP: *”(1)Procurorul procedează personal la interceptările și înregistrările prevăzute la art. 91¹ sau poate dispune ca acestea să fie efectuate de organul de cercetare penală. (...)”*

⁶⁴ 1. Serviciul Român de Informații (SRI), serviciul secret intern - <http://www.sri.ro/>. 2. Serviciul de Informații Externe (SIE), serviciul secret extern — subordonat Consiliului Suprem de Apărare a Țării (CSAT) - <http://www.sie.ro/>. 3. Directia Generală de Informații și Protecție Internă (DGPII), serviciul secret al poliției - <http://www.dgpi.ro/>. 4. Serviciul de Telecomunicații Speciale (STS) — subordonat Consiliului Suprem de Apărare a Țării (CSAT) - <http://www.stsnet.ro/>. 5. Serviciul de Protecție și Pază (SPP) - <http://www.spp.ro/>.

⁶⁵ CEDO, hot. *Taylor-Sabori c. UK*. Protecția se oferă oricărui tip de comunicare între două persoane, indiferent de mijloacele tehnice utilizate pentru realizarea sa. **R. Chiriță**, *Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Culegere de hotărâri 2002*, Editura C.H. Beck, București 2007, pag. 153.

⁶⁶ În lipsa unei legi, aceste măsuri nu pot fi impuse – CEDO, hot. *Messina c. Italia (No.3)*; **R. Chiriță**, *idem*, pag. 154.

⁶⁷ **J.F. Renucci**, *op. cit.*, pag. 284 parag. 196.

⁶⁸ (1) *”Instanța de judecată, la propunerea procurorului, în cursul urmăririi penale, sau din oficiu, în cursul judecății, poate dispune ca orice unitate poștală sau de transport să rețină și să predea scrisorile, telegramele și oricare altă corespondență, ori obiectele trimise de învinuit sau inculpat, ori adresate acestuia, fie direct fie indirect.”* (2) *”Măsura prevăzută în alin.(1) se dispune dacă sunt întrunite condițiile arătate în 91¹ alin.(1) și potrivit procedurilor acolo prevăzute.”*

⁶⁹ **OG Nr. 31 din 2002** privind serviciile poștale, aprobată, cu modificări și completări, prin Legea 642/2002, cu modificările ulterioare – publicată în **M. Of.** Nr. 87 din 1 februarie 2002. *”Art. 4 - (1) Secretul trimiterilor poștale este inviolabil. (2) Reținerea, predarea sau deschiderea trimiterilor poștale este permisă numai în condițiile și cu procedura prevăzute de lege.”*

⁷⁰ Comunicare (scurtă) la distanță transmisă prin mijloace de telecomunicație electromagnetică.

⁷¹ Nici măcar acest lucru nu este clar, întrucât alin.(2) al art.98 edictează că: *”Măsura prevăzută în alin.(1) se dispune dacă sunt întrunite condițiile arătate în art.91¹ alin.(1) și potrivit procedurii acolo prevăzute”*. Nu se enunță clar dacă procedura e strict cea prevăzută în alin.(1) al art 91¹ sau întreaga procedură de la art. 91¹.

⁷² Sancționată de Curte – CEDO, hot. *Antunes Rocha c. Protugalia*.

⁷³ Art.13 *”Situțiile prevăzute la art. 3 constituie temei legal pentru a se solicita procurorului, în cazuri justificate, cu respectarea prevederilor codului de procedură penală, autorizarea efectuării unor acte, în scopul culegerii de informații, constând în: interceptarea comunicațiilor, căutarea unor informații, documente sau înscrisuri pentru a căror obținere este necesar accesul într-un loc, la un obiect sau deschiderea unui obiect; ridicarea și repunerea la loc a unui obiect sau document, examinarea lui, extragerea informațiilor pe care acestea le conțin, cât și înregistrarea, copierea sau obținerea de extrase prin orice procedee; instalarea de obiecte, întreținerea și ridicarea acestora din locurile în care au fost depuse.”*

- ⁷⁴ Art. X. legea 281/2003: "*Ori de câte ori alte legi prevăd dispoziții referitoare la dispunerea de către procuror a luării, menținerii, revocării ori încetării măsurii arestării preventive, a liberării provizorii și a obligării de a nu părăsi localitatea, a măsurilor de siguranță prevăzute în art. 113 și 114 din Codul penal, a interceptării și înregistrării convorbirilor, a perchezițiilor, a reținerii și predării corespondenței și a obiectelor trimise de învinuit sau de inculpat ori adresate acestuia, se aplică, în mod corespunzător, dispozițiile prevăzute în art. I din prezenta lege.*"
- ⁷⁵ CEDO, hot. Lutz c. Germania.
- ⁷⁶ R. Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații. Ediția 2-a*, Editura C.H. Beck, București 2008, pag. 347.
- ⁷⁷ CEDO, hot. Funke c. Franța.
- ⁷⁸ Adoptat prin legea 301 din 2004, intrată în vigoare la 1 septembrie 2009. Publicat în **M. Of.** Nr.575 din 29 iunie 2004 și republicat cu rectificare în **M. Of.** Nr. 303 din 12 aprilie 2005.
- ⁷⁹ Art. 272 CP: "*Reținerea sau distrugerea unui înscris emis de un organ de urmărire penală, de o instanță de judecată sau de un alt organ de jurisdicție, ori împiedicarea în orice mod ca un înscris destinat unuia dintre organele sus-arătate să ajungă la acesta, când astfel de înscrisuri sunt necesare soluționării unei cauze, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani.*"
- ⁸⁰ Textul codului prevede obligația "oricărei persoane", indiferent de calitatea procesuală. Ca atare, situația e plauzibilă în reglementarea actuală.
- ⁸¹ De asemenea, R. Chiriță, *op. cit.*, pag. 350-351.
- ⁸² CEDO, hot. A.B c. Olanda, R. Chiriță, *Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Culegere de hotărâri 2002*, Editura C.H. Beck, București 2007, pag. 150.
- ⁸³ CEDO, hot. Puzinas c. Lituania, din 2002.
- ⁸⁴ În acest sens, CEDO, hot. Cotleț c. România. R. Chiriță, *Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Culegere de hotărâri 2003*, Editura C.H. Beck, București 2007.
- ⁸⁵ **Legea 275** din 4 iulie 2006, privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal - publicată în **M. Of.** Nr. 627 din 20 iulie 2006, art.45 alin.(6).
- ⁸⁶ CEDO, hot. Cotleț c. România.
- ⁸⁷ CEDO, hot. Messina c. Italia (No.1).
- ⁸⁸ Art. 147 alin. (1) "*Reținerea, predarea și percheziționarea trimerilor poștale se poate dispune de judecătorul de drepturi și libertăți (...) cu privire la scrisorile, trimiterile poștale sau obiectele trimise ori primite de suspect, inculpat, sau de orice altă persoană care este suspectată că primește sau trimite prin orice mijloc aceste bunuri de la suspect sau inculpat ori bunuri destinate acestuia dacă:*
- a) *există o suspiciune rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni;*
 - b) *măsura este necesară și proporțională cu restrângerea drepturilor și libertăților fundamentale, date fiind particularitățile cauzei, importanța informațiilor sau a probelor ce urmează a fi obținute sau gravitatea infracțiunii;*
 - c) *probele nu ar putea fi obținute în alt mod sau obținerea lor ar presupune dificultăți deosebite ce ar prejudicia ancheta, ori există un pericol pentru siguranța persoanelor sau a unor bunuri de valoare.*"
- ⁸⁹ Art. 147 alin. (2): "*Este interzisă reținerea, predarea și percheziționarea corespondenței sau a trimerilor poștale, trimise ori primite în raporturile dintre avocat și suspectul, inculpatul sau orice altă persoană pe care acesta o apără, cu excepția situațiilor în care există date că avocatul săvârșește sau pregătește săvârșirea unei infracțiuni dintre cele prevăzute la art. 139 alin. (2).*"

JUGES ET DÉMOCRATIE¹

Bjarne MELKEVIK*

***Résumé :** L'auteur défend la thèse que « juge » et « démocratie » peuvent se comprendre en tant que cooriginaires. S'opposant vigoureusement à toute opinion mettant l'office du « juge » dans une position aristocratique, ou encore de majesté, l'auteur caractérise une telle position comme stérile et contreproductive, là où il faut plutôt favoriser une coresponsabilité démocratique partagée par tous les acteurs juridiques ou non juridiques. Le juge dans une société qui valorise le « règne du droit » est au service d'un droit démocratique qu'il n'a pas à trahir sous aucun prétexte, ce qui doit nous faire comprendre le droit comme une coentreprise où les plaignantes et les avocats sont indispensables pour toute entreprise juridique digne de ce nom. Le jugement juridique peut alors se comprendre en tant qu'un apprentissage juridico-démocratique où toutes les parties (le juge inclus) s'ouvrent, autant que possible, à la compréhension complexe d'un souhaitable « vivre ensemble ». L'auteur souligne de la sorte que le droit se fait en « troisième personne pluriel », en tant qu'un « nous » inclusif, et qu'il existe ainsi un « rendre compte » qui est autant juridique que démocratique. Les juges seront aussi jugés, car dans la modernité juridique aussi bien la légalité que la légitimité appartiennent finalement aux propriétaires du droit, à tous qui s'engagent en faveur d'un droit moderne et démocratique. En fin de compte, c'est notre responsabilité juridico-démocratique qui s'explique dans l'exigence d'un règne du droit et dans l'office de juge.*

***Mots clef :** Démocratie; Juges; État de droit; Règne du droit; Appareil judiciaire, Théorie du droit; Philosophie du droit.*

Aborder un thème tel que « juges et démocratie » inspire l'humilité. Pouvant être appréhendé sous un angle ou un autre, l'inspiration que suscite ce thème est sans borne. Il convient cependant de circonscrire notre sujet d'abord en situant nos propos à l'intérieur de la philosophie du droit, pour ensuite concevoir le tandem « juges et démocratie » en tant qu'un puzzle, si vous nous permettez l'expression, où chaque pièce doit trouver sa place pour le bénéfice de la composition. Il en découle que la pièce « juge » s'explique avec l'autre, la « démocratie », et que ces deux éléments, considérés dans un tout avec d'autres pièces, nous portent vers notre responsabilité démocratique, en tant qu'auteurs-acteurs du droit, de faire fonctionner adéquatement et harmonieusement une société qui s'engage en faveur de la démocratie et de la modernité juridique. Un État de droit, ou encore l'exigence du « règne du droit », ne peut pas, en ce sens, prendre la forme d'une aristocratie

judiciaire (comme cela se revendique fréquemment dans la doctrine constitutionnelle française) puisqu'il constitue une des garanties, ou « bouclier », dont la démocratie se dote pour ne jamais tomber dans son contraire. Le rôle du juge, judiciaire ou constitutionnel, consiste donc à agir en conséquence, c'est-à-dire en tant qu'instance de démocratie, de constitutionnalité et de droit. En d'autres mots, le rôle du juge consiste à *servir* la démocratie, la constitutionnalité et le juridique.

Au-delà donc des contextes particuliers, soient-ils canadien ou colombien, ou encore de tout autre pays, il convient de revisiter, à l'aide des objectifs susvisés, quelques topiques - quelques « lieux » dans le sens de la culture juridique classique - qui illustrent nos propos. Notre choix, sans surprise, se pose alors sur les éléments suivants, à savoir (1) la « fonction moderne de juger », (2) le jugement et l'apprentissage démocratique et finalement (3) le rôle du juge dans la construction d'un « nous juridique ». Mais avant d'aborder discursivement ces thèmes, une vision plus large s'impose quant à notre façon de penser « démocratie et droit » à l'égard de l'office judiciaire.

1. *Démocratie et droit*

Selon nous, le juge est au service de la démocratie, de la constitutionnalité et du juridique, compris comme une unité de réciprocité faisant référence à notre volonté commune de vivre dans une *res publica*. Le juge est au service de cette *res publica* et ne travaille pas pour le régime politique en place mais plutôt pour les propriétaires du droit et de la constitutionnalité, c'est-à-dire les individus en chair et en os en leur qualité d'auteurs-acteurs du droit. Dans une telle conception, il n'y a pas de contradiction entre démocratie, constitutionnalité et juridique, ces trois notions se conjuguant l'une dans l'autre pour former l'armature d'une société souhaitée politiquement et démocratiquement! Pour comprendre un tel modèle, il faut d'abord exposer son opposé.

Le modèle libéral de non-réciprocité

Le modèle libéral de non-réciprocité entre démocratie et droit coïncide avec le constitutionnaliste autrichien Hans Kelsen puisqu'il en est le représentant le plus éminent.

Faisons donc un retour sur Kelsen, sur sa thèse voulant que c'est la nature du régime politique qui détermine aussi bien la constitutionnalité que le juridique et donc que le juge étatique (nonobstant sa place dans la hiérarchie judiciaire) sert « le fait accompli » de ce régime quant à la constitutionnalité et au juridique. L'enseignement de Hans Kelsen consiste à soutenir qu'un régime politique est une

réalité d'efficacité qui s'accapare du système judiciaire et législatif et donc, qu'en fin de compte, tout régime politique, soit-il démocratique ou dictatorial, autocratique ou théocratique, monarchique ou républicaine, détermine le « droit » en conséquence. Si Kelsen, homme d'une gauche social-démocratique, défend avec vigueur un régime politique démocratique, il refuse pourtant toute relation de réciprocité entre démocratie et droit. L'un ne va pas avec l'autre puisque c'est l'efficacité d'un régime politique qui détermine la nature du droit.

Rappelons dans ce sens que la théorie de Kelsen débute au sommet de la pyramide, à savoir « En-haut » et dans une absence absolue de tout agir ou de toute reconnaissance de l'activité humaine. « En-haut » se situe le régime politique qui se manifeste tel qu'il est, à savoir, démocratique ou dictatorial, autocratique ou théocratique, monarchique ou républicain. En conséquence, le régime politique impose par « En-haut » pour décider la constitutionnalité et le juridique. Il en découle donc une logique qui commence par « En-haut », qui se détermine par « En-haut » et qui « retourne » vers « En-haut ». Il s'agit donc d'une thèse où le juridique et la constitutionnalité sont au service de ce « En-haut », ne se cultivant jamais de manière autonome, mais plutôt en tant qu'« annexe » à un régime politique. La « nature » du régime politique se résume à la non-autonomie de la constitutionnalité et du juridique, la tâche de tout juge se résumant à être fidèle et au service du régime en place. Le rôle du juge sera donc de respecter sa place dans le régime politique et agir comme agent de ce dernier. Si une telle position lui pose un problème de « conscience », il ne lui reste qu'à renoncer à son poste pour ainsi retrouver sa liberté en tant qu'acteur politique.

Suivant ce raisonnement, il y a du « droit » partout sur la terre, là où il y des régimes politiques et nous pouvons nous estimer heureux de vivre dans un régime politique démocratique puisque cela procure, autant au niveau du droit que de la constitutionnalité, un surplus appréciable et indispensable de liberté et de bonheur. Si donc une certaine réciprocité entre démocratie et droit pouvait éventuellement être constatée, elle ne sera qu'un accident historique heureux et surtout un bonheur pour le peuple qui peut en profiter. En ce sens, nous avons raison de nous réjouir de vivre et de faire partie d'un pays démocratique et de prôner politiquement (et diplomatiquement) les valeurs démocratiques pour des pays et des peuples qui n'en jouissent pas. Nous pouvons donc, en toute légitimité, favoriser une politique de démocratisation mondiale.

S'il est facile d'apprécier la construction intellectuelle de Hans Kelsen et de constater la manière par laquelle elle donne naissance à tout un vocabulaire et un imaginaire constitutionnel, voire même comment elle nous procure, en tant que juriste et constitutionnaliste, une « tranquillité » à l'intérieur du système qu'il

est facile d'apprécier, il faut pourtant récuser, par principe, toute thèse de « non autonomie » de la constitutionnalité et du juridique, d'où l'intérêt d'examiner l'autre modèle, à savoir le modèle de réciprocité, voire de co-originalité, entre démocratie, constitutionnalité et juridique.

Le modèle de la réciprocité entre privé et publique

Ce modèle prône la réciprocité des autonomies privées et publiques quant à la démocratie, à la constitutionnalité et au juridique. Il peut même se résumer dans une phrase qui constitue en fait une revendication pratique : nous voulons vivre libres dans une *res publica* libre.

Tant qu'un régime démocratique représente la forme moderne d'un vivre « libre » nous, en tant que propriétaires du droit et de la constitutionnalité, réclamons une réciprocité entre « démocratie et droit ». Ce modèle soutient donc que toute question de régime politique ne dépend que des individus, de leur assentiment et de leur volonté. Bref, il revient aux individus de prendre en charge leur régime politique et par là leur ordre constitutionnel et juridique et, bien sûr, leur ordre judiciaire.

Comprenons bien que pour défendre une telle exigence, tant politique que juridique et constitutionnelle, nous n'avons pas besoin d'une quelconque métathéorie, soit-elle de droit naturel ou de positivisme juridique, non plus que d'une fondation en raison ou sur des principes éthiques, mais uniquement une insistance sur ce « nous voulons » qui nous engage maintenant et qui, historiquement, principalement dans un contexte « occidental », a engagé tant d'hommes et de femmes ayant le désir de marcher la tête haute dans une société libre. Précisons donc qu'en ce sens, ce « nous voulons » n'a pas de « nature positiviste » ou d'essence ontologique ou métaphysique, mais qu'il relève de notre volonté politique de « vivre libre ».

Suivant un tel modèle, la démocratie et le droit se conjuguent et doivent se penser en réciprocité parce que nous en sommes les « propriétaires ». Tout cela nous appartient en propre. Nous l'enlever relève du « vol »; c'est une atteinte à notre liberté, à notre volonté de vivre libres dans un « *res publica* libre », une atteinte à une constitutionnalité et à un juridique à notre mesure.

Il s'ensuit surtout que si la démocratie et le droit vont de paire, nous ne nous retrouvons jamais dans une position confortable de neutralité au-dessus de la mêlée, sinon toujours engagés dans notre temps, dans notre société, dans notre modernité et surtout dans notre « droit démocratique » et dans notre « constitutionnalité juridique ». Nous sommes engagés, qu'on le veuille ou non, car en tant qu'acteurs et auteurs du droit ce sont nos choix, aussi insignifiants et petits soient-ils, qui

produisent la société dans laquelle nous vivons et qui produisent, bien sûr en ce qui concerne les auteurs-acteurs au premier plan, la constitutionnalité et le juridique. La question n'est donc pas d'introduire un nouveau concept de « démocratie » ou encore d'en peaufiner les contours, mais de s'assurer que les paramètres du public et de l'institutionnel correspondent, autant que possible, au désir des cosociétaires de vivre librement dans une « *res publica* libre ».

Une prise de position

Bref, il s'agit de deux modèles, de deux façons de penser, de comprendre et d'agir tout à fait différents et qui débouchent sur des résultats totalement divergents. Si l'un des modèles, le premier, celui de Kelsen, se voit attribuer la tâche d'écrire heuristiquement une doctrine de constitutionnalité et de droit étatique, l'autre modèle a pour objet de nous rappeler notre rôle et notre responsabilité en tant qu'auteur-acteur dans le puzzle constitutionnel et juridique qui caractérise notre modernité. Vu de cette façon, le modèle de réciprocité entre droit et démocratie résorbe le modèle de non-réciprocité, puisqu'il recouvre le juriste et le constitutionnaliste en tant qu'*acteurs* dans l'idée de vivre libre dans un *res publica*. Acteur et donc un participant, participant et donc responsable, car en fin de compte c'est toujours, nous le défendons avec ardeur, notre volition qui est interpellée.

Si nous avons raison, en tout ou en partie, une telle réciprocité entre droit et démocratique s'avère propice pour mettre en lumière la responsabilité du juge d'aujourd'hui. Un juge qui doit désormais, en tant qu'acteur, être au « service » de ce modèle.

2. Sur la fonction moderne de juger

En effet, la première conséquence de la thèse de co-originalité entre « droit et démocratie » concerne la manière par laquelle s'opère la « fonction de juger » à l'égard de la « légalité » et de la « légitimité ». En fait, cette thèse de co-originalité entre « droit et démocratie » se concrétise, au niveau judiciaire, par la réciprocité entre « légalité et légitimité ». Si la conception classique introduit la « légalité » et la « légitimité » en vases clos, sans communication, il convient aujourd'hui de les penser autant dans leur propre logique, qu'en communication l'une avec l'autre au niveau de la démocratie et du droit. Expliquons ces propos en récusant d'abord cette non-communication, pour ensuite envisager « légalité » et « légitimité » en communication au niveau de l'argumentation judiciaire.

Comprendre la légalité et la légitimité en parallèle

Il n'y a guère de différence entre un partisan du juspositivisme ou du jusnaturalisme concernant le parallélisme entre « légalité » et « légitimité ». Quoi que, pour des raisons différentes qui ne nous intéressent guère ici, l'un comme l'autre fonctionne avec une logique qui reproduit intellectuellement d'un côté la « légitimité », qui est toujours comprise et pensée d'une façon extra-judiciaire ou contraire à toute exigence de droit et, de l'autre côté, la « légalité » comprise et respectée dans sa dimension la plus concrète et « positiviste » que possible. En d'autres mots nous, les juristes, avons compris le parallélisme en question en suivant le paradigme du « politique » d'un côté et le « droit » de l'autre et donc la conséquence, à la fois logique et prévisible, que nous ne sommes pas compétents dans tous les domaines et qu'il nous faut aborder avec prudence un domaine aussi passionnant et passionné que la politique.

Si donc la politique est comprise comme le lieu de sélection par excellence de la législation et des textes constitutionnels, il s'ensuit aussi que ledit lieu existe dans une extériorité à l'égard de toute entreprise juridique et judiciaire. Il en découle donc que tout discours sur l'injustice et l'iniquité de la législation ou des dispositions d'un texte constitutionnel n'engage que le contestataire et la fraction à laquelle il (ou elle) appartient, l'espace public étant alors là pour lui et les siens en vue d'obtenir des changements.

Il y a quelque chose de profondément sain dans ce parallélisme entre « légalité » et « légitimité » en ce sens qu'il nous montre sans ombrage le sérieux que prend la question du droit dans notre contemporanéité, d'autant plus que ledit parallélisme constitue, sans le dire ouvertement, une membrane de protection en faveur du monde juridique (et surtout du monde judiciaire) contre le monde politique et contre l'abîme que représente toute dépendance indue portant atteinte à la « légalité ». Il est en conséquence facile de comprendre que l'insistance, autant historique que jurisprudentielle, sur la « légalité » constitue en fait un garde-fou, un mur infranchissable, contre une soumission totale et inconditionnelle aux forces politiques (ou encore, dans quelques contrées du monde, théocratiques et idéologique-totalitaires).

Positif donc et pertinent, mais aussi un sentiment de découragement, une constatation que tout cela est pensé « d'en-haut » dans une logique unilatérale de partage de compétences où il manque toutefois un élément qui est devenu - dans notre actuelle modernité juridique et politique - primordial et incontournable, à savoir le citoyen en chair et en os et surtout son rôle de « propriétaire » unique et premier du droit. Il manque donc cette insistance sur les propriétaires du droit et leur volonté de vivre dans une société bien ordonnée où le mot « droit » possède alors tout son sens moderne.

Argumentation et jugement

Ceci nous amène à l'argumentation, au fait que c'est aujourd'hui uniquement l'argumentation qui peut, juridiquement et constitutionnellement, faire le lien entre la légalité et la légitimité. En fait, l'argumentation pratique et judiciaire représente le lieu par excellence où s'épousent et se conjuguent la légalité et la légitimité.

Rappelons en ce sens que puisque la question des droits fondamentaux et la charpente constitutionnelle font référence aux textes historiquement situés, le sens que le projet juridique doit donner à ces textes doit toujours être actualisé par un processus qui ne peut pas être uniquement interprétatif. Le fait de l'interprétation ne consiste pas à découvrir ou à révéler un quelconque sens caché ou éminent, ou encore historique ou "libéral" mais, plus radicalement, à prendre le pouls du projet même de l'autolégislation.

En fait, le paradigme de l'autolégislation démocratique prend en charge l'interprétation comme projet dynamique pour le retrouver au niveau même des arguments et des raisons que nous pouvons honorer aujourd'hui. Il convient de la sorte d'enterrer le conflit interprétatif entre les partisans d'un sens "originel" et les partisans des valeurs "libérales" puisqu'aucune interprétation dans le domaine du droit ne peut se défaire des interprétations qui s'offrent déjà à eux historiquement (et systématiquement), de même qu'il est aussi vrai qu'une interprétation actualisée est irrémédiablement soumise à la liberté judiciaire (et juridique) qui ne peut se vérifier qu'au niveau argumentatif. Cela revient à dire qu'il faut soumettre le processus d'interprétation à l'auto-compréhension des auteurs et des destinataires des droits au niveau argumentatif. Il faut surtout que l'interprétation et l'argumentation autour des textes juridiques soient conçues comme étant une entreprise commune. En d'autres termes, il faut que le résultat de l'interprétation puisse être partagé de façon intersubjective par tous les cosociétaires juridiques et qu'il exprime une compréhension des auteurs du droit qui concourent à l'identité de la communauté juridique, soit un "nous" juridique.

Une telle conception de l'interprétation à l'égard des textes légaux doit nécessairement se retrouver dans l'argumentation. À un moment donné, le processus interprétatif veut "sauter" vers le développement d'arguments concernant ce qui doit être « juste » pour nous ou qui doit relever du "bien commun" que nous voulons réaliser. En nous adressant donc à ce niveau argumentatif, il convient de souligner que la légalité doit se faire, se soutenir et se prolonger par des arguments et des motifs. Que ce projet s'inscrive dans l'argumentation se voit de façon privilégiée dans le rôle de la dialectique qui sert à confirmer le rôle et les intérêts des auteurs du droit. L'argumentation sert en fait à examiner les narrations, les interprétations, les

informations et les souhaits, tant sur le plan individuel que sur le plan social et normatif, tels que les expriment les cosociétaires en leur qualité, dans un premier temps, d'auteur, pour ensuite, l'affirmer, dans un deuxième temps, en tant qu'acteurs de leurs narrations. L'objectif qui se profile au niveau argumentatif est de filtrer les arguments pour sélectionner à la fois les bons arguments et les motifs situés, procéduralement, à l'intérieur d'un projet de légalité. C'est en cela que le procès judiciaire actualise la légalité et la légitimité au bénéfice des auteurs-acteurs de droit.

L'argumentation comme antidote contre tout dogmatisme

Avec une telle compréhension de la « légalité » et de la « légitimité », comprises l'une dans l'autre, la fonction de juger sera toujours de comprendre les auteurs-acteurs du droit dans une argumentation ouverte. Le propre du droit ne peut jamais être l'instance interprétative ou non plus s'englober dans les théories de l'interprétation qui se bousculent devant le prétoire. En fait, ces théories de l'interprétation, dites de « droit », deviennent contre-productives et néfastes puisqu'elles captent alors l'intérêt, à leur détriment, et obscurcissent le côté pratique du droit potentiellement réalisable.

En ce sens, il existe des raisons de récuser une tendance de plus en plus forte dans la théorie du droit qui consiste à utiliser le paradigme « interprétatif » en tant que « véhicule » ou méthode pour faire accepter des positions ou des philosophies particulières, ou extra-juridiques et éthiques. L'inflation de telles théories ou encore des « nouveaux concepts » semés à tout vent à titre de fondement, comme par exemple la super-constitutionnalité, l'infra-constitutionnalité, la constitution non-écrite ou encore des règles constitutionnelles non-écrites, les principes constitutionnels et ainsi de suite (sans aucun souci de complétude!), nous renseigne amplement sur ce désir singulier de doper la possibilité du droit au profit de la théorie, qu'elle soit utilisée comme fondement ou technique d'analyse. Le risque ici est que le paradigme de l'interprétation devienne un leurre pour l'esprit et une justification en soi, d'où le risque élevé de dogmatisme et de courte-vue, là où il faut le contraire. En se concentrant sur l'aspect argumentatif, il faut insister sur le fait que ce sont les « voix » qui doivent nous guider et nous convaincre dans notre souci de compréhension.

3. Sur la philosophie du juge moderne

Si nous avons raison quant à la thèse de co-originalité entre « droit et démocratie », il s'ensuit qu'aujourd'hui le jugement judiciaire doit se comprendre dans l'exigence d'un « rendre compte » démocratique. Au-delà du simple fait

qu'un jugement judiciaire constitue le « droit » pour les parties directement impliquées, il convient de le comprendre au-delà et surtout de l'envisager en tant que composante d'un processus d'apprentissage étendu quant à la constitutionnalité et au juridique. Il ne doit donc pas être conçu comme un résultat final, mais plutôt comme un « *momentum* » dans un dialogue « communicationnel » toujours en mouvement.

Examinons ce dialogue sous deux aspects, d'abord le caractère « non fini » se rattachant désormais à tout jugement judiciaire en tant qu'un rendre compte démocratique, pour ensuite analyser, logiquement, cette non-finitude qui fait en sorte d'insérer, positivement ou négativement, tout jugement judiciaire dans un processus de formation de volonté et d'opinion démocratique.

Un rendre compte démocratique

Une philosophie moderne du juge ne peut faire la sourde oreille aux clameurs de ce monde, ni aux voix faibles ou, à la limite, à l'inaudible. Le « juge » en tant que carrefour des attentes, ou encore le jugement judiciaire, est lui-même un objet de jugement et surtout un instrument permettant d'écouter les voix qui lui parviennent par la voie argumentative.

Les opinions qu'expriment les gens ordinaires doivent être respectées et considérées puisqu'elles composent un terreau fertile où se développent les interprétations et les arguments par lesquels se concrétisent les jugements dans nos affaires politiques, sociales, économiques, juridiques et constitutionnelles. Si le domaine du droit, réaffirmons-le, ne se constitue en aucune façon en tant qu'« interprétation » (ou encore de « traduction ») – ce qui nous amènerait inéluctablement à une conception théologico-politique (quoique entièrement laïque et plutôt païenne) qu'il convient d'éviter autant que la peste – admettons que toute question portant sur le droit se présente *a priori* comme une « argumentation » et surtout comme structurée sur le mode d'une argumentation en attente de jugement, du jugement des cosociétaires. La réalité juridique qui s'offre à nous met ainsi l'accent sur l'individu et sur les ressources individuelles disponibles en faveur d'un droit moderne. En fin de compte, toute question du droit se confirme ou se trahit au niveau des individus!

Il est opportun de souligner que former des jugements publics n'est certainement pas la même chose que d'avoir et de formuler des opinions. Contrairement à beaucoup de philosophes du droit qui adoptent trop rapidement une attitude de mépris et de dédain à l'égard des opinions, convenons qu'il ne s'agit là que d'un aveu de leur dédain et de leur idéalisation d'une philosophie des « hauteurs béantes ». Loin de telles impasses, reconnaissons l'intérêt et le respect pour les opinions, quelles qu'elles soient, telles qu'elles expriment fidèlement ce qui se pense et se

ressent dans une société. Il faut tendre l'oreille puisque les « opinions » nous permettent de comprendre, autant que faire se peut, les motifs, les attentes et les morales des cosociétaires; bref, elles nous donnent un aperçu de la « vie interne » des hommes et des femmes ordinaires. Pourquoi alors se couper intellectuellement d'une des sources les plus importantes pour comprendre l'engagement des individus en faveur du droit et surtout de leur volonté d'instaurer un jugement juridique à leur mesure comme moyen de régler leurs différends?

Il n'y a rien qui puisse « se fonder en raison » en ce qui concerne le droit. Un tel discours ne relève que des naïvetés naïves, sinon exprime l'orgueil des philosophes endormis et l'attachement irrationnel qu'ils manifestent à leur « système »! À leur rencontre, retenons que le droit n'a aucun fondement et que s'il existe des autorités, il n'en demeure pas moins vrai que nous naviguons toujours avec les moyens du bord. L'horizon d'une solution juridique de nos querelles dépend de notre volonté et de notre engagement – de même que des ressources saines de la tradition juridique – en faveur d'une issue en droit. C'est en fait sur les ressources saines qu'il faut insister, autant chez les cosociétaires que chez les juristes, en rappelant que le droit est toujours écrit sur le mode « faire ».

D'ailleurs rien ne changerait sans un esprit démocratique, à savoir sans une conscience démocratique chez les hommes et les femmes, une conscience ayant confiance en un droit possible et qui a été d'un si grand secours pour former les sociétés occidentales et modernes. Un tel esprit démocratique, ou encore cette conscience d'un droit possible fait par et pour nous, ne tombe toutefois pas du ciel. Il se construit pas à pas par nos engagements, par nos volontés, par nos opinions et par des jugements publics se faisant librement et sans contrainte. C'est un travail de Sisyphe qui nous attend – et mille ans ne seront certainement pas assez!

Sur la formation de la volonté et de l'opinion

Une philosophie du juge fait également appel à la question de la formation de la volonté et de l'opinion. Il faut en ce sens souligner qu'il nous est interdit de penser cette formation comme la tâche d'une élite éclairée, qu'elle soit un juge ou un tribunal. Il faut récuser toute compréhension qui fait du juge un nouveau maître en vue d'instruire, de guider ou d'éclairer le peuple. Une telle conception n'a aucune valeur, sinon de véhiculer un paternaliste (ou maternalisme) contre-productif et méprisant. Il faut donc comprendre cette question autrement.

Il s'agit alors de mettre l'accent sur le fait que la volonté et l'opinion « publiques » ont principalement deux fonctions. L'une est de soutenir la formation d'un "nous juridique" là où il n'existe factuellement que des « je ». Dans ce sens, la promesse de l'autolégislation qui caractérise si bien la modernité juridique a

besoin de faire concorder l'autonomie privée et publique, ce qui ne peut s'envisager que dans une telle formation de la volonté et de l'opinion. L'autre fonction est de mettre en marche la thématization de notre situation individuelle, sociale ou culturelle et les perspectives de changement que nous voulons y apporter. C'est dans le processus de formation de la volonté et de l'opinion que nous devons retrouver les arguments et les informations qui peuvent nous permettre de comprendre les divergences de vue pour ainsi les apprécier à leur juste valeur.

Il s'ensuit que la formation d'une volonté et d'une opinion publiques renvoie alors aux démocrates qui souhaitent vivre dans le cadre d'un projet juridique commun et à leur mesure. La légitimité est ainsi implantée dans les mentalités modernes et démocratiques, avec des hommes et des femmes qui sont conscients de leur "droit" d'être des auteurs, des acteurs et des destinataires du droit, conscients de leur "droit" de puiser dans leurs ressources personnelles disponibles. Cela exige que tout ce qui peut être considéré comme légitime doive être agréé par des cosociétaires du projet juridique moderne, en leur qualité d'auteurs-acteurs.

Il s'ensuit qu'un jugement judiciaire, comme élément de notre puzzle, s'adresse, en plus du destinataire immédiat, à la conscience des démocrates. Il s'adresse à l'espace public sans gloire et sans autorité pour y provoquer des débats, des discussions et surtout la prise de position sur le oui et le non. Or, souvent le « non » fait davantage honneur à notre modernité juridique qu'un « oui » servile!

Sur la relativité de toute chose

Si la compétence judiciaire tire sa source de la volonté des auteurs-acteurs de « vivre libres dans un *res publica* libre », il s'ensuit aussi que cette compétence s'arrête devant la conscience démocratique des citoyens compris dans leur dimension politique. Une fois admis que les cosociétaires devraient être compris dans leur capacité d'autonomie, c'est alors la lutte contre l'arbitraire et contre le pouvoir de l'homme-sur-l'homme qui doit nous préoccuper.

4. Sur un « nous juridique » moderne

Le dernier aspect sur lequel nous voulons dire quelques mots concerne le rôle fondamental que joue le paradigme d'un « nous juridique » dans la fonction du juge. Si, en tant que maître de la procédure, le juge énonce la norme à appliquer en dernier lieu, il le fait à partir des arguments et des raisons énoncés au prétoire. Le juge pèse les arguments et les raisons quant à la norme juridique à appliquer ou à construire et surtout, il effectue l'arrimage de la norme juridique avec l'état présupposé des "sources du droit". Il inscrit l'énonciation de la norme dans le "nous" juridique, ce

qui confirme le projet moderne du droit et le discours d'application des normes dans la perspective de la première personne du pluriel, le *nous*, s'exprimant concrètement dans l'espace juridique. Or, cette opération s'effectue en se référant implicitement à l'État de droit en tant que sphère publique du droit d'une société moderne, démocratique et pluraliste. Il faut maintenant insister sur la stabilisation du jugement judiciaire d'abord en ce qui concerne l'espace public et le juge moderne et ensuite, l'espace public considéré comme un apprentissage juridique, moral et politique.

L'espace public et le juge moderne

Nous avons dit que l'élaboration du jugement judiciaire se produit dans un des espaces publics distinctif et qu'il est élaboré dans une logique de controverse, de contradiction, de bataille entre les auteurs-acteurs du droit. Cette conception du droit, laquelle tire sa légitimité et sa légalité dans les arguments des auteurs-acteurs du droit, fait en sorte que la norme juridique n'est pas un baume irénique à appliquer sur les plaies de la société. Avant tout rendement irénique, le droit doit être construit dans une perspective assurant la juridicité. Le droit peut alors être vu comme un projet, un apprentissage juridique quant aux droits que nous pouvons mutuellement nous donner en tant qu'auteurs-acteurs rationnels.

Insistons sur l'espace juridique comme un des lieux démocratiques permettant, aux niveaux individuel et collectif, la formation d'une volonté commune pouvant prendre en charge ce "*nous*" juridique déjà évoqué. En ce qui concerne l'individu, cette conception nous permet de le voir imbriqué dans la société de son temps, comme une partie intégrante d'une multitude de réseaux de relations ou de domaines du monde vécu. Plus important encore, elle nous permet de voir les intérêts qui émergent des histoires de vie et qui expriment, librement racontées, des expériences de tout ce qui porte un visage humain. C'est grâce aux ressources puisées dans le monde vécu que nous pouvons agir comme des sujets rationnels, personnalisés et socialisés. C'est encore notre assise en tant que réservoir de normativité et de solidarités concrètes, argumentativement disponibles pour énoncer les discours du droit. L'espace juridique, au plan individuel, donne une tribune au fait de vivre en société, de même qu'une voix à l'individu concernant les droits que nous devons mutuellement nous accorder.

En ce qui concerne le niveau collectif, l'espace juridique offre un lieu de communication thématissant les intérêts de tous. L'espace juridique peut être considéré comme une scène servant à thématiser, tester et ultimement à légitimer des solutions politiques et normatives. L'espace public devient le lieu de l'utilisation publique de la raison, ou plus précisément l'espace où se forment et se thématissent des arguments et des motifs. L'essence de cet espace est son aspect public, en ce sens que toute

argumentation se fait en face de toute personne intéressée. L'espace juridique nous permet en somme de découvrir les thèmes pertinents pour l'ensemble de la société, d'interpréter les valeurs, de contribuer aux résolutions des problèmes et de produire de bonnes raisons tout en écartant les mauvaises. Tout cela est nécessaire pour le projet moderne du droit: les personnes "testent" les droits qu'elles doivent réciproquement s'accorder l'une et l'autre.

Il s'ensuit qu'il convient de comprendre l'espace public politique comme une caisse de résonance ou encore un système d'alerte doté d'antennes sensibles aux vibrations à l'échelle de l'ensemble de la société. L'espace public reproduit, en ce sens, linguistiquement et communicationnellement les problèmes qui ne trouvent de solution nulle part ailleurs et représente un endroit pour formuler les problèmes de façon convaincante et *influyente*, pour les dédramatiser et pour proposer des solutions permettant d'alimenter notre désir de vivre dans une *res publica* libre. L'espace public sert, du point de vue de la théorie de la démocratie, à renforcer la pression qu'exercent les problèmes eux-mêmes de façon à ce qu'ils puissent être traités par le système politique et ultimement être repris et traités par l'ensemble des organismes parlementaires et éventuellement, à leur façon, se voir concrétiser dans des textes législatives.

Le juge devant le rôle normatif de l'espace public

Commençons avec le rôle "normatif" de l'espace public puisqu'il devient ainsi l'interlocuteur principal de tout juge moderne. Conceptualisons l'espace public comme étant une structure de communication, comme un espace langagier formé par le pouvoir communicationnel des individus en chair et en os considérés comme étant les auteurs-acteurs de leurs droits.

Que l'espace public ait à jouer un rôle primordial quant à la légitimité se comprend aisément. En fait, l'espace public joue le rôle de terreau pour l'autolégislation des démocrates, les auteurs-acteurs du droit. C'est dans cet espace public que doivent se déployer les arguments et les raisons quant au processus de définition et de sélection de nos droits. Dans ce sens, l'espace public sert à inventer les "mesures" que les démocrates choisissent d'adopter pour traiter des problèmes ou leurs attentes. Mais la vraie preuve de la légitimité, c'est son épreuve factuelle dans l'espace existant effectivement.

L'espace public a une histoire qui a pu se réaliser dès le début de la modernité pour se concrétiser par la suite comme culturellement, politiquement, socialement et juridiquement. Or, le problème même de l'espace public vient de sa facticité et du constat qu'il est le plus souvent monopolisé par des forces économiques, politiques,

etc., voire qu'il doit fonctionner à partir de prémisses de différentes formes d'hétérogénéité. La légitimité, qui peut se faire effectivement dans l'espace public, ne peut en conséquence que dépendre d'un idéal normatif communicationnel d'égalité et de liberté souvent difficile à réaliser dans nos sociétés modernes.

À côté de la distribution inégale du pouvoir se trouve le fait que l'espace public puisse, dans notre modernité, être continuellement manipulé, détourné, dépolitisé, etc. Pire encore, l'inégalité économique, politique ou simplement symbolique, peut être pervertie jusqu'à devenir une menace même pour la démocratie. Il y a donc des raisons de nous mettre en garde contre la possibilité de manipulation d'informations pouvant détourner l'espace public de son rôle normatif.

Pourtant, au-delà de tout ce que nous pouvons dire sur la situation souvent très inégalitaire de l'espace public, il faut souligner, dans une perspective non-métaphysique, que nous ne possédons pas d'autres ressources pour faire l'expérience de la légitimité. Il est en conséquence important d'insister continuellement sur la perspective visant à renforcer le rôle de l'espace public, de même que sur l'exigence moderne de débusquer toute manipulation, tromperie, démagogie, etc., à son égard. Aussi longtemps que la démocratie met en avant une exigence d'égalité, tout doit être fait pour contrecarrer la manipulation dans l'espace public. En effet, si la non-fondation de la légalité ne fait que la confirmer comme ouverte, si la légalité institutionnelle est procédurale et démocratique, il s'ensuit rationnellement que la légalité, vue à partir de la société ou de la *périphérie*, doit toujours être considérée comme en gestation, en devenir.

Conclusion : Responsabilité juridico-démocratique

Arrivé à la fin de notre puzzle, il convient en dernier lieu d'insister sur notre responsabilité d'assurer que le mot « juge » sonne agréablement aux oreilles des citoyens et que la notion de « démocratie » ne sera pas considérée comme une farce jouée aux dépens de ces derniers. Si le travail des juges n'a guère changé techniquement et procéduralement, un changement énorme est en train de se réaliser quant au cadre démocratique où s'effectue ce travail et surtout quant aux attentes que les citoyens manifestent aujourd'hui à l'égard des tribunaux judiciaires ou constitutionnels dans des démocraties modernes et avancées. Il convient d'être à l'écoute et d'assurer la responsabilité juridico-démocratique qu'occupe tout praticien du droit et bien sûr le juge en tant qu'acteur de la constitutionnalité et du juridique au service du « nous juridique ».

Si nous avons raison en disant qu'il faut comprendre le thème « juge et démocratie » par sa plus petite composante, à savoir le « propriétaire du droit », il faut théoriser davantage la question de « responsabilité » et la concevoir en tant que responsabilité juridico-démocratique. Il faut comprendre ce concept en tant qu'un « rendre-compte », tout comme un ordre démocratique se caractérise par le fait que tout détenteur d'un « pouvoir », d'une « décision » ou d'une « gérance », se place dans une logique où il doit « rendre compte ». Tout « pouvoir », toute « décision », toute « gérance », tout « jugement » ne doit se faire que pour et au nom de tous, de tous les citoyens en tant que tels et surtout en tant que « propriétaires du droit » (et de la constitutionnalité) dans la réalisation du « nous juridique ». « Rendre-compte » signifie que toute charge publique s'accompagne, certes d'une nécessité de justification et de légitimation dans des textes législatifs et constitutionnels, mais également à l'égard des « propriétaires du droit ».

Vu de cette façon, il faut savoir que si le « pouvoir » judiciaire aime être caché dans l'ombre de cabinets obscurs, il faut exiger qu'il s'expose, qu'il se fasse « public ». L'exercice du « pouvoir » doit être public en tant qu'élément d'une conception démocratique même de celui-ci; en conséquence, le tandem « juge et démocratie » représente alors ces deux dimensions de la vie juridique et de la vie démocratique qui s'épousent et se conjuguent en faveur d'une *res publica* libre dans laquelle les auteurs-acteurs du droit argumentent et alimentent la société dans un espace public qui considère et favorise la formation de notre « nous » juridique.

¹ Conférence donnée au Seminario Internacional « Instituciones Judiciales y Democracia. Bicentenario de la Independencia y Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910 », Bogotá 2,3, y 4 de Noviembre 2010. Nous remercions l'Ambassade de Canada à Bogota, Colombie – par l'intermédiaire du Programme de relations académiques internationales des Affaires étrangères et du commerce international Canada – pour la subvention financière qui nous a permis de participer à cette conférence.

* Bjarne MELKEVIK, Professeur en science juridique à la Faculté de droit à l'Université Laval (Québec – Canada). Bjarne.Melkevik@fd.ulaval.ca

**PRINCIPIUL EGALITĂȚII ARMELOR ȘI AL CONTRADICTORIALITĂȚII
ÎN LUMINA JURISPRUDENȚEI C.E.D.O. EFECTELE ACESTOR
PRINCIPII ASUPRA INTEROGĂRII MARTORILOR**

Hunor KÁDÁR*

Abstract: The principle of equality of arms and the principle of adversarial process in the jurisprudence of the e.c.h.r. the effects of these principles on the cross-examination of witnesses In the present study the author makes a concise presentation of the principle of equality of arms based on the motivation of the European Commission of Human Rights in the cases *Pataki and Dunshirn v. Austria* and *Ofner and Hopfinger v. Austria*, opinions which were reiterated by the European Court of Human Rights too in the cases *Delcourt v. Belgium* and *Bogers v. Belgium*.

In the jurisprudence of the Strasbourg Court the principle of equality of arms is regarded as a fundamental one which finds application in both civil and penal cases, being at the same time an essential component of the notion of right to a fair trial. Furthermore the dispositions found in the art. 6 parag. 3 letter d) of the European Convention of Human Rights does not represent anything less than the punctual expression of the larger concept of equality of arms, although this concept does not have the call of guaranteeing a mathematical equality between the parties. As a result the right set in the art. 6 parag. 3 lit. d) of the European Convention on Human Rights is not an absolute right.

In relation to the principle of adversarial process, in the case of *Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain* the European Court of Human Rights had emphasized that every element of proof, the ones with testimonial nature also, must be presented in the accused's presence, in a public session, within an adversarial debate. On the contrary in the case of *Unterpertinger v. Austria* the supranational court stated that the rights set in the art. 6 parag. 3 letter d) of the European Convention on Human Rights is not entrenched upon, if the accused had an adequate opportunity to exercise it in a certain phase of the penal process, which was reiterated in the case of *Kostovski v. Netherlands*. As a result the Strasbourg Court had emphasized again that the rights set in the art. 6 parag. 3 letter d) of the European Convention on Human Rights are not absolute and their exercise could be limited for different reasons: fight against organized crime, the interests of the witnesses, members of the accused's family or the protection of the victims of certain crimes with sexual nature.

Cuvinte cheie: Curtea Europeană a Drepturilor Omului, principiul egalității armelor, principiul contradictorialității, Convenția Europeană a Drepturilor Omului, interogarea martorilor

Key words: European Court of Human Rights, the principle of equality of arms, the principle of adversarial process, European Convention on Human Rights, witness cross-examination

1. Principiul egalității armelor

Potrivit art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului¹ “orice acuzat are, în special, dreptul să audieze sau să solicite audierea martorilor acuzării și să obțină citarea și audierea martorilor apărării în aceleași condiții ca și martorii acuzării”. S-a arătat că dispozițiile menționate în rândurile de mai sus grupează, de fapt, trei elemente²: 1.) dreptul acuzatului de a adresa întrebări martorilor acuzării; 2.) dreptul acuzatului de a obține citarea și interogarea martorilor apărării; 3.) egalitatea de tratament între acuzare și apărare în ceea ce privește citarea și interogarea martorilor. Se poate observa că art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție se referă atât la martorii acuzării, cât și la martorii apărării, în această privință fiind exprimată exigența citării și audierii acestor două categorii de martori “în aceleași condiții” pentru a fi asigurat astfel echilibrul procesual între acuzare și apărare, condiție indispensabilă realizării unui proces echitabil³. Cu alte cuvinte, textul analizat nu este altceva decât o expresie punctuală a conceptului mai larg de *egalitate a armelor*, urmând ca în analiza conținutului său, instanța europeană să-l interpreteze ca atare⁴. Acest principiu trebuie să fie respectat în aceleași condiții atât în statele membre care au optat pentru un sistem de drept de tip anglo-saxon, cât și în statele membre în care se aplică sistemul de drept de tip romano-germanic⁵. Trebuie menționat că principiul egalității armelor este în strânsă legătură cu noțiunea de drept la un proces echitabil, consacrat prin art. 6 parag. 1 din Convenție⁶. Curtea de la Strasbourg a subliniat că principiul egalității armelor este doar o componentă a noțiunii generale de drept la un proces echitabil⁷. În cadrul art. 6 din Convenție nu găsim o definiție a noțiunii de “proces echitabil”, iar parag. 3 al acestui articol reglementează anumite “drepturi minime” care pot fi calificate ca fiind elemente fundamentale ale noțiunii de “proces echitabil” și, totodată, completează gama drepturilor înscrise în art. 6 parag. 1 din Convenție⁸. Din aceste considerente, în soluționarea cererilor formulate pe baza parag. 3, Curtea de la Strasbourg a avut în vedere și dispozițiile cuprinse în cadrul parag. 1 al art. 6 din Convenție⁹. Mai mult, în ipoteza în care Curtea constată că drepturile reclamantului garantate de parag. 3 nu au fost încălcate, are obligația de a analiza, în continuare, dacă au fost respectate și drepturile cuprinse în cadrul parag. 1. În aprecierea unei eventuale încălcări a Convenției, se impune ca organul supranațional să facă o analiză atentă, raportată la întregul proces penal și nu la o anumită fază a acesteia, deoarece un act efectuat într-un anumit moment al procesului poate avea relevanță în această privință doar în ipoteza în care are aptitudinea de a submina în sine caracterul echitabil al procesului penal¹⁰.

Principiul egalității armelor a fost aplicat în cauze penale pentru prima dată de către Comisie în cauzele *Pataki și Dunshirn v. Austria*, respectiv *Ofner și Hopfinger v. Austria*. În cauza *Pataki*¹¹ Comisia a tratat procurorul ca pe o “parte adversă”

care avea interese contrare cu cele ale acuzaților, având în vedere că în cursul judecării apelului procurorul a urmărit agravarea situației acestora, solicitând pronunțarea unei sancțiuni mai severe. Trebuie subliniat că nici acuzații și nici apărătorii acestora nu au avut dreptul de a participa la judecarea căii de atac. În schimb, în cauza *Ofner*¹² Comisia a ajuns la concluzia că în cursul judecării apelului procurorul a avut o poziție imparțială și obiectivă, deoarece nu a influențat în niciun fel decizia instanței de judecată. Din aceste considerente, acuzarea nu a beneficiat de un tratament diferențiat prin faptul că, spre deosebire de apărătorul acuzatului, procurorul avea dreptul de a fi prezent la judecarea căii de atac. În consecință, Comisia a constatat că, în această ultimă cauză, a fost respectat principiul egalității armelor. Aceste considerente, reținute de către Comisie în cauzele *Pataki și Ofner*, au fost utilizate de Curtea de la Strasbourg în cauzele *Delcourt v. Belgia și Borgers v. Belgia* pentru aprecierea măsurii în care a fost respectată principiul egalității armelor. În cauza *Delcourt*¹³ Curtea a ajuns la concluzia că principiul menționat nu a fost încălcat prin aplicarea unei practici a instanțelor belgiene, potrivit căreia “Avocatul General”, care funcționa în cadrul parchetului de pe lângă Curtea de casație și justiție, avea dreptul de a participa cu vot consultativ la deliberarea efectuată de completul de judecată. Curtea a arătat că, în cauza de față, “Avocatul General” nu putea fi asimilat unei părți care avea interese contrare cu cele ale acuzatului, deoarece acesta avea obligația de a verifica dacă în cursul deliberării membrii completului de judecată au analizat cauza sub toate aspectele, nefiind implicat în procesul de stabilire a culpabilității acuzatului. Cu douăzeci de ani mai târziu, cu ocazia soluționării cauzei *Borgers*¹⁴, în care reclamantul a criticat caracterul echitabil al aceleiași proceduri care a făcut obiectul analizei și în cauza *Delcourt*, Curtea a ajuns la o concluzie radical diferită. Aceasta a arătat că “în ultimii ani drepturile apărării și principiul egalității armelor au trecut printr-un proces de evoluție considerabilă în jurisprudența Curții, astfel, încât practica instanțelor belgiene nu mai poate fi considerată ca fiind compatibilă cu exigențele impuse de art. 6 parag. 1 din Convenție”. Curtea notează în continuare că “chiar dacă nu există nicio îndoială asupra obiectivității cu care parchetul de pe lângă Curtea de casație și justiție se achită de funcțiile sale, opinia sa nu ar putea trece drept neutră din punctul de vedere al părților în instanță. Recomandând admiterea sau respingerea recursului unui acuzat, magistratul Ministerului Public devine aliatul sau adversarul acestuia”. Judecătorul *Martens*, în opinia sa separată notează că, în urma efectuării unei analize detaliate, nu a găsit niciun motiv rezonabil care ar putea fundamenta soluțiile diferite la care s-a ajuns în urma instrumentării celor două cauze, prezentate în rândurile anterioare: criticile formulate de către reclamanți erau identice; în ambele cauze era analizată aceeași practică judiciară belgiană; starea de fapt a celor două cauze era aproape identică¹⁵.

În cauza *Dombo Beheer B.V. v. Olanda*¹⁶ Curtea de la Strasbourg a arătat că imperativele inerente noțiunii de proces echitabil nu sunt în mod necesar aceleași în litigiile referitoare la drepturi și obligații cu caracter civil ca și în cauzele privind acuzațiile în materie penală (ca dovadă: absența, în cazul primelor, a clauzelor detaliate asemănătoare parag. 2 și 3 din art. 6). Totuși, analizând deciziile pronunțate de Curte în cauzele civile, se pot identifica anumite principii legate de noțiunea de proces echitabil. Astfel, exigența egalității armelor, în sensul unui echilibru just între părți, are valoarea unui principiu atât în materie civilă, cât și în materie penală. Curtea consideră că în litigiile având ca obiect interese private egalitatea armelor implică obligația de a oferi fiecărei părți o posibilitate rezonabilă de a-și prezenta probele în condiții care să nu o plaseze într-o situație dezavantajoasă în comparație cu adversarul său. Trebuie subliniat că dispozițiile cuprinse în art. 6 parag. 3 din Convenție sunt aplicabile doar în privința “persoanelor acuzate de săvârșirea unei infracțiuni” (everyone charged with a criminal offence)¹⁷. În jurisprudența Curții de la Strasbourg, noțiunea de “acuzație” este interpretată în sens larg, având o semnificație autonomă¹⁸. Astfel, ea trebuie definită mai degrabă în sens material decât formal și se referă la “existența unei notificări din partea autorităților cu privire la imputarea săvârșirii unei infracțiuni”. În acest sens, este suficientă luarea unor măsuri care să presupună existența unei astfel de imputări și care să antreneze consecințe importante cu privire la situația persoanei suspectate¹⁹. Sunt considerate ca fiind asemenea măsuri care presupun existența unei “acuzații” în sensul autonom al Convenției: percheziționarea unei persoane sau a domiciliului unei persoane, confiscarea anumitor bunuri, cererea de ridicare a imunității parlamentare, mandatul unui judecător de punere sub sechestrul a unei clădiri, arestarea unei persoane, începerea urmăririi penale și înghețarea contului bancar al unei persoane²⁰.

În literatura de specialitate s-a subliniat²¹ că principiul egalității armelor nu are menirea de a garanta o egalitate matematică între părți, acest principiu nu impune ca pentru fiecare martor propus de procuror și admis de către instanță să se admită unul și avocatului apărării. De aceea, s-a afirmat că dreptul înscris în art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție nu este un drept absolut, el neputând să confere acuzatului dreptul de a convoca orice martor, judecătorul național având o marjă largă de apreciere în ceea ce privește oportunitatea citării unui martor al apărării, cu condiția ca martorii acuzării să fie convocați cu respectarea aceluiași condiții²². Cu alte cuvinte, instanțele naționale au libertatea de a decide asupra admisibilității probelor atât timp cât prin exercitarea acestui drept de apreciere nu se încalcă principiul egalității armelor și dreptul la un proces echitabil al acuzatului. Astfel, judecătorul național are posibilitatea de a refuza audierea unui martor al apărării, dacă apreciază că declarația acestuia nu are aptitudinea de a contribui la procesul de stabilire a adevărului²³. Comisia a subliniat că nu intră în competența sa posibilitatea de a aprecia asupra temeiniciei încuviințării mijloacelor de probă, admisibilitatea probelor

fiind o chestiune care ține de competența legiuitorului național, revenind jurisdicțiilor naționale sarcina de a administra mijloacele de probă²⁴. Rolul Comisiei și al Curții este acela de a verifica dacă procedura judiciară în ansamblul său, incluzând modalitatea de administrare a probelor, a fost echitabilă²⁵. Din cele menționate în rândurile anterioare, nu se poate trage concluzia că legiuitorul național se bucură de o libertate nelimitată în privința reglementării modalității de admitere și administrare a mijloacelor de probă, iar judecătorul național poate exercita fără restricții dreptul de apreciere asupra admisibilității probelor. Având în vedere că probațiunea este “sufletul” procesului penal, Curtea de la Strasbourg are competența de a aprecia *calitatea* procesului de probațiune²⁶. Comisia a arătat că art. 6 par. 3 lit. d) din Convenție impune ca instanța națională să-și motiveze decizia prin care respinge o cerere având ca obiect audierea unui martor în apărare²⁷. Totodată, și persoana care solicită citarea unui martor în apărare are obligația de a arăta care sunt acele motive pentru care consideră că audierea martorului este indispensabilă pentru justa soluționare a cauzei²⁸. În cauza *Vidal v. Belgia*²⁹ reclamantul a fost achitat în prima instanță. În cursul judecării apelului declarat de către parchet, reclamantul a formulat o cerere prin care solicita audierea a patru martori în apărare. Instanța de apel a pronunțat condamnarea reclamantului fără să fi procedat la citarea celor patru martori propuși de către apărare. Curtea a arătat că instanța de apel trebuia să se dovedească mai determinată în a permite audierea martorilor, pentru a înlătura orice posibil dubiu în aprecierea probelor, fiind cel puțin bizară condamnarea reclamantului în apel, pe baza aceluiași mărturii din prima instanță și fără a se permite acuzatului să propună vreun alt martor. În cauza *Ninn-Hansen v. Danemarca*³⁰ Curtea de la Strasbourg a arătat că în ipoteza în care instanța supremă națională, competentă să judece un anumit litigiu pe fond, a decis să nu asculte doi martori propuși de reclamant, cu motivarea că mărturiile acestora nu aveau nicio semnificație cu privire la problemele asupra cărora ea trebuia să se pronunțe – condamnarea reclamantului bazându-se pe probe scrise și pe depozițiile a 42 de martori, dintre care unii propuși de reclamant – nu se poate susține că decizia instanței naționale (de a nu audia cei doi martori în apărare) ar fi fost luată în mod arbitrar sau că reclamantul ar fi fost condamnat pe baza unor elemente de probă insuficiente, astfel că dispozițiile art. 6 par. 3 lit. d) din Convenție nu au fost încălcate.

2. Principiul contradictorialității

Majoritatea dispozițiilor înscrise în art. 6 din Convenție au menirea de a asigura că acuzatul are o posibilitate efectivă de a se implica în procesul penal. Astfel, persoana acuzată trebuie să aibă oportunitatea de a-și exprima opinia cu privire la mijloacele de probă care se administrează în cursul procesului. În acest sens, este absolut necesar ca judecătorul național să respecte exigențele impuse

de principiul contradictorialității, care presupun că hotărârea instanței trebuie să fie fundamentată pe mijloace de probă care au fost administrate în cursul judecării și care au făcut obiectul unei dezbateri contradictorii, fiecare parte având posibilitatea de a-și exprima punctul de vedere cu privire la fiecare mijloc de probă admis de către instanță. Doar în aceste condiții poate să aibă acuzatul o oportunitate adecvată de a testa fiabilitatea mijloacelor de probă³¹. În mod tradițional, se considera că exercitarea dreptului de a interoga martorii acuzării poate ajuta organul jurisdicțional în verificarea credibilității martorului, contribuind la procesul de aflare a adevărului. Într-un sistem procesual de tip inchizitorial această justificare nu poate fi susținută cu aceeași forță ca într-un sistem procesual de tip acuzatorial, totuși, nu poate fi contestat faptul că, indiferent de sistemul procesual care este aplicabil într-un anumit stat, dreptul inculpatului de a interoga martorii acuzării este considerat ca fiind un element fundamental al principiului egalității armelor³².

Trebuie subliniat faptul că Curtea de la Strasbourg nu a adoptat un punct de vedere stabil în ceea ce privește faza procesuală în care se poate exercita dreptul de interogare a martorilor acuzării. În vederea susținerii acestei afirmații, vom efectua o succintă analiză a jurisprudenței Curții în materia interogării martorilor. Autorii opiniei separate, formulate în legătură cu raportul Comisiei în cauza *Unterpertinger v. Austria*³³, au susținut că drepturile înscrise în art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție nu sunt încălcate în situația în care acuzatul are o oportunitate adecvată de a interoga martorii acuzării și de a testa credibilitatea acestora *într-o anumită fază a procesului penal*. Curtea, în decizia sa în cauza *Unterpertinger*³⁴ – prin care și-a însușit considerentele reținute în opinia separată despre raportul Comisiei – a făcut referire pentru prima dată la faptul că dreptul înscris în art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție ar putea fi exercitat și în afara instanței de judecată. Pe de altă parte, în cauza *Barberá, Messegué și Jabardo v. Spania*³⁵ Curtea a subliniat că toate elementele de probă trebuie, în principiu, să fie administrate în fața acuzatului, în ședință publică, în cadrul unei dezbateri contradictorii. Astfel, s-ar putea să pară că Curtea și-a schimbat poziția adoptată în cauza *Unterpertinger*, impunând în mod expres necesitatea administrării tuturor mijloacelor de probă în faza de judecată a procesului penal. Un an mai târziu, în motivarea deciziei sale, adoptate în cauza *Kostovski v. Olanda*³⁶, Curtea de la Strasbourg a făcut referire la considerentele reținute în cauza *Unterpertinger*, arătând, încă odată, că admiterea de către judecătorul național a unei mărturii administrate în cursul urmăririi penale nu încalcă dreptul acuzatului la un proces echitabil, în situația în care apărarea a avut *“o oportunitate adecvată”* de a testa fiabilitatea mărturiei cu ocazia administrării acesteia sau într-o fază ulterioară a procesului. Pe de altă parte, Comisia, în decizia sa adoptată în cauza *Cardot*³⁷, a reținut că respectarea dreptului la un proces echitabil și a

principiului egalității armelor impune ca martorii acuzării să fie audiați și interogați în fața instanței de judecată, în cadrul unei ședințe publice. Totodată, Comisia a subliniat că, în lipsa respectării acestor exigențe, instanța națională va fi privată de posibilitatea de a verifica în mod nemijlocit credibilitatea martorului.

Având în vedere jurisprudența prezentată în rândurile de mai sus, se poate afirma că, în opinia Curții, respectarea strictă a principiului contradictorialității, prin interogarea martorilor acuzării în ședință publică, trebuie privită, mai degrabă, ca o situație de excepție și nu ca o regulă care ar trebui să guverneze procesul de administrare a mijloacelor de probă. Astăzi, poziția adoptată în cauzele *Unterpertinger* și *Kostovski* constituie regula de bază în materia interogării martorilor, potrivit căreia caracterul echitabil al procesului este verificat în raport de existența unei oportunități adecvate de interogare a martorilor acuzării, oportunitate care poate fi acordată acuzatului în **oricare dintre fazele procesului penal**³⁸. În consecință, s-a arătat că în vederea respectării dreptului înscris în art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție nu se impune ca apărarea să fie prezentă la audierea efectuată în cursul urmăririi penale, dacă dreptul de interogare a martorilor acuzării poate fi exercitat în faza de judecată a procesului³⁹. În cauza *Isgró v. Italia*⁴⁰, reclamantul, care era prezent la audierea efectuată în cursul urmăririi penale, a decis să nu formuleze întrebări martorului acuzării. Ulterior, apărarea a criticat faptul că, prin invocarea dispozițiilor prevăzute de Codul de procedură penală italian – potrivit cărora avocatul reclamantului nu avea dreptul să participe la audierea efectuată în cursul urmăririi penale – acuzatul a fost privat de posibilitatea exercitării efective a dreptului înscris în art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție. Curtea de la Strasbourg a arătat că scopul confruntării nu face prezența avocatului indispensabilă în situația în care nici procurorul nu avea posibilitatea de a asista la audierea efectuată în cursul instrucțiunii preparatorii. Însă, se poate constata că, în motivarea deciziei sale, Curtea ignoră în totalitate rolul apărătorului în procesul penal. Astfel, dacă pentru respectarea dreptului la un proces echitabil este suficient ca judecătorul sau procurorul să adreseze întrebări martorului în numele acuzatului, sau ca acesta din urmă să interogheze personal martorul acuzării, fără posibilitatea de a recurge la asistență juridică, se poate pune întrebarea care ar mai fi rolul apărătorului în procesul penal⁴¹? Spre deosebire de atitudinea reticentă a Curții în privința recunoașterii posibilității exercitării dreptului la apărare în faza de urmărire penală a procesului, Comisia a subliniat că “nu trebuie pierdut din vedere faptul că instrucțiunea preparatorie are o importanță deosebită în pregătirea fazei de judecată a procesului, astfel că este absolut necesar ca organele judiciare competente să garanteze posibilitatea exercitării dreptului la apărare și în această fază procesuală”⁴².

3. Limitări aduse principiului contradictorialității

După cum am arătat, conform art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție “orice acuzat are, în special, dreptul să audieze sau să solicite audierea martorilor acuzării (...)”. Totuși, Comisia a exprimat în mod neechivoc că acest drept de interogare nu are un caracter absolut⁴³. Totodată, referindu-se la considerentele reținute în cauza *Barberá*, potrivit cărora toate elementele de probă trebuie, în principiu, să fie administrate în fața acuzatului, în ședință publică, în cadrul unei dezbateri contradictorii, în cauza *Kostovski*⁴⁴ Curtea a recunoscut că admiterea de către instanța de judecată a unei mărturii administrate în cursul urmăririi penale nu încalcă dreptul acuzatului la un proces echitabil, în situația în care apărarea a avut o oportunitate adecvată de a testa fiabilitatea mărturiei cu ocazia administrării acesteia sau într-o fază ulterioară a procesului. Având în vedere cele menționate în rândurile anterioare, se poate afirma că exercitarea dreptului de interogare a martorilor acuzării, consacrat prin art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție, poate suferi anumite limitări. Așadar, se poate pune întrebarea, care sunt acele motive care pot justifica limitarea exercitării acestui drept care este recunoscut în favoarea persoanei acuzate de săvârșirea unei infracțiuni?

Un astfel de motiv poate fi reprezentat de lupta împotriva criminalității organizate. Mai ales în statele în care se aplică un sistem de drept de tip romano-germanic, se consideră, în mod tradițional, că utilizarea martorilor anonimi poate constitui un mijloc adecvat pentru combaterea infracțiunilor comise în cadrul organizațiilor criminale⁴⁵. Curtea de la Strasbourg a arătat în mai multe rânduri că nu ignoră dificultățile incontestabile pe care le generează lupta contra traficului de stupefiante – în special în materia descoperirii și administrării probelor – și nici ravagiile cauzate de traficul de stupefiante în societate, dar apreciază că aceste dificultăți nu pot conduce la limitarea excesivă a dreptului la apărare al acuzatului⁴⁶. În cauzele în care Curtea a ajuns la această concluzie, în ciuda faptului că acuzații nu au avut posibilitatea de a interoga martorii anonimi în niciun stadiu al procesului penal, declarațiile acestora au avut un rol decisiv în pronunțarea hotărârii de condamnare a acuzaților.

Trebuie subliniat că, în opinia Curții, este apreciabilă atitudinea legiuitorului național care, luând în considerare interesele martorilor, membri de familie ai persoanei acuzate, nu obligă pe aceștia să fie audiați în ședință publică, nici în situațiile în care au dat declarații împotriva acuzatului în faza de urmărire penală a procesului⁴⁷. În opinia sa separată, formulată în legătură cu raportul Comisiei în cauza *Unterpertinger*⁴⁸, *Stefan Trechsel* arată că nu este incompatibilă cu dispozițiile Convenției posibilitatea acordată martorului, care este membru de familie al acuzatului,

de a refuza să fie reaudiat în faza de judecată a procesului penal. Însă, autorul citat consideră că “este inacceptabil ca o anumită categorie de martori să beneficieze de privilegii în detrimentul acuzatului”. Astfel, există două alternative: dacă instanța de judecată decide să utilizeze mărturia dată în faza instrucțiunii preparatorii, martorul trebuie să fie audiat în ședință publică, iar apărarea trebuie să aibă oportunitatea de a-i adresa întrebări în mod nemijlocit; în schimb, dacă martorul se prevalează de un privilegiu legal care îi permite să nu se prezintă în fața instanței de judecată, declarația sa “extrajudiciară”, a cărei fiabilitate nu a fost testată de către apărare, nu poate fi utilizată de către judecătorul național.

În alte cauze, limitarea exercitării dreptului înscris în art. 6 par. 3 lit. d) din Convenție a fost justificată prin necesitatea acordării unei protecții speciale persoanelor care au devenit victime ale unor infracțiuni de natură sexuală. Curtea a arătat că trebuie luate în considerare aspectele specifice ale acțiunilor în materie penală, având ca obiect infracțiuni privitoare la viața sexuală. Acest tip de procedură este, adesea, considerat ca fiind o experiență dureroasă pentru victimă, în special atunci când este confruntată cu acuzatul împotriva voinței sale⁴⁹. Există foarte multe situații în care instanțele naționale restricționează în mod semnificativ exercitarea dreptului la apărare al acuzatului cu motivarea că această limitare se impune din cauza vulnerabilității psihice a victimelor minore, care sunt audiate în cursul procesului penal⁵⁰. Ascultarea martorilor minori trebuie efectuată cu mare atenție, deoarece există riscul ca aceștia să se retragă în sine și să refuze să răspundă, chiar să retracteze declarațiile anterioare, această din urmă situație putând să inducă îndoială și să compromită proba⁵¹.

Adesea, autoritățile naționale decid să acorde anonim informativelor sau investigatorilor sub acoperire, limitând astfel dreptul la apărare al acuzatului, cu motivarea că în lipsa unor asemenea ingerințe se poate compromite posibilitatea utilizării viitoare a acestor persoane în lupta contra criminalității organizate. Curtea de la Strasbourg a arătat că dispozițiile Convenției nu interzic posibilitatea ca poliția să se sprijine în faza instrucțiunii preparatorii pe surse ca informatorii anonimi, dar utilizarea declarațiilor acestora de către judecătorul național pentru fundamentarea hotărârii de condamnare ridică probleme serioase din perspectiva respectării dreptului la un proces echitabil și a principiului egalității armelor, deoarece într-o societate democratică dreptul la o bună administrare a justiției ocupă un loc atât de important încât nu poate fi sacrificat pentru motive de oportunitate⁵². Totodată, Curtea a recunoscut că, în condițiile în care drepturile apărării sunt respectate, poate fi legitimă dorința autorităților de poliție de a păstra anonimul unui agent, utilizat în activități secrete, nu numai în scopul protecției acestuia și a familiei sale, ci și pentru a nu compromite utilizarea sa în operațiuni viitoare⁵³.

Având în vedere cele prezentate în rândurile de mai sus, se pune întrebarea dacă se poate aplica un tratament diferențiat în funcție de motivul invocat pentru justificarea limitării dreptului înscris în art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție? Cu alte cuvinte, se poate accepta ca respectarea dreptului la un proces echitabil să fie analizat în funcție de gravitatea infracțiunii care face obiectul cauzei⁵⁴? În cauza *Doorson v. Olanda*⁵⁵ Curtea a arătat că, deși art. 6 din Convenție nu impune în mod expres ca interesele martorilor și cele ale victimelor chemate să depună mărturie să fie luate în considerare, totuși, nu poate fi pierdut din vedere faptul că aceste interese sunt protejate prin alte dispoziții ale Convenției. În consecință, procesul penal trebuie derulat în așa fel, încât aceste interese să nu fie periclitate în mod nejustificat. Așadar, respectarea dreptului la un proces echitabil impune, în anumite situații, crearea unui echilibru între drepturile apărării și interesele persoanelor obligate să depună mărturie în procesul penal. În ipoteza în care restricționarea dreptului la apărare se impune din motive de protecție a martorilor, autoritățile naționale pot invoca dispozițiile cuprinse în art. 2 (dreptul la viață), în art. 5 (dreptul la libertate și siguranță) sau în art. 8 (dreptul la respectarea vieții private și de familie) din Convenție⁵⁶. În alte situații, limitarea exercitării dreptului la apărare poate fi justificată chiar prin invocarea dreptului la judecarea într-un termen rezonabil a cauzei, înscris în art. 6 parag. 1 din Convenție⁵⁷.

Drepturile reglementate în cadrul art. 6 din Convenție sunt drepturi care se caracterizează printr-o “forță juridică ridicată”, ceea ce înseamnă că și standardul care trebuie să fie atins pentru limitarea exercitării acestor drepturi este unul foarte ridicat⁵⁸. Din aceste considerente, doar în situații excepționale poate fi invocată necesitatea soluționării cu celeritate a cauzei pentru justificarea restrângerii drepturilor înscrise în art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție⁵⁹. În schimb, poate fi acceptată mult mai ușor restricționarea dreptului la apărare în situațiile în care exercitarea nestingherită a acestuia ar putea încălca sau periclita drepturile fundamentale ale altor persoane. Însă, pentru justificarea acestor restricționări se impune ca autoritățile competente să demonstreze *in concreto* că în lipsa acestor limitări, suportate de către persoana acuzată, ar putea fi compromise interesele legitime ale martorilor. Totodată, în analiza caracterului justificat al măsurilor întreprinse de către autoritățile naționale, având ca efect restrângerea dreptului la apărare, trebuie avută în vedere și natura dreptului care este recunoscut în favoarea martorului și care intră în conflict cu garanțiile de care beneficiază persoana acuzată. Astfel, limitarea dreptului înscris în art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție poate fi mult mai ușor justificată în situațiile în care prin aceasta se urmărește garantarea unor drepturi absolute, aparținând martorului (spre exemplu: dreptul la viață, interzicerea torturii și a tratamentelor inumane sau degradante), sau a unor drepturi care au o forță juridică similară

celor reglementate în cuprinsul art. 6 din Convenție (spre exemplu: dreptul la libertate și siguranță), decât în situațiile în care prin limitarea drepturilor procesuale ale acuzatului se urmărește garantarea unor drepturi care au o forță juridică mult mai redusă față de cele reglementate în cuprinsul art. 6 (spre exemplu: dreptul la respectarea vieții private și de familie, dreptul la liberă exprimare)⁶⁰.

Din cele prezentate în rândurile anterioare, se poate trage concluzia că Curtea de la Strasbourg recunoaște posibilitatea folosirii unor mijloace speciale în lupta contra criminalității grave, totodată, face de înțeles faptul că nu se pot ignora nici interesele martorilor. Trebuie subliniat însă, că “interesul public”, constând în combaterea criminalității grave, nu poate justifica în sine restricționarea garanțiilor procesuale care aparțin persoanei acuzate. Astfel, în situații excepționale, anumite interese legitime ale martorilor, precum protecția vieții, integrității corporale sau a libertății, pot justifica utilizarea unor mijloace care *îngreunează* exercitarea dreptului la apărare⁶¹. Însă, respectarea acestor interese legitime nu poate justifica privarea **totală** a acuzatului de exercitarea dreptului înscris în art. 6 parag. 3 lit. d) din Convenție⁶².

* Hunor KÁDÁR: Diplomă de master obținută la Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, specializarea: Științe penale și criminalistică, doctorand la Universitatea din Pécs, Facultatea de Drept, specializarea: Științe penale; asistent universitar la Universitatea Sapientia, Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, avocat stagiar; kadarhuni@yahoo.com

¹ Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, încheiată la Roma la 4 noiembrie 1950 în cadrul Consiliului Europei, ratificată de România prin Legea nr. 30 din 18 mai 1994 (publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994). Ea constituie, împreună cu protocoalele adiționale nr. 1, 2, 4, 6, 7, 9, 10, 11 izvor de drept intern, în baza art. 11 alin. (2) din Constituția României și are o *natură supralegislativă*, având precădere față de legile interne în caz de neconcordanță. În doctrină s-a subliniat că această convenție este, în realitate, un tratat-lege, adică un tratat instituțional care generează obligații obiective pentru state, nefiind necesară condiția de reciprocitate. Ea crează o *ordine juridică publică* în care statele subscriu cu consecința recepționării ei în dreptul intern, precum și un *drept jurisprudențial*, autonom față de dreptul național al statelor părți contractante, care a luat naștere prin interpretările făcute de Comisia și Curtea Europeană a Drepturilor Omului în rezolvarea cazurilor de încălcare a Convenției. A se vedea G. Cohan Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de L'homme*, Ed. Economica, Paris, 1989, p. 250-252.; J. Velu, R. Ergec, *La Convention Européenne des Droits de L'homme*, Ed. Bruyant, Bruxelles, 1990, p. 374. și urm., apud Gh. Mateuț, *Protecția martorilor. Utilizarea martorilor anonimi în fața organelor procesului penal*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 43. Convenția s-a dezvoltat grație existenței unui control supranațional exercitat de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului și Comisia Europeană a Drepturilor Omului, a cărei activitate a încetat la data de 1 octombrie 1998.

² A se vedea Com.E.D.O., Rap. 9120/80, 11 octombrie 1984, (*Unterpertinger v. Austria*), opinia separată a lui S. Trechsel despre raportul Comisiei, apud K. Bárd, *Emberi jogok és büntető igazságszolgáltatás Európában: A tisztességes eljárás büntetőügyekben-Emberijog-dogmatikai értekezés*, Ed. Magyar Hivatalos Közlönykiadó, Budapest, 2007, p. 210.

- ³ V. Pătulea, *Sinteză teoretică și de practică judiciară a C.E.D.O. în legătură cu art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, Revista Dreptul nr. 10/2007, p. 243.; D. Harris, M. O'Boyle, C. Wabrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Ed. Butterworths, London, 1995, p. 249.
- ⁴ R. Chiriță, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Comentariu și explicații*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 373.
- ⁵ F. G. Jacobs, R. C. White, *The European Convention on Human Rights*, 2d ed., Ed. Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 158.; S. J. Summers, *Fair trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Universität Zürich, 2006, p. 104.
- ⁶ S. J. Summers, *op. cit.*, p. 109.
- ⁷ C.E.D.O., *Delcourt v. Belgia*, 2689/65, (17 ianuarie 1970), apud S. J. Summers, *op. cit.*, p. 112.
- ⁸ Com.E.D.O., Rap. 343/57, 15 martie 1961, (*Nielsen v. Danemarca*); Com.E.D.O., Rap. 524/59, 617/59, 23 noiembrie 1962, (*Ofner și Hopfinger v. Austria*); Com.E.D.O., Rap. 596/59, 789/60, 28 martie 1963, (*Pataki și Dunshirn v. Austria*); Com.E.D.O., Rap. 8403/78, 14 decembrie 1981, (*Jespers v. Belgia*), ın *Digest of Strasbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights, vol. 2. (art. 6)*, Ed. Carl Heymanns Verlag KG, Koln, Bonn, München, p. 1984, 272-273.
- ⁹ C.E.D.O., *Bonisch v. Austria*, 8658/79, (6 mai 1985), A92, în V. Berger, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, ed. a VI-a, Ed. Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2008, p. 367.; C.E.D.O., *Unterpertinger v. Austria*, 9120/80, (24 noiembrie 1986), A110, în V. Berger, *op. cit.*, p. 370.; C.E.D.O., *Visser v. Olanda*, 26668/95, (14 februarie 2002), în *Human Rights Case Digest*, ianuarie 2002, vol. 13, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Brill, Leiden, p. 66., respectiv C. R. Popescu, *Drepturile de procedură în jurisprudența C.E.D.O.*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 251-252.; C.E.D.O., *Birutis și alții v. Lituania*, 47698/99, 48115/99, (28 martie 2002), în *Human Rights Case Digest*, martie 2002, vol. 13, *op. cit.*, p. 296., respectiv C. R. Popescu, *op. cit.*, p. 243.; C.E.D.O., *P.S. v. Germania*, 33900/96, (20 decembrie 2001), în *Human Rights Case Digest*, noiembrie 2001, vol. 12, *op. cit.*, p. 954., respectiv C. R. Popescu, *op. cit.*, p. 247.; C.E.D.O., *Barbera, Messegué și Jabardo v. Spania*, 10590/83, (6 decembrie 1988), A146, în V. Berger, *op. cit.*, p. 280.
- ¹⁰ Com.E.D.O., Rap. 343/57, 15 martie 1961, (*Nielsen v. Danemarca*), cit. supra nota 8; Com.E.D.O., Rap. 596/59, 789/60, 28 martie 1963, (*Pataki și Dunshirn v. Austria*), cit. supra nota 8
- ¹¹ Com.E.D.O., Rap. 596/59, 789/60, 28 martie 1963, (*Pataki și Dunshirn v. Austria*), comentariu, în S. J. Summers, *op. cit.*, p. 112-113.
- ¹² Com.E.D.O., Rap. 524/59, 617/59, 23 noiembrie 1962, (*Ofner și Hopfinger v. Austria*), comentariu, în S. J. Summers, *op. cit.*, p. 113.
- ¹³ C.E.D.O., *Delcourt v. Belgia*, 2689/65, (17 ianuarie 1970), A11, comentariu, în S. J. Summers, *op. cit.*, p. 114.
- ¹⁴ C.E.D.O., *Borgers v. Belgia*, 12005/86, (30 octombrie 1991), A214, în V. Berger, *op. cit.*, p. 285-286.
- ¹⁵ A se vedea S. J. Summers, *op. cit.*, p. 115.
- ¹⁶ C.E.D.O., *Dombo Beheer B.V. v. Olanda*, 14448/88, (17 octombrie 1993), A274, în V. Berger, *op. cit.*, p. 268.
- ¹⁷ F. G. Jacobs, R. C. White, *op. cit.*, p. 123.
- ¹⁸ C.E.D.O., *Adolf v. Austria*, 8269/78, (26 martie 1982), A49, apud D. Harris, M. O'Boyle, C. Wabrick, *op. cit.*, p. 249.; C.E.D.O., *Deweer v. Belgia*, 6903/75, (27 februarie 1980), A35, în V. Berger, *op. cit.*, p. 216.; C.E.D.O., *Foti și alții v. Italia*, 7604/76; 7719/76; 7781/77; 7913/77, (10 decembrie 1982), A56, apud D. Bogdan, M. Selegean, *Drepturi și libertăți fundamentale în jurisprudența C.E.D.O.*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 220.

- ¹⁹ D. Bogdan, M. Selegean, *op. cit.*, p. 220.; D. Harris, M. O'Boyle, C. Wabrick, *op. cit.*, p. 249.; O. Predescu, M. Udriou, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului și dreptul procesual român*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 262.
- ²⁰ D. Bogdan, M. Selegean, *op. cit.*, p. 220-221.
- ²¹ Idem, p. 292.
- ²² C.E.D.O., *Engel și alții v. Olanda*, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, (8 iunie 1976), A22, în *Digest of Strasbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 881.; Com.E.D.O., *X v. Republica Federală Germană*, Dec. de Adm. 8884/80, 10 martie 1981, (decizie nepublicată), în *Digest of Strasbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 384.
- ²³ Com.E.D.O., *X v. Republica Federală Germană*, Dec. de Adm. 1404/62, 7 martie 1964, în *Digest of Strasbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 377.; Com.E.D.O., *X v. Austria*, Dec. de Adm. 4428/70, 2 aprilie 1971, în *Digest of Strasbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 882.; Com.E.D.O., *X v. Belgia*, Dec. de Adm. 8417/78, 4 mai 1979, în *Digest of Strasbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 881-882.
- ²⁴ Com.E.D.O., *X v. Republica Federală Germană*, Dec. de Adm. 4453/70, 24 mai 1971, (decizie nepublicată), în *Digest of Strasbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 379.; Com.E.D.O., *X v. Belgia*, Dec. de Adm. 8876/80, 16 octombrie 1980, în *Digest of Strasbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 391.; Com.E.D.O., *X v. Republica Federală Germană*, Dec. de Adm. 8414/78, 4 iulie 1979, în *Digest of Strasbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 395.
- ²⁵ Com.E.D.O., Rap. 343/57, 15 martie 1961, (*Nielsen v. Danemarca*), cit. supra nota 8; C.E.D.O., *Kostovski v. Olanda*, 11454/85, (20 noiembrie 1989), A166, în V. Berger, *op. cit.*, p. 373.; C.E.D.O., *Van Mechelen și alții v. Olanda*, 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93 (23 aprilie 1997), în O. Predescu, M. Udriou, *op. cit.*, p. 458.
- ²⁶ K. Bárd, *op. cit.*, p. 209.
- ²⁷ D. Harris, M. O'Boyle, C. Wabrick, *op. cit.*, p. 268.
- ²⁸ Com.E.D.O., *X v. Republica Federală Germană*, Dec. de Adm. 4453/70, 24 mai 1971, (decizie nepublicată), cit. supra nota 24
- ²⁹ C.E.D.O., *Vidal v. Belgia*, 12351/86, (22 aprilie 1992), A235-B, în A. Grád, *A Strasbourgi ember jogi bíráskodás kézikönyve*, Ed. Strasbourgi B.T., Budapest, 2005, p. 342. Aceleași motive au condus la condamnarea Franței în cauza *Destrehem*. A se vedea C.E.D.O., *Destrehem v. Franța*, 56651/00, (18 mai 2004), apud A. Grád, *op. cit.*, p. 342-343.
- ³⁰ C.E.D.O., *Ninn-Hansen v. Danemarca*, 28972/95, (18 mai 1999), apud C. Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului, vol. 2., Drepturi și libertăți*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 564.
- ³¹ K. Bárd, *op. cit.*, p. 210.
- ³² F. G. Jacobs, R. C. White, *op. cit.*, p. 125.; K. Bárd, *op. cit.*, p. 211.
- ³³ Com.E.D.O., Rap. 9120/80, 11 octombrie 1984, (*Unterpertinger v. Austria*), opinia separată despre raportul Comisiei, apud S. J. Summers, *op. cit.*, p. 150-151.
- ³⁴ C.E.D.O., *Unterpertinger v. Austria*, 9120/80, (24 noiembrie 1986), A110, cit. supra nota 9
- ³⁵ C.E.D.O., *Barberá, Messegué și Jabardo v. Spania*, 10590/83, (6 decembrie 1988), A146, în V. Berger, *op. cit.*, p. 280.

- ³⁶ C.E.D.O., *Kostovski v. Olanda*, 11454/85, (20 noiembrie 1989), A166, cit. supra nota 25.
- ³⁷ Com.E.D.O., Dec. de Adm. 11069/84, 7 septembrie 1989, (*Cardot v. France*), apud S. J. Summers, *op. cit.*, p. 152.
- ³⁸ C.E.D.O., *Birutis și alții v. Lituania*, 47698/99, 48115/99, (28 martie 2002), cit. supra nota 9; C.E.D.O., *Visser v. Olanda*, 26668/95, (14 februarie 2002), cit. supra nota 9; C.E.D.O., *Doorson v. Olanda*, 20524/92, (26 martie 1996), în *Birósági Határozatok* nr. 10/1996, p. 795-797.
- ³⁹ Com.E.D.O., *X v. Republica Federală Germană*, Dec. de Adm. 8414/78, 4 iulie 1979, în *Digest of Strasbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 877.; C.E.D.O., *Doorson v. Olanda*, 20524/92, (26 martie 1996), cit. supra nota 38. În această din ultimă cauză, Curtea a reținut că nu pune nicio problemă, prin raportare la art. 6 din Convenție, împrejurarea că judecătorul de instrucție a ascultat doi martori în absența avocatului reclamantului în timpul instrucțiunii preparatorii, dacă în cursul procedurii de apel subsecvente cei doi martori au fost audiați în prezența apărătorului.
- ⁴⁰ C.E.D.O., *Isgro v. Italia*, 11339/85, (19 februarie 1991), A194-A, în A. Grád, *op. cit.*, p. 341.
- ⁴¹ S. J. Summers, *op. cit.*, p. 158.
- ⁴² Com.E.D.O., Rap. 9300/81, 12 iulie 1984, (*Can v. Austria*), apud S. J. Summers, *op. cit.*, p. 158.
- ⁴³ Com.E.D.O., *X v. Republica Federală Germană*, Dec. de Adm. 8414/78, 4 iulie 1979, cit. supra nota 24; Com.E.D.O., *X v. Belgia*, Dec. de Adm. 8417/78, 4 mai 1979, cit. supra nota 23
- ⁴⁴ C.E.D.O., *Kostovski v. Olanda*, 11454/85, (20 noiembrie 1989), A166, cit. supra nota 25
- ⁴⁵ K. Bárd, *op. cit.*, p. 214. Sistemul procesual, care este aplicabil într-un anumit stat, joacă un rol deosebit de important în stabilirea limitei până la care statul respectiv este dispus să acorde protecție martorilor în cadrul procesului penal. Astfel, în statele în care se aplică un sistem procesual de tip acuzatorial, sunt preferate măsurile de protecție extrajudiciare. Spre exemplu în SUA, respectarea principiului contradictorialității capătă o importanță deosebită, având în vedere că dreptul de a interoga martorii acuzării are o natură constituțională (Amendamentul VI. la Constituția SUA).
- ⁴⁶ C.E.D.O., *Kostovski v. Olanda*, 11454/85, (20 noiembrie 1989), A166, cit. supra nota 25; C.E.D.O., *Saïdi v. Franța*, 14647/89, (20 septembrie 1993), A261-C, în O. Predescu, M. Udriou, *op. cit.*, p. 456.
- ⁴⁷ C.E.D.O., *Unterpertinger v. Austria*, 9120/80, (24 noiembrie 1986), A110, cit. supra nota 9; C.E.D.O., *Asch v. Austria*, 12398/86, (26 aprilie 1991), A203, în A. Grád, *op. cit.*, p. 343.
- ⁴⁸ A se vedea Com.E.D.O., Rap. 9120/80, 11 octombrie 1984, (*Unterpertinger v. Austria*), opinia separată a lui S. Trechsel despre raportul Comisiei, apud K. Bárd, *op. cit.*, p. 217.
- ⁴⁹ C.E.D.O., *Delta v. Franța*, 11444/85, (19 decembrie 1990), A191-A, în V. Berger, *op. cit.*, p. 371-372.; C.E.D.O., *Mayali v. Franța*, 69116/01, (14 iunie 2005), în O. Predescu, M. Udriou, *op. cit.*, p. 449-450.
- ⁵⁰ C.E.D.O., *S.N. v. Suedia*, 34209/96, (2 iulie 2002), în *Human Rights Case Digest*, iulie 2002, vol. 13, *op. cit.*, p. 695-696., respectiv V. Pătulea, *op. cit.*, p. 250-251.; C.E.D.O., *P.S. v. Germania*, 33900/96, (20 decembrie 2001), cit. supra nota 9; C.E.D.O., *Bocos-Cuesta v. Olanda*, 54789/00, (10 noiembrie 2005), în *Human Rights Case Digest*, noiembrie – decembrie 2005, vol. 16, *op. cit.*, p. 278.
- ⁵¹ L. Țândăreanu, *Aspecte de drept comparat cu privire la audierea minorilor – martori sau victime ale unor infracțiuni – în procedura penală*, Revista Dreptul nr. 7/2008, p. 276.
- ⁵² C.E.D.O., *Kostovski v. Olanda*, 11454/85, (20 noiembrie 1989), A166, cit. supra nota 25; C.E.D.O., *Visser v. Olanda*, 26668/95, (14 februarie 2002), cit. supra nota 9; C.E.D.O., *Windisch v. Austria*, 12489/86, (27 septembrie 1990), A186, în O. Predescu, M. Udriou, *op. cit.*, p. 457.

⁵³ C.E.D.O., *Van Mechelen și alții v. Olanda*, 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93 (23 aprilie 1997), cit. supra nota 25; C.E.D.O., *Lüdi v. Elveția*, 12433/86, (15 iunie 1992), în V. Berger, *op. cit.*, p. 376-377.

⁵⁴ K. Bárd, *op. cit.*, p. 218.

⁵⁵ C.E.D.O., *Doorson v. Olanda*, 20524/92, (26 martie 1996), cit. supra nota 38.

⁵⁶ K. Bárd, *op. cit.*, p. 218.; Zs. Csák, *A különösen védett tanú az Emberi Jogok Európai Bíróságának ítéletei tükrében*, Magyar Jog nr. 2/2000, p. 79.

⁵⁷ Com.E.D.O., Rap. 11339/85, 14 decembrie 1989, (*Isgró v. Italia*), opinia separată a lui F. Martinez despre raportul Comisiei, apud K. Bárd, *op. cit.*, p. 219.

⁵⁸ K. Bárd, *op. cit.*, p. 219.

⁵⁹ C.E.D.O., *Calabró v. Italia și Germania*, (21 martie 2002), în *Human Rights Case Digest*, martie 2002, vol. 13, *op. cit.*, p. 376-377.

⁶⁰ K. Bárd, *op. cit.*, p. 219-220.

⁶¹ *Idem*, p. 220.

⁶² *Idem*, p. 221.

OFERTA PUBLICĂ DE PRELUARE OBLIGATORIE

Sonia-Ștefania VIGDOROVITS*

Abstract: The mandatory bid rule. *A strong economy always boasts a strong stock market. The purpose of this article is to raise awareness towards the importance of capital markets, by referring to the obligations arising for a shareholder when taking over a listed company, with a particular focus on the mandatory bid rule. The mandatory bid rule is being discussed both in the light of Directive 2004/25/EC and of Romanian Law 297/2004 on capital markets, analyzing its application, the notion of control it implies, its deterrent effect upon investors, in an incentive to evaluate its (in)efficiency. This article should be a first step in promoting this underrated subject into a circle of intense legal debate.*

Key words: *stock market, capital market, mandatory bid rule, takeovers, target company, major shareholder, Directive 2004/25/EC, Law 297/2004 creeping-in.*

Cuvinte-cheie: *piața bursieră, piața de capital, oferta de preluare obligatorie, achiziții, societate-țintă, acționar majoritar, Directiva 2004/25/CE, Legea 297/2004.*

Listă abrevieri

AGA – Adunarea generală a acționarilor
B.V.B. – Bursa de Valori București
C.N.V.M. – Comisia Națională a Valorilor Mobiliare
Directiva – Directiva 2004/25/CE
LPC – Legea 297/2004 privind piața de capital

1. Oferta publică de preluare obligatorie în lumina legii române a pieței de capital și a Directivei europene privind ofertele publice de cumpărare

Rațiunea introducerii unui astfel de concept rezidă în perceperea ofertelor de preluare ca fiind o modalitate de selecție a întreprinderilor celor mai performante, precum și un veritabil **mijloc de restructurare și finanțare**¹. Cadrul legal al tranzacțiilor pe piața de capital este conturat de Legea nr. 297 din 2004 (LPC), în transpunerea Directivei 2004/25/CE. Directiva a fost adoptată în încercarea de a armoniza acțiunile de preluare (*takeovers*) a societăților comerciale cotate la bursă, reglementând

câteva principii de implementare precum: obligația de informare a acționarilor și angajaților asupra ofertei², reguli de reciprocitate și neutralitate³, protecția acționarilor minoritari și dreptul de *squeeze-out*⁴.

În cazul **tranzacțiilor transnaționale**, Directiva distinge între legea statului membru unde compania este listată pe o piață reglementată și cea a statului membru unde compania își are sediul, precum și între norme procedurale și norme materiale⁵. Astfel, în privința procedurii derulării ofertei de preluare obligatorii, precum și a prețului considerat ca echitabil se va aplica legea statului membru unde societatea este listată, iar normele aplicabile cu privire la societatea comercială în sine (exercitarea drepturilor de vot în cadrul AGA, acte constitutive, protecția angajaților etc.) vor fi preluate din legislația statului membru unde societatea își are înregistrat sediul.

Art. 5 din Directivă reglementează **oferta de preluare obligatorie (*mandatory bid*)**, care va fi declanșată atunci când o persoană fizică sau juridică deține ea însăși sau împreună cu persoanele cu care acționează în mod concertat valorile mobiliare ale unei societăți țintă listate, care îi conferă în mod direct sau indirect un anumit procentaj din drepturile de vot la societatea respectivă și deci controlul asupra societății. Procentajul drepturilor de vot necesare pentru a defini noțiunea de control este lăsat la latitudinea statelor membre.⁶

1.1. Noțiunea de ofertă publică de preluare în accepțiunea LPC

Ofertele publice de preluare se clasifică în voluntare și obligatorii. Este esențial de subliniat că ambele oferte reprezintă un **contract de adeziune**, deoarece este necesar acceptul acționarilor ai căror valori mobiliare urmează a fi cumpărate, deși condițiile contractuale sunt stabilite de către ofertant sau impuse prin norme legale, nefiind negociate.

Spre deosebire de oferta obligatorie, unde voința ofertantului se naște *ex lege*⁷, **oferta publică de preluare voluntară** nu implică deținerea controlului din partea ofertantului, ci doar intenția acestuia de a achiziționa mai mult de “ 33 % din drepturile de vot”, conform art. 196 alin. (1) din LPC. Această ofertă ar putea fi utilă dacă acționarul majoritar tinde spre delistarea societății, deoarece trebuie adresată tuturor deținătorilor de valori, dar este caracterizată de absența unor prevederi legale cu privire la prețul tranzacției.⁸ Ofertele publice de preluare devin **obligatorii** dacă se îndeplinesc cerințele art. 203 alin. (1) din LPC⁹:

„O persoană care, urmare a achizițiilor sale sau ale persoanelor cu care acționează în mod concertat, deține mai mult de 33% din drepturile de vot asupra unei societăți comerciale, este obligată să lanseze o ofertă publică adresată tuturor deținătorilor de valori mobiliare și având ca obiect toate deținerile acestora cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 2 luni de la momentul atingerii respectivei dețineri.”

Această prevedere se aplică doar societăților comerciale ale căror acțiuni sunt **tranzacționate pe o piață reglementată**, conform art. 1 alin.1 din Directiva 2004/25/CE, transpus prin art. 202 LPC.¹⁰ Oferta va deveni obligatorie de la data publicării anunțului de ofertă.

1.2. Sfera de aplicare a ofertei. Excepții

Dobândirea a mai mult de 33% din drepturile de vot asupra societății emitente nu va atrage niciodată obligativitatea derulării unei oferte publice de preluare, atunci când poziția majoritară a fost dobândită ca urmare a **unei tranzacții exceptate**. Aceste excepții (art. 205 alin. 2 LPC) sunt desigur de strictă interpretare și includ:

- a. dobândirea controlului în cadrul procesului de privatizare;
- b. achiziționarea de acțiuni de la Ministerul Finanțelor Publice sau alte entități abilitate legal, în cadrul unor proceduri de executare a creanțelor bugetare;
- c. transferurile de acțiuni realizate între societatea-mamă și filialele sale, precum și între filialele aceleiași societăți-mamă, deoarece o ofertă de preluare inițiată de societatea-mamă ar atrage altfel și obligația subsidiarei de a iniția oferta, existând prezumția acțiunii concertate¹¹;
- d. derularea unei oferte publice de preluare voluntară vizând toate deținerile celorlalți acționari.

Art. 205 LPC introduce la alin. (3) noțiunea dobândirii poziției formale de control (depășind pragul de 33 %) în **mod neintenționat**, atunci când s-a realizat în urma următoarelor operațiuni (tranzacții efectuate în afara pieței):

- a. reducere de capital prin răscumpărarea de către societate a propriilor sale acțiuni, urmată de anularea acestora;
- b. depășirea pragului de control prin exercitarea drepturilor de preferință, subscriere, conversie sau al convertirii acțiunilor preferențiale în acțiuni ordinare;
- c. fuziunea, divizarea sau succesiunea.¹²

În situațiile de dobândire în mod neintenționat a unui pachet de acțiuni care conferă peste 33% din drepturile de vot, titularul drepturilor are de ales între derularea unei oferte publice conform art. 203 LPC sau înstrăinarea unui număr de acțiuni corespunzător pierderii poziției de control (vânzarea acțiunilor ce exced pragul de 33%)¹³.

1.3. Noțiunea de control

Noțiunea de control a societății emitente, în sensul prevederilor art. 203 LPC, vizează **doar acțiunile care conferă drept de vot**, lăsând astfel neincidentă deținerea de acțiuni preferențiale¹⁴ sau participația la capitalul social. Simpla deținere a mai mult de 33% din drepturile de vot nu coincide întotdeauna cu exercitarea efectivă

a controlului, aceasta putând fi determinată și de factori precum existența altor acționari majoritari, posibilitatea de a exercita o influență dominantă asupra activității întreprinderii, de a numi sau revoca majoritatea membrilor managementului sau consiliului de administrație¹⁵. În situațiile în care cotele de participație sunt dispersate între mai mulți acționari (nedepășind 33%), în urma vânzării participațiilor unui acționar, este posibil ca un altul să devină majoritar, schimbându-se astfel controlul efectiv al societății-țintă fără să fie depășit pragul de 33 % de deținere a drepturilor de vot.

Controlul exercitat poate fi direct sau indirect¹⁶, prin intermediul unor structuri piramidale. Controlul direct va fi înțeles în sensul strict al deținerii a peste 33% din drepturile de vot, neavând relevanță **noțiunea materială de control** din legislația europeană, care poate consta și în puterea de a numi majoritatea membrilor consiliului de administrație/supraveghere sau în exercitarea efectivă a unei influențe dominante asupra societății-țintă.

Controlul indirect presupune imixtiunea unei terțe societăți, care devine acționar majoritar la rândul ei al societății care controlează societatea – țintă, indiferent de procentul drepturilor de vot deținut. În acest lanț de dețineri ar trebui să joace un rol important controlul efectiv, în sens material, deținut de către acționarul din vârful piramidei, și nu doar noțiunea de control formal, în limitarea art. 203 LPC. Deși noțiunea formală a controlului înaintată de către legiuitor ar putea fi justificată de principiul securității juridice, crescând predictabilitatea procesului de investiție, aceasta nu se pretează realităților de pe piața de capital, care este prin definiție un mediu dinamic.¹⁷

La stabilirea pragului de deținere, legiuitorul ar fi trebuit să evalueze mai în detaliu gradul de influență exercitat de acționari, prezența acestora în cadrul AGA și eventual, să stabilească și **alte criterii de definire a controlului**. Trebuie ținut cont și de categoria acțiunilor preferențiale, care deși nu conferă drept de vot, au o pondere importantă în determinarea controlului. Este firesc ca o schimbare a controlului asupra acționarului majoritar al societății-țintă să atragă și acordarea posibilității acționarilor minoritari de a se retrage, deoarece noua conducere își va impune propria viziune asupra cursului afacerii.¹⁸

1.4. Ofertantul și acțiunile concertate

Noțiunea de “**persoană care acționează concertat**” este definită în LPC la art. 2 pct. 23, articol care instituie o **prezumție** de acțiune concertată între:

- a) persoanele implicate¹⁹;
- b) societatea-mamă împreună cu filialele sale, precum și oricare dintre filialele aceleiași societăți-mamă între ele;

c) o societate comercială cu membrii consiliului său de administrație și cu persoanele implicate, precum și aceste persoane între ele;

d) o societate comercială cu fondurile ei de pensii și cu societatea de administrare a acestor fonduri.

Pentru ca mai multe persoane să acționeze în mod concertat nu este necesar niciun fel de înscris, fiind suficientă și o simplă înțelegere verbală, atâta vreme cât acestea colaborează (evident, de cele mai multe ori, confidențial) în vederea achiziționării societății-țintă. În unele situații, poate fi vorba și despre o coordonare convențională a drepturilor de vot deținute de mai mulți acționari. Acțiunea concertată poate fi prezumată²⁰ în cazul în care una dintre persoane o controlează pe cealaltă – acest gen de acțiuni ridică de multe ori și probleme concurențiale, pentru că acționarii se pot înțelege nu doar între ei, ci și cu societatea-țintă, în vederea constituirii unei poziții dominante pe piață. În dreptul anglo-saxon există opțiunea protejării ofertantului prin introducerea așa-numitei clauze de *material adverse change* în ofertă - aceasta conferă **dreptul ofertantului de a-și retrage oferta inițială** dacă intervin schimbări esențiale la nivelul societății pe care intenționează să o controleze.

1.5. Stabilirea prețului

Obligativitatea ofertelor publice de preluare derivă ex lege, deci și **prețul** va fi unul **legal**, stabilit potrivit normelor imperative definite de art. 204 LPC, având ca fundament principiul protecției investitorilor.²¹ Acesta are menirea de a proteja acționarii minoritari de un eventual abuz din partea ofertantului²², care va fi în consecință obligat să plătească un preț pe acțiune cel puțin egal cu cel mai mare preț plătit de acesta sau persoanele cu care acționează concertat în perioada de 12 luni anterioară ofertei. Cel mai mare preț urmează să fie determinat luând în considerare **toate operațiunile prin care ofertantul a dobândit acțiunile** obiect al ofertei, incluzând aici și oferte de cumpărare sau majorări de capital la care acesta a subscris.²³

Deși textul legal nu precizează în mod expres, considerăm că pentru a fi echitabilă, această contraprestație ar trebui să țină cont și de orice alte avantaje procurate ofertantului sau de obligațiile ce i-au revenit acestuia în perioada anterioară; autoritățile de supraveghere ale piețelor de capital au datoria de a verifica corectitudinea prețului.

Reglementarea rămâne însă **criticabilă**, ținând cont de faptul că, **în cazul preluărilor indirecte**, prețul plătit de către noul acționar majoritar nu va fi pentru acțiunile emitentului, ci pentru deținerea controlului. Acest preț poate fi mult inferior prețului de tranzacționare al acțiunilor emitentului.²⁴ Criteriile subsidiare

de determinare a prețului²⁵ se dovedesc extrem de importante în astfel de situații, unde intervenția unui evaluator independent poate salva apariția unui dezechilibru între prestații. Cel mai mare preț plătit de către ofertant pe parcursul ultimelor 12 luni va putea fi majorat sau micșorat, în funcție de evenimentele care ar fi putut influența achiziționarea acțiunilor (manipularea pieței, acorduri între cumpărător și vânzător etc.). Desigur, prețul ofertei publice trebuie calculat în funcție de **momentul la care era scadentă obligația de publicare a ofertei** (nu mai tarziu de 2 luni de la atingerea pragului de control); altfel, ofertantul ar avea posibilitatea de a specula momentul în care valoarea acțiunilor emitentului este puternic depreciată și a tergiversa inițierea ofertei²⁶. Este interzis ca pe parcursul perioadei de acceptare a ofertei de preluare, ofertantul să încerce să obțină titlurile emitentului la un preț mai avantajos decât cel stabilit în ofertă.

1.6. Creeping-in

Art. 203 alin. (4) din LPC prevede că obligativitatea inițierii unei oferte publice de preluare nu se aplică persoanelor care au depășit pragul de 33% din drepturile de vot anterior intrării în vigoare a LPC. Totuși, aceștia “ vor derula o ofertă publică obligatorie (...), numai dacă, ulterior intrării în vigoare a prezentei legi își majorează deținerile, astfel încât să atingă sau să depășească 50% din drepturile de vot ale respectivului emitent.” Această regulă se adresează acționarilor care încearcă să își **construiască treptat o poziție dominantă** în cadrul structurii acționarilor, dar nu stabilește o marjă procentuală sau o anumită perioadă în care acționarul ar trebui să depășească pragul de 50%. Scopul acestei reglementări este evitarea unor manevre prin care acționarii majoritari ar încerca să se sustragă de la obligativitatea efectuării unei oferte publice.²⁷

1.7. Responsabilitatea societății-țintă

Conducerea societății-țintă este îndatorată să nu întreprindă acțiuni care ar putea avea ca efect **eșecul ofertei de preluare**. Încercarea de influențare a acționarilor se subscrie acestor practici interzise.²⁸ Totodată, anumite clauze din actul constitutiv al societății, precum interdicțiile de înstrăinare a pachetelor de acțiuni stabilite în favoarea unui anumit acționar, contravin dispozițiilor LPC și vor fi deci anulabile.²⁹

Consiliul de administrație al societății-țintă nu are atribuții în încuviințarea ofertelor publice de preluare obligatorie, spre deosebire de cazul preluărilor voluntare, care implică obținerea avizului din partea organului de conducere. Principiile guvernării corporatiste presupun exercitarea într-o manieră onestă și echitabilă a atribuțiilor consiliului de administrație³⁰, membrii acestuia fiind datori să reprezinte

interesele societății și nu pe cele ale acționarilor care i-au propus. Fiindcă oferta de preluare obligatorie este fundamentată pe **principiul protecției acționarilor minoritari**, este necesar să se prevină o situație de blocaj venit din partea reprezentanților ofertantului în cadrul consiliului de administrație.

Astfel, **strategiile de prevenție** a unei preluări ostile pot consta în: schimbări în structura organizațională, majorări ale capitalului social prin aporturi în natură sau vânzarea activelor-cheie a societății-țintă; motivația ofertantului va fi astfel scăzută, deoarece prețul ofertei va crește considerabil ca urmare a unor astfel de operațiuni³¹. Să presupunem că un acționar majoritar, care deține 75% din drepturile de vot ale emitentului și deci puterea în cadrul AGA, efectuează un aport în natură la un preț supraevaluat; el va forța astfel restul acționarilor să subscrie acțiuni prin aporturi în numerar, pentru a nu le fi diluate participațiile.

1.8. Sancțiuni

Nerespectarea obligației de a adresa o ofertă de preluare tuturor deținătorilor de valori mobiliare va fi sancționată atât **civil**, cât și **administrativ**. În fază civilă, drepturile de vot ale acționarului ce exced pragul de 33% vor fi suspendate, dacă nu inițiază oferta în termenul legal de 2 luni de la atingerea respectivei dețineri. De asemenea, acestuia îi va fi interzis să mai dobândească titluri ale emitentului, indiferent prin ce mijloace. **Suspendarea drepturilor de vot** revine în atribuția consiliului de administrație al emitentului; în caz contrar, C.N.V.M. poate dispune, la cerere sau din oficiu, suspendarea drepturilor de vot.³² Sancțiunile administrative (avertismentul sau amenda, conform art. 273 LPC), pot fi dispuse de către C.N.V.M., în concordanță cu Regulamentul C.N.V.M. nr. 11/1997³³.

2. Privire comparativă și critică

Luând în considerare reglementările din dreptul comparat, putem constata că în SUA, spre exemplu, nu există obligația de a iniția o ofertă de preluare obligatorie³⁴, accentul căzând pe **transparența tranzacțiilor** (subzistă obligația de a anunța autoritatea de reglementare cu privire la achizițiile efectuate). În majoritatea statelor membre, obligația de lansare a ofertei apare la atingerea pragului de 30%, cu excepția Franței, unde controlul este definit și de deținerea a 1/3 din capitalul social, sau Poloniei, unde pragul este identic cu cel din legislația românească.³⁵

Apreciem că, în absența obligativității ofertei publice obligatorii, procesul preluării societăților comerciale cotate la bursă ar fi opac și nu ar asigura protecția acționarilor minoritari, care urmăresc în primul rând încasarea dividendelor și doar pe plan secund influențarea emitenților. Mai mult, este criticabilă noțiunea de control

stabilită de legiuitor, care este influențată de uniformizarea la nivel european, dar nu ține cont de reglementările specific naționale ale societăților comerciale.

Piața de capital se concentrează pe maximizarea investițiilor, dar formalismul acestor oferte obligatorii pare să îngreuneze investitorii, care sunt **descurajați de prețul foarte ridicat** al unor astfel de oferte³⁶. Piața de capital din România nu prezintă o atractivitate deosebită pentru investitorii străini, iar utilă s-ar dovedi crearea unei piețe regionale de investiții în estul Europei.³⁷

Există numeroase avantaje ale investițiilor la bursă, în special atragerea unui capital substanțial, cu protejarea concomitentă a investitorilor. Dacă aruncăm o privire asupra documentației C.N.V.M., putem constata un număr foarte mic de oferte publice de preluare obligatorii în derulare, în ciuda amenzilor aplicate. Soluțiile ar putea consta în implicarea sporită a autorităților de supraveghere a pieței, sau pur și simplu într-o modificare legislativă care să ușureze tranzacționarea.

* Sonia-Ștefania VIGDOROVITS, studentă anul IV la Facultatea de Drept, Universitatea "Babeș-Bolyai" din Cluj-Napoca; sonia.vigdorovits@yahoo.com

¹ G. Piperea, *Societăți comerciale, piață de capital. Acquis comunitar*, Ed. All Beck, București, 2005, p.671.

² Un exemplu de încălcare a acestei obligații îl constituie ascunderea de către Oltchim față de conducerea B.V.B. a unei amenzi în valoare de 14 milioane de euro, aplicată de Asociația Națională pentru Protecția Mediului, în urma omisiunii Oltchim de a depune certificate emisie de gaze cu efect de seră. Un astfel de incident ar fi avut efecte majore asupra evoluției tranzacțiilor acțiunilor Oltchim la B.V.B. și ar fi trebuit adus de îndată la cunoștința investitorilor.

³ Statele membre pot opta pentru implementarea sau nu a Art. 9 și 11 din Directivă. Art. 9 menționează că orice acțiune de blocare a unei oferte de preluare exercitată de consiliul de administrație al unei societăți trebuie aprobată de către AGA, iar art. 11 îi permite ofertantului să ignore orice blocaje venite din partea emitentului, fie ele restricții de transfer a valorilor mobiliare, clauze de agreement etc.

⁴ Odată ce un ofertant ajunge să dețină majoritatea valorilor mobiliare ale companiei-țintă, acesta poate solicita tuturor deținătorilor să-i vândă valorile mobiliare rămase la un preț echitabil, atunci când deține acțiuni reprezentând mai mult de 95% din capitalul social sau a achiziționat în cadrul unei oferte publice de cumpărare mai mult de 90% din acțiunile vizate. Acționarii minoritari se bucură și ei la rândul lor de dreptul de a iniția ei înșiși o ofertă de vânzare (*sell-out*) către ofertant. Efectul exercitării dreptului de squeeze-out constă în retragerea emitentului de la tranzacționare.

⁵ Silja Maul, Athanasios Koulouridas, *The Takeover bids Directive*, German Law Journal, 2004, p.355, accesibil la <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=411>.

⁶ Raportul privind aplicarea Directivei 25/2004. A se vedea http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2007-02-report_en.pdf.

⁷ C. Duțescu, *Legea privind piața de capital. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 442.

⁸ Dregger/Kalss/Winner, *Das österreichische Übernahmerecht*, Ed. Linde, Viena, 2007. Retragerea de la tranzacționare poate interveni de drept, în temeiul art. 87 alin. 4 lit. a, atunci când avem un singur

acționar majoritar, iar ceilalți își exercită dreptul de retragere conform art. 206 LPC. Un exemplu eșuat de delistare îl constituie cel al societății Zentiva București, deoarece producătorul francez Sanofi-Aventis a reușit să controleze doar 78,31% din Zentiva. Sursa: http://www.sfin.ro/articol_18601/sanofi-aventis_a_regandit_delistarea_zentiva_bucuresti.html.

⁹ Considerăm că nu poate fi vorba despre o încălcare a libertății contractuale în cazul ofertelor de preluare obligatorii, pentru că prezumția consimțământului ofertantului reiese întocmai din achiziția de titluri peste pragul stabilit legal. Așadar, legiuitorul înțelege să interpreteze achiziționarea unui pachet de acțiuni conferind peste 33% din drepturile de vot în sensul intenției clare a acționarului de a controla societatea.

¹⁰ LPC definește în art. 125 piața reglementată ca fiind având următoarele trăsături:

„a. funcționează regulat, b. reglementările emise și supuse aprobării C.N.V.M definesc condițiile de funcționare, de acces pe piață și de admitere la tranzacționare a unui instrument financiar, c. respectă cerințele de raportare și transparență în vederea asigurării protecției investitorilor.” Menirea pieței reglementate este să asigure confruntarea unor interese multiple de vânzare și de cumpărare exprimate de terți pentru instrumente financiare.

¹¹ Această excepție prezintă și riscuri serioase de eludare a legii, atunci când pentru a evita efectuarea unei oferte de preluare obligatorii și plata unui preț legal, mai ridicat, pachetele de control asupra emitentului se transmit indirect, prin filiale. Spre exemplu A, acționar la emitentul X, va transmite pachetul său de 40% obținut în urma unei oferte de preluare voluntară filialei sale Y, tranzacția fiind una exceptată. Înțelegându-se cu o altă societate B să îi ofere controlul asupra emitentului, B va prelua filiala Y, în mod indirect, controlând astfel și emitentul.

¹² Potrivit dispozițiilor art. 242 LPC, acționarii unei societăți admise la tranzacționare, care nu sunt de acord cu hotărârile luate de AGA cu privire la fuziuni sau divizări, care implică alocarea de acțiuni ce nu sunt admise la tranzacționare pe o piață reglementată, au dreptul de a se retrage din societate și de a obține de la aceasta contravaloarea acțiunilor, potrivit art.134 din Legea nr. 31/1990.

¹³ În cazul fuziunilor prin absorbție, apreciem că nu ar fi incident cazul inițierii unei oferte de preluare după fuzionare, ținând cont de faptul că societatea emitentă, absorbită, își încetează existența conform art.250 din Legea nr. 31/1990. Modul neintenționat de obținere a unei dețineri de peste 33% din drepturile de vot la societatea-țintă poate viza acționarii majoritari ai acesteia, care pot fuziona, participația lor depășind astfel pragul de 33%. Înstrăinarea acțiunilor care depășesc pragul de 33% din drepturi de vot pare să rezolve problema teoretic, dar mai există și necesitatea găsirii unor cumparatori.

¹⁴ Acțiunile cu drept de vot multiplu la o societate cotate pe piața bursieră sunt inadmisibile, deoarece contravin principiului egalității acționarilor.

¹⁵ G. Piperea, op.cit., p. 672.

¹⁶ Fondul de investiții american QVT, acționar minoritar la The Rompetrol Group, a solicitat acestora efectuarea ofertei publice de preluare a acțiunilor celorlalți deținători, în urma schimbării acționarului majoritar în favoarea KazMunayGaz. Sursa: <http://www.wall-street.ro/articol/Piete-de-capital/56317/Fondul-de-investitii-QVT-solicita-TRG-realizarea-ofertei-obligatorii-de-preluare.html>.

¹⁷ Theodor Baums, *Low balling, creeping-in und deutsches Uberehmerecht*, p.22, accesibil la <http://www.ilf-frankfurt.de/ILF-Working-Papers.117.0.html>.

¹⁸ C. Duțescu, op.cit., pag. 475.

¹⁹ Următoarele categorii sunt definite ca persoane implicate, la art. 2 pct. 22 LPC:

- a) persoane care controlează sau sunt controlate de către un emitent sau care se găsesc sub un control comun;
- b) persoane care participă direct sau indirect la încheierea unor acorduri în vederea obținerii sau exercitării în comun a drepturilor de vot, dacă acțiunile, obiect al acordului, pot conferi o poziție de control;
- c) persoane fizice din cadrul societății emitente care au atribuții de conducere sau control;
- d) soții, rudele și afini până la gradul al doilea ale persoanelor fizice menționate la lit. a) - c);
- e) persoane care pot numi majoritatea membrilor consiliului de administrație în cadrul unui emitent;

²⁰ Diregger/Kalss/Winner, op.cit., p.45.

²¹ C. Duțescu, op.cit., p. 480.

²² Protecția acționarilor minoritari are la bază și corecta informare a publicului, pentru a se evita manipularea deciziei acționarilor.

²³ A se vedea: http://www.avocatnet.ro/content/articles/id_16260/Achizițiile-indirecte-pe-piata-de-capital-Oferta-publica-de-preluare-obligatorie.html

²⁴ C. Duțescu, op. cit., p. 481.

²⁵ Art. 204 alin. 2 din LPC enumeră următoarele criterii subsidiare de determinare a prețului :

- a) prețul mediu ponderat de tranzacționare, aferent ultimelor 12 luni anterioare derulării ofertei;
- b) valoarea activului net al societății, conform ultimei situații financiare auditate;
- c) valoarea acțiunilor rezultate dintr-o expertiză, efectuată de un evaluator independent, în conformitate cu standardele internaționale de evaluare.

²⁶ Diregger/Kalss/ Winner, op.cit., p.305.

²⁷ De exemplu, art. 22 alin. (4) din legea austriacă privind achizițiile (Übernahmegesetz), presupune obligativitatea unei oferte de preluare obligatorii în cazul în care acționarul care deține controlul societății-țintă își mărește participația cu minim 2% pe parcursul unui an.

²⁸ Dacă anumite activități pot fi încadrate în planul normal de desfășurare a activității societății vizate, iar aceste inițiative au fost luate înainte de publicarea ofertei, ele vor putea fi continuate.

²⁹ Art. 11 din Directiva 25/2004 prevede că eventualele restricții privind transferul valorilor mobiliare prevăzute în actul constitutiv al societății sunt inopozabile ofertantului pe perioada de acceptare a ofertei.

³⁰ S. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, G. Piperea, *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 567.

³¹ Vezi C. Duțescu, op.cit., p.639.

³² C. Duțescu, op. cit., p.479.

³³ Oricum, aceste amenzi rămân derizorii comparativ cu valoarea enormă a ofertelor nedepuse. A se vedea http://www.money.ro/cnvm-a-dat-amenzi-de-30-000-lei-actionarilor-care-nu-au-lansat-oferte-de-milioane-de-euro_150826.html, precum și buletinele oficiale ale C.N.V.M, accesibile la <http://www.cnvmr.ro/buletin/buletine.html>.

³⁴ Theodor Baums, op.cit. p.18.

³⁵ Herbert Smith, Gleiss Lutz, Takeovers directive: implementation and impact, accesibil la www.herbertsmith.com.

³⁶ Exemplul societății "Omega Procom", care, după ce a fost notificată că trebuie să lanseze o ofertă de preluare publică, și-a diminuat participația de la 91,71% din capitalul social al "Agromec" Târnăveni la 30,99%. Sursa: http://www.bursa.ro/s=piata_de_capital&articol=57374.html.

³⁷ Există tratative de unificare a piețelor de capital din Viena, Budapesta și București. A se vedea http://m.fin.ro/articol_7203/valul-de-fuziuni-a-cuprins-pietele-de-capital-din-intreaga-lume.html.