

ANALELE UNIVERSITĂȚII DE VEST DIN TIMIȘOARA

~ *SERIA DREPT* ~

ANNALS OF THE WEST UNIVERSITY OF TIMIȘOARA

~ *LAW SERIES* ~

*2016 – ANUL PROF. UNIV. DR. RADU I. MOTICA*

**Nr. 1/2016**

*Revistă indexată în bazele de date internaționale HeinOnline și EbscoHost*

---

### COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

---

Prof. univ. dr. Attila BADÓ – Universitatea din Szeged (Ungaria)  
Prof. univ. dr. Bernardo CORTESE – Universitatea din Padova (Italia)  
Prof. univ. dr. Csaba FENYVESI – Universitatea din Pécs (Ungaria)  
Prof. univ. dr. Dušan NIKOLIĆ – Universitatea din Novi Sad (Serbia)

---

### REFERENȚI ȘTIINȚIFICI:

---

Prof. univ. dr. Radu I. MOTICA – Drept civil și Drept comercial  
Prof. univ. dr. Viorel PAȘCA – Drept penal și Drept procesual penal  
Prof. univ. dr. Anton TRĂILESCU – Drept administrativ  
Prof. univ. dr. Radu BUFAN – Drept financiar și Drept fiscal  
Prof. univ. dr. Irina SFERDIAN – Drept civil  
Prof. univ. dr. Lucian BERCEA – Drept comercial

---

### COLEGIUL DE REDACȚIE:

---

Prof. univ. dr. Claudia ROȘU – redactor-șef – secțiunea Drept procesual civil  
Lect. univ. dr. Codruța GUZEI-MANGU – redactor – secțiunea Drept civil  
Lect. univ. dr. Alin SPERIUSI-VLAD – redactor – secțiunea Dreptul proprietății intelectuale  
Lect. univ. dr. Laura STĂNILĂ – redactor – secțiunea Drept penal și Drept procesual penal  
Lect. univ. dr. Flaminia STÂRC-MECLEJAN – redactor – secțiunea Drept comercial  
Lect. univ. dr. Alin TRĂILESCU – redactor – secțiunea Drept administrativ

*I. STUDII – ARTICOLE – COMENTARII*

---

*Secțiunea de Drept privat*

---



# Abuse of right within the civil law and beyond

Dr. **Ágnes JUHÁSZ** Ph.D\*  
Assistant Professor  
Department of Civil Law  
University of Miskolc,  
Faculty of Law

## Abstract

*The study examines the prohibition of the abuse of right from special viewpoint, since it concerns not only the well-known classical civil law doctrine, but heightens those cases from other fields of law, in which the abuse of right appear. After taking a look on the competition law and the seclusion from the contract conclusion, the author also touches public procurement rules and deals with the potential appearance of the abuse of right in the field of company law. The last part of the study pays attention to the abusive conduct arisen in the civil procedure law.*

**Keywords:** *Repudiation of legal statement required by law, seclusion from contract conclusion, denial of the contractual statement, abuse with the separate legal personality of the company*

## Rezumat

*Studiul examinează interzicerea abuzului de drept dintr-o perspectivă aparte, întrucât se referă nu numai la bine-cunoscuta doctrină a dreptului civil clasic, dar evidențiază acele cazuri din alte domenii ale dreptului, în care întâlnim abuzul de drept. După o privire asupra legii concurenței și refuzul încheierii contractului, autorul se referă, de asemenea, la normele privind achizițiile publice și analizează apariția potențială a abuzului de drept în domeniul dreptului societăților comerciale. Ultima parte a studiului acordă atenție comportamentului abuziv apărut în dreptul procesual civil.*

**Cuvinte-cheie:** *Dezavuarea acordului impus de lege, refuzul încheierii contractului, refuzul acordului contractual, abuzul de separația de patrimoniu din dreptul societăților*

## Introduction

Declaring the prohibition of abuse of right is a basic institution of the classical civil law, one of the fundamentals, which seems to be untouchable. The possibility of abuse is given by the approach, which takes a stand on the verbatim observing of rules and lifts the form over the substance. It starkly sticks to the pretence of law as an internal reality or quasi sanctity.

However, such an approach does not appear only in the field of civil law, therefore – as to the scholars (e.g. *Gyula Eörsi, Imre Sárándi, László Ujlaki, László Gáspárdy, Tamás Tercsák*, etc.), who deal with this topic – the abuse of right also can not be narrowed to the civilist sciences, but it can theoretically appear in any other field of law (e.g. administrative law, criminal law, international public law, etc.) Nevertheless, compared to the appearing of abuse of right in the civil law, the prohibition has more underling function in the so-called public law areas. Namely, if one of the state organs abuses with a certain right, the law ensures special remedies, sometimes in the form of criminal sanction. Thanks to this, the abuse of right mostly appears in such a legal field, where the subjects of the legal relationship are equal, their wealth relations are ordered upon mutual parity and the right of diverge from the legal provisions (dispositivity) is ensured by the law. These features mostly prevail in the field of civil substantive law, particularly within the property law and contractual law provisions. Accordingly, the overall and normative regulation and scientific elaboration of the doctrine of abuse of right has also taken place in this area. Abuse of right also appears in the field of family law and certain parts of commercial law (e.g. competition law, company law, etc.), but nowadays the category of abusing with procedural rights is also well-known.

Abuse of right is such a situation, where the exercising of a certain right is seemingly lawful, but the entitled person's conduct – with regard to its aim – injuriously affects the interests of a third person or the community. For instance, a person abuses with his right, if he examines it without any concrete aim or interest, only in order to damage another person. Moreover, the exercising of a certain right is also abusive, if it has a concrete aim, but causes such an injury, which is not commensurate with the advantages, which can be reached with the exercising of this right.

On the next few pages, after a short review of the historical antecedents, we introduce the operative Hungarian civil law provisions on the abuse of right and the judicial practice related to them. Then, we step over the borders of the classical civil law and present some other fields of law, where the abuse of right also has relevancy.

## **1. Regulation of abuse of right in the Hungarian civil law**

### **1.1. Historical antecedents**

The prohibition of the abuse of right is an important element not only today, but in the old Hungarian private law. It is proven by the fact, that the prohibition has been regulated from the beginning in the private law regulation. However, the approach of the prohibition and the structure of the regulation can hardly be comprehended without an appropriate theoretical background on the Hungarian private law regulation. Therefore, we briefly introduce the historical antecedents. In the course of this, we heighten the milestones of the development, which are the most relevant with regard to the topic is to be examined.

First of all, it is worthy to mention, that the evolution process of the Hungarian private law was fairly special. Compared to other European countries, Hungarian private law provisions were put down in writing only in the middle of the 20<sup>th</sup> century. Until the 19<sup>th</sup> century Hungarian civil law developed independently; it secluded itself from the western samples and it was unwritten. This latter feature made the old Hungarian law – despite the existing differences – rather similar to the Anglo-Saxon common law, than the continental law. The Hungarian private law, which was principally based on customs, was strongly influenced by another factor, namely by the Austrian civil code, which had to be applied from 1852 in the Hungarian legal practice. The application of the mentioned code was compulsory until 1867; therefore an independent development of the Hungarian law-making could start only after this time.

By the end of the 1800s, several drafts of a future private law code has been appeared, which mostly did not contain family law provisions. However, the partial codification attempts did not succeed. Therefore the then minister for justice decided about the setting up of a constant board, which was charged the working out of the proposal of a unified future private law code. The board's work started in 1897 and the proposal, which was made upon Western-European samples (mostly under the German Civil Code), was published in 1900. This proposal was hardly criticized; therefore the committee continued the codification work. The second draft was born in 1913 with the contribution of the most titled Hungarian scholars of the period (e.g. *Károly Szladits*, *István Szászy*, etc.), who were well-known not only within domestic frames, but in other European countries. This proposal already reached the Hungarian Parliament, but its adoption was hindered by the internal and world-political affairs.

The period between the two world wars was especially important and fruitful from the viewpoint of the Hungarian private law codification. In 1922 a

new codification committee was set up, which also did not dispense with the contribution of the era's most prominent scholars. As a result of their hard work, in 1928 the Private Law Proposal (hereinafter Proposal) was born, which can be deemed as the most important milestone of the Hungarian private law codification process. The Proposal, which was also presented for the parliament, was not based on the German, but on the Swiss civil code. In the sequel, the Proposal did not become an act, since the world-political affairs (e.g. the Wall Street Crash in 1929 and the following economical crisis) put Hungary in a disadvantage. Within these circumstances the codification works could not continue.

Albeit the monumental codification work, which weltered over several decades, did not bring straight result (i.e. the adoption of a civil code), it was not useless, since in the 20<sup>th</sup> century – in the lack of an adopted civil code – the Proposal and the prior drafts were applied. Moreover, until the birth of the first written Hungarian civil code in 1959, the Proposal was the only reference in the private law relations.

The first Hungarian civil code, i.e. the Act IV of 1959 (hereinafter HCC [1959]) was adopted during the socialistic era. Though the HCC [1959] was mostly based on the Soviet civil code from 1936, it stated the prohibition of the abuse of right within the basic principles<sup>1</sup>. Nevertheless, declaring this prohibition was not a wholly new legal provision, since it has antecedents in the old Hungarian civil law: all of the – above mentioned – codification attempts, which were arisen before the adoption of the HCC [1959] contained civil law principles. Moreover, the Proposal – upon the relevant article of the Swiss civil code – stated, that “the law does not give protection for the abuse of right”<sup>2</sup>. As it can be seen, on the one hand the HCC [1959] took over the prohibition stated in the Proposal. On the other hand, it supplemented the general prohibition with the definition of the abuse of right and with the possibility of the substitution of a party's statement (required by law) by the judgement of the court.

The relevant article of the HCC [1959] was the following:

5. § (1) This Act shall prohibit the abuse of rights.

(2) Exercising any right directed toward an objective that is incompatible with the social function of that right shall be regarded as an abuse of rights, particularly if it would lead to damaging the national economy, harassing persons, impairing their rights and legal interests, or acquiring undue advantages.

---

<sup>1</sup> HCC [1959], Art. 5

<sup>2</sup> Proposal, Art. 2; SZLADITS Károly: *A magyar magánjog vázlata*, Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, Budapest, 1933, pp. 125-127



(3) Where the abuse of a right is manifested in the repudiation of a statement required by law and this conduct does injury to an important public interest or a private interest deserving special consideration, the court is entitled to substitute its judgment for the party's legal statement, provided there is no other way of averting the injury. A court judgment may be substituted for a statement, especially if the statement had been made contingent upon the bestowal of an illegal advantage.

The above referred article of the HCC [1959] was in force for more than a half century. During this period several judgement was born, which concerned on the content of the prohibition of the abuse of right and made an attempt on designating the borders of the examined legal institution<sup>3</sup>.

However, after a preliminary work, which has been lasted for more, than one and a half decade, the Act No. V of 2013 on the Civil Code (hereinafter HCC) step into force on 15<sup>th</sup> March, 2014. It basically transforms the private law regulation and contains a fairly new approach on the theory of the abuse of right.

### **1.2. Regulation of abuse of right in the new Hungarian civil code**

Similarly to its antecedent, HCC regulates the abuse of right as *sui generis* state of affair. Although, only a part of the prior Hungarian civil code's provisions are taken over. Next to the requirement of good faith and fair dealing and the principle of reasonable conduct, the prohibition of abuse of right appears as such a principle declared by the law-maker, which transpierces the whole civil code. The prohibition of abuse of right (together with the requirement of good faith and fair dealing and the principle of reasonable conduct) appears as a basic principle declared by the law-maker, which transpierces the whole code. The prohibition of abuse of right and the requirement of exercising rights in accordance with their social function can also be intercepted as a moral standard, which designs the border for the legal persons between the legal and illegal conducts.

The provision of the operative HCC on the prohibition of abuse of right is the following:

1:5. § [Prohibition of abuse of rights]

(1) Abuse of rights is prohibited by law.

---

<sup>3</sup> About the Hungarian theoretical background of the abuse of law see: EÖRSI Gyula: *Joggal való visszaélés – rendeltetésszerű joggyakorlás*, In: *Állam- és Jogtudomány*, 1963/3., pp. 287-318 and SÁRÁNDI, Imre: *Visszaélés a joggal*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1965; TERCSÁK, Tamás: *A joggal való visszaélés*, ELTE, Budapest, 2003

(2) Where the abuse of a right is manifested in the repudiation of a statement required by law and this conduct does injury to an overriding public interest or a private interest in cases of exceptional circumstances, the court is entitled to substitute its judgment for the party's legal statement, provided there is no other way of averting the injury.

The HCC's starting point is the seemingly lawful exercise of a certain right. Firstly, it declares the general prohibition of abuse of right (HCC, paragraph 1:5). However, while former regulation contains the concrete conceptual elements of the legal institution in question, in the case of the new HCC the law-maker did not consider necessary the punctual signing of the borders of the abuse of right. As to the new code, certain conceptual features are worked out exclusively by the judicial practice. This solution gives the courts plenty of rope in the course of their legal-developing activity. (As we mentioned before, the content of the abuse of right has already laid down by the courts before the adoption of the operative HCC. Nevertheless, these judicial decisions can also be used in the future, since they can be considered as a good basis, a proper starting point for the further judicial interpretative work.)

We also have to set out an important merit of the new HCC. Compared to its ancestor, which – upon socialistic traditions – practically washed away the borders between the prohibition of abuse of right and the requirement of exercising rights in accordance with their social function, HCC separates the two mentioned notions from each other and makes it obvious, that the former can not be simply treated as the sanction side of the latter.

The article of the HCC on the abuse of right declares not only a general prohibition, but contains a special case of abuse. In this proper case the abuse realises inactively, with negative conduct, which manifested in the *repudiation of a legal statement required by law*. The legal consequence of this act, that the *court is entitled to substitute its judgment for the party's legal statement*.

As to the ministerial motivation of the HCC, the above mentioned right of the court is exceptional, since the substitution of the party's legal statement by the judgement of the court means a strong intervention into the private autonomy of the legal subjects. Therefore, the substitution of legal statement by judgement shall be deemed as a unique and ultimate (*ultima ratio*) manner for remedy the injury of interest caused by the abusive act.

It has to be emphasized, that the substitution of a legal statement by judgement can only be turned up from the toolkit of the courts, if the abuse of right manifested in the repudiation of a *legal statement required by law*. As to *Gyula Eörsi*, such legal statements can be ranged into this category, which keep

the condition for contracting with a third person or doing any other legal act<sup>4</sup>. [Such a legal statement is required by the HCC from the joint owner in those cases, when the other owner would make building operations in the jointly owned property (real estate) or as to the intention of this other joint owner, the beneficiary or the tenant would make building operations.]

In other cases, when the person repudiates the giving of such a legal statement, which is not required by law, the state of affairs of abuse of right can not be ascertained; therefore the above mentioned legal consequence (i.e. the substitution of the failed legal statement by judgement) can not be applied.

For the case, when the legal statement (required by law) can be substituted by the court's judgement, HCC sets out some further requirements. On the one hand, the abusive conduct shall harm *overriding public interest* or a *private interest in cases of exceptional circumstances*. On the other hand, it is also necessary, that *the injury* in interest caused by the abusive act *could not be averted in any other way*. (As to the judicial practice, the difficult and costly way of averting is not enough to ascertain the unavertable nature of the injury<sup>5</sup>)

As it can be seen, HCC takes the focus on the examination of the interests. It correlates the interests of the party exercising the substantive right to the other party, whose interests is injured. However, the direct deliberation of the interest-relations of the parties is unacceptable. Instead of this solution, the situation of the obligee, i.e. the substantive right shall keep the starting point of the correct adjudication of the conflict. If the lawful interest of the party exercising the substantive right can be justified, the exercising of law shall be deemed, which is according to rules. Nevertheless, the injury, which is caused by the exercising of the certain substantive right, shall not be indifferent for the party, who intends to enforce his or her lawful interests. With regard to this, the court does not contribute to the enforcing of lawful interests, if the exercising of right means abuse at the same time.

### ***1.3. Abuse of right in the Hungarian judicial practice***

As to the standard Hungarian judicial practice two main directions can be differed according to the prohibition of the abuse of right. On the one hand, there are certain rights, which never can be exercised abusively. On the other

---

<sup>4</sup> Eörsi Gyula: *A Ptk. 5. §-ára vonatkozó bírói gyakorlatról*, In: *Jogtudományi Közlöny*, 1977/3., pp 121-129, p. 128.

<sup>5</sup> Judicial Decision published under No. BH 1978/6/375. in the "Judicial Decisions" (*"Bírósági Határozatok"*, hereinafter BH). BH is an orderly publication (published by the HVG-ORAC), in which the most important selected decisions of the Curia of Hungary are published.

hand, the judicial practice of the courts also gives some concrete examples of the abusive acts<sup>6</sup>.

Several cases can be drafted, in which the repudiation of giving the legal statement excludes the abuse of right. Abuse can not be ascertained in all those cases, where a party repudiates the giving of such a legal statement, which has *discretionary* nature. Within these statements the *denial of the contractual statement* shall be heightened.

The starting point of the adjudication is the freedom of contract, which is an essential element of the private autonomy of the legal subjects. It is one of the most personal subjective rights, considering the repudiation of contract conclusion never shall be deemed as an abuse of right<sup>7</sup>. Contractual intention never can be substituted by court. However, another – at first sight similar – legal institution shall be mentioned. As to the Article 6:185 of the HCC, if the party is required under the contract to make a legal statement and fails to do so, the statement shall be drafted by court verdict. However, this legal situation shall not be confused neither the substitution of a legal statement (required by law) by a judgement, nor preliminary contract ('articles of agreement'). In the former case, the legal statement to be substituted is required by law. In the latter case the contractual statement based on the prior settlement of the parties. If either of the parties denies giving his or her legal statement ('consent'), i.e. refuses to conclude the contract, the court shall – at the request of the other party – establish the contract under such terms and conditions<sup>8</sup>. It means that the court not only substitutes the party's legal statement with its judgement, but establishes a complete contractual legal relationship.

According to the contractual statement, it is also mentioned in the judicial practice, that the *denial of the amendment of a contract* also can not be deemed as abuse of right<sup>9</sup>. It is easily can be proved, since the freedom of contract covers not only the conclusion, but at the same time the modification of the contract. Therefore, the above mentioned statement (i.e. the freedom of

---

<sup>6</sup> For the comprehensive review of the judicial practice of the abuse of law see TERCSÁK Tamás: *A joggal való visszaélés bírói gyakorlatáról – törekvések a korszerű értelmezésre*, In: Jogtudományi Közlöny, 2002/5., pp. 216-228

<sup>7</sup> Judicial Decisions published under No. BH 1985.56., No. BH 1997/11/522. and No. BH 2000.535., No. 2012/9/219., No. 2013/3/70. part I.. Judicial Decisions published under No. BDT 2004. 1001. and No. BDT 2013.2864. in the "Bulletin of Judicial Decisions" ("*Bírósági Döntések Tára*, hereinafter BDT). BDT is a monthly published periodical, in which the most important selected decisions of the upper courts (County Courts and Courts of Appeal) are published.

<sup>8</sup> HCC Art. 6:73, paragraph (1)

<sup>9</sup> Judicial Decisions published under No. BH 1978. 375.

contract is one of the most personal subjective rights) also true in the case of the amendment of the contract.

As to the contractual statement another case shall be mentioned, in which the court excluded the possibility of the substitution of the party's statement by judgement. The *deed of foundation of the owner-occupied block* is a contract of the joint owners, which has a special aim, namely, the foundation. Therefore, the statement on the amendment of this contract also has contractual nature and through can not be substituted by a judgement<sup>10</sup>.

In the field of the law of succession the *right to repudiate the inheritance* shall be stressed. As Eörsi says<sup>11</sup>, nobody can be forced for succession, even if the repudiation of the inheritance serves solely the circumvention of the creditors. This finding is watertight, since successors can not be obliged to continue the testator's personality in property relations and to stand in the gap for his or her dues. Therefore, if the successor repudiates the inheritance, his or her conduct never can be deemed as abuse of right.

In another case<sup>12</sup> a court did not state the abusive nature of the repudiation of the consent, which was required for transferring the debt. As to the argumentation of court, the debtor's personality is not disinterested for the creditor. Therefore, the creditor always has the right to decide about the person, with whom he or she intends to maintain a long-term contractual relationship. The creditor's decision always depends on the certain conditions and circumstances of the case, i.e. he or she only gives the consent to the transfer of debt, if the payback of his or her claim is presumably ensured.

The adjudication of the repudiation of giving a legal statement is fairly specific in the field of family law. In the Hungarian family law there are several cases, in which parental consent is required by law. For instance, as to the HCC, the consent of the parent is required, if the guardianship authority intends to decide about the adoption of a child. With the giving of this consent the parent permits the adoption; at the same time, it can be deemed as a quasi-disclaim of the parental responsibilities and – in wider sense – of his or her child. In 1974, the overall amendment of the Hungarian Family Law Act (Act No. IV of 1952) made possible the substitution of the parent's consent to the adoption, if the parent repudiated his or her consent *without substantial legal ground*, i.e. his or her act was abusive and the adoption served the child's interest<sup>13</sup>. In 1986 –

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> EÖRSI, p. 126.

<sup>12</sup> Judicial Decisions published under No. BH 1999/3/124.

<sup>13</sup> See Act No. I. of 1974 on the amendment and unified text of the Act No. IV of 1952 on the marriage, family and guardianship, Art. 48, para (4)

thank to opinions, which appeared in the judicial practice – another amendment was adopted, which cancelled the above mentioned provision. The amendment was based on the judgement of the Supreme Court (today Curia), in which the Court stated, that these kinds of legal statements can never be substituted by a judgement. The court argued, that giving the consent to the adoption is one of the most personal rights of the parents, which leads to the cessation of the family relationship between the parents and the child<sup>14</sup>.

The same question arises in those cases, when the validity of a contract concluded by the minor's legal representative depends on the consent of the guardianship authority. As to the judicial practice, the substitution is not possible, if the authority repudiates its consent. The decision of the authority can only be contested in an administrative litigation process<sup>15</sup>.

As to the Article 2:12, paragraph (3) of the HCC in the course of accepting the gift, which is promised or given to a person, who has limited capacity, the consent of the legal representative of this person is required. At the same time, the legal representative – having the permission of the guardianship authority – has the right to reject the gift. In the case, namely, when the guardianship authority does not consent the statement on the repudiation, the decision substitutes the acceptance of the legal representative. Since in the above mentioned case only the giving of a legal statement is required by law without determining its content, the repudiation of the permission of the legal representative's statement substitutes the acceptance.

As it was mentioned before, with regard to the Hungarian judicial practice not only the excluded, but the most typical cases of the abuse of right can be drafted.

On the one hand, abuse of right is stated mostly in those cases, in which the exercising of a certain right or the doing or not-doing of a certain act depends on another person's permission or consent, but the repudiation of this permission or consent is not legally bounded to any special condition. The exercising of these kinds of rights is only limited by the prohibition of the abuse of right.

Accordingly to the prohibition of the abuse of right most of the cases concern on the *abusive exercising of rights related to joint property*. The incidence of these acts can be explained by the notion and the particularities of the property. Thus, the property – as the most complete subjective right – gives the most extended freedom in the private law, which links a person and an

---

<sup>14</sup> Judicial Decisions published under No. BH 1992/1/28., part I.

<sup>15</sup> Judicial Decisions published under No. BH 2000. 98. Decision on principles No. EBH 1999. 92. of the Curia of Hungary.

object. The joint property is a necessary community, which results several rubbing points and controversial situations, which lead to the abuse of right.

In the course of exercising ownership rights the substitution of the legal statement of either of the joint owners is only possible, if this joint owner exercises his or her ownership rights abusively. As to the Hungarian judicial practice, in the case of a jointly owned superstructure the consent of either of the joint owners can be substituted by judgement, if it is needed for the giving out of a building permit<sup>16</sup>. Contrary to this, the judicial practice for several decades consistently traversed, that the right to terminate the joint property can be exercised abusively with the harming of the other joint owner's reasonable interests<sup>17</sup>. Nevertheless, today some judgements are known, in which the court stated, that the abuse of right shall be taken into consideration during the exercising of the right to terminate the joint property<sup>18</sup>.

In the field of the *law of obligations* is also typical, that the obligee exercises his or her certain right abusively. This right can be the *right to contest* (which concern on the ascertainment of the contract's invalidity)<sup>19</sup>, but can also appear in the abusive exercising of *unilateral forcing rights* (e.g. right of withdrawal<sup>20</sup> or termination, pre-emption right, etc.).

However, the adjudication of the abuse of unilateral forcing rights is not uniform. In a certain case the abusive exercising of pre-emption was realised by the simulating of a contract conclusion. According to this case, *Lajos Vékás*, the "father of the new HCC" said, that this situation shall be judged not under the rule of the abuse of right, but under the provisions on the invalidity of the contract. As to Vékás, the general clause on the content of the abuse of right is an 'opened norm'. Therefore, the application of this norm is only proper, if there is not another concrete provision, under which the certain state of affairs can be justified<sup>21</sup>.

In another judgement the Curia stated, that the right of termination – if it can be exercised freely and does not required explanation –, has discretionary nature, therefore can not be exercised abusively<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> Judicial Decisions published under No. BH 2000/12/535., No. BH 2003/3/107., No. BH 204/4/139., No. BH 2004/9/356., No. 2006/8/246., No. BH 2007/2/43. part I., No. BH 2007/7/225.; No. BH 2007/10/333., No. BH 2010/8/212. part I.

<sup>17</sup> Judicial Decisions published under No. BH 1990/10/377.

<sup>18</sup> Judicial Decisions published under No. BH 2012/12/289., No. BDT 2009. 2151.

<sup>19</sup> Judicial Decisions published under No. BH 1985. 385., BH 1994. 187.

<sup>20</sup> Judicial Decisions published under No. BH 2009. 82., No. BH 2011/1/10.

<sup>21</sup> GÁRDOS Péter – VÉKÁS Lajos: *A Polgári Törvénykönyv magyarázatokkal*, Complex Kiadó, Budapest, 2013, p. 23.

<sup>22</sup> Curia Decison No. Pfv.VIII.20.725/2010/8.

## 2. Abuse of right over the borders of the classical civil law

### 2.1. Glance at the competition law: seclusion from contract conclusion

As it was mentioned before, the Hungarian judicial practice is consequently keeps to the standing point, that the freedom of contract – as one of the most personal substantive rights behoving the legal subjective –, excludes the realisation of abuse of right.

However, outside the borders of the civil law, the competition law rules exceptionally recognize the *refuse of contract conclusion* as a certain case of abuse of right, when the refuse of the contract conclusion (*seclusion from contract conclusion*) is based on the *abuse with the party's dominant position*.

Article 21 of the Act No. LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices (hereinafter Competition Act) pronounces in general the prohibition of abuse with dominant position. Moreover, the Act also appraises some concrete cases. As to the above referred article of the act, a party abuses with the dominant position, if refuses – without justification – to create or maintain business relations appropriate for the type of transaction. (The creation of business relations includes the conclusion of the contract.) Until 15<sup>th</sup> March 2014, i.e. until the new HCC came into effect, the above mentioned case was regulated only by the Competition Act. Nonetheless, in the new civil code appears also a provision, which practically takes over the above referred article of the Competition Act and therefore redoubles the regulation.

The double regulation of a certain legal situation, namely the seclusion from contract conclusion with abusing with the dominant position, basically seems to be causeless and fully unnecessary. But the aims of the regulation worded by the law-maker explain the reason of this regulation method. The Competition Act primary concerns on the abuse-wise nature of the conduct and aims at the stating of the violation of law. As legal consequences, it applies the forbidding from the concrete conduct and makes possible the imposition of fine. As it can be seen, penalizing (application of sanction) and prevention are the primary aims of the competition law regulation. In contrast with the Competition Act, HCC puts emphasis on the non-existence of the contract and gives the answer with ensuring the possibility of the creation of the contract by the court to the seclusion from contract conclusion, as an abusive conduct<sup>23</sup>. Thus, instead of applying a sanction, the HCC concentrates on the relationship, which exists between the party being in dominant position and the other party (the potential contracting partner).

---

<sup>23</sup> MISKOLCZI BODNÁR Péter: *A versenyjog és az új Ptk.*, In: *Versenytükör*, 2014/1., pp. 73-90, p. 83.



With regard to the objectives of the Competition Act and the HCC, declared by the law-maker, we sum up, that the double regulation on the seclusion from contract conclusion is not unnecessary. However, the closer examination of the provision in question arises several further questions. One of them is the interpretation of seclusion. In narrower sense it means the expressed refuse of contract conclusion. In wider sense, the notion also covers such a situation, when a party being in dominant position gives such an offer, which content foredoomed to make impossible the accepting of the offer.

The seclusion from the contract conclusion also arises, what the *unjustified* nature of the refuse does mean. Article 6:72 of the HCC makes possible the establishing of the contract by judicial act, if the seclusion from the contract conclusion was unjustified.

6:72. § [Breach of obligation to contract by abusing a dominant position]

Where a party unjustifiably refuses to conclude or maintain a contract by abusing his dominant position, the other party shall have the right to bring action and request the court to establish the contract between them under the principle of statutory obligation to contract.

The third question, which is arisen according to the seclusion from the contract conclusion, is the relationship between the Competition Act and the provisions of HCC on the duty of concluding a contract. The above referred article of the HCC words, that the latter provisions shall be applied on the creation of contract. It means, that – as to the law-maker's starting point – the party being in dominant position has a duty to conclude the contract.

***2.2. Refuse the conclusion of such a contract, which is resulted by a competition procedure***

As we mentioned before, under the Hungarian judicial practice the refuse of contractual statement basically can not be deemed as abuse. Therefore this kind of legal statement can not be substituted by the judgement of the court. This rule gets in a special light, if the contract conclusion does not depend on the party's intention, but the party is obliged to conclude the contract, because of his or her prior decision (agreement in principle) or a certain legal provision. In these cases the party is burdened by the duty to conclude a contract. This obligation is based, for instance, on legal provision in the case of tendering procedures, when – apart from some exceptional cases – the contracting authority is obliged to conclude a contract and mostly can not be acquitted of its duty.

Within the contracts, which have to be concluded as a result of a tendering procedure, we shall differ between those, which are based on the provisions of

the Articles 6:74-6:76 of the HCC and those, which are regulated by other single legal acts (e.g. concession act, act on public procurement, etc.).

Paragraph (1) of the Article 6:74 of the HCC declares, that if the party gives a contract notice, in which he or she asks for an offer from several persons and he or she is going to conclude the contract with the tenderer, who makes the most favourable bid with regard to the content of the contract notice, the party who has given the contract notice is obliged to conclude the contract. This party can refuse the contract conclusion only in the case, if he or she previously stipulated this right in the contract notice. In the lack of such a stipulation the party's conduct, the non-giving (i.e. refusing) of the contractual statement is not only abusive, but breaches the duty to contract conclusion. With regard to this, under the provisions of the HCC on the duty to contract conclusion, the court has the right to create the contract and ascertain its content<sup>24</sup>.

HCC knows only a single case, when the refuse of contract conclusion shall be considered lawful. As to the paragraph (4) of Article 6:71 of HCC the party has the right to refuse the conclusion of the contract, if he or she would not be able to fulfil the contract or should terminate or withdraw from the contract.

The HCC clearly and unanimously regulate the relationship between the duty to conclude a contract and the right to refuse the conclusion. However, the picture is not so clean, if the duty to contract conclusion is based on a provision of a single act outside the civil law. In this case the public procurement provisions shall be examined.

Paragraph (1) of Article 131 of the Act No. CXLIII of 2015 on the public procurement (hereinafter PP) states, that after a successful contract award procedures, contracts shall be concluded in writing, with the entity (person) winning the procedure in accordance with the final terms communicated in the contract award procedure, the content of the draft contract and the tender. The duty to conclude the contract covers on the one hand the conclusion of the contract in narrower sense and the freedom of choosing the contracting party, one the other hand. Nevertheless, this duty burdens the contracting authority only in those cases, if the public procurement procedure is successful. (The detailed rules on the success of the procedure are regulated by PP. Since the subject-matter of this study does not require the examination of these rules, furthermore we do not deal with them.)

The paragraph (9) of the above referred article of the PP ascertains an exceptional case, in which the contracting authority can be freed from the duty to conclude the contract. Thus, the contracting authority shall not conclude the

---

<sup>24</sup> HCC, Art. 6:71, paragraph (1)

public procurement contract with the winner, if – unforeseeable and unavoidable reasons beyond its control – material circumstances arise after the sending of the written summary on the evaluation of tenders, which make the contracting authority incapable to conclude or perform the contract. As it can be seen, the law-maker places the classical civil law originated *clausula rebus sic stantibus* rule into the public procurement provisions, in order to free the contracting authority from its duty.

However, another question is arisen, namely, which legal consequences shall be applied, if the party refuses the contract conclusion, even he or she is burdened by the duty to conclude the contract. In the public procurement legal debates the Public Procurement Arbitration Board proceeds (hereinafter Board). Since the Board is an arbitration body, but not a court, its righty extends only for the ascertainment of the violation of law and the imposition of a forfeit, but has no right to create a contract. A further problem is the judging of the act of the party, who refuses the conclusion of the contract, from the viewpoint of the abuse of right. In its general provisions the PP declares some principles; some of them have civil law nature, e.g. good faith and fair dealing, and requirement of exercising rights in accordance with their social function. At the certain case the latter has special importance, since it was set into the PP instead of the prohibition of the abuse of right.

Not only the declaring of the above mentioned civil law originated principles ensures the relationship between the civil law and the public procurement law, but the PP also states the hinter and supplementary application of civil law rules regulated by HCC on the public procurement contracts. Upon this provision, the state of affairs of the abuse of right can indirectly applied for acts in the public procurement law, i.e. the party's refusing conduct can also be judged from civil law viewpoint and the abuse of right can be ascertained.

In the course of the public procurement procedures we face with several other abusive acts. According to the choosing of the type of the public procurement procedure, contracting authorities often refer to the exceptional urgency of the purchase, in order to apply negotiated procedures without prior publication of a contract notice. (Normally, this kind of procedure can only used, if certain preconditions are fulfilled.) Another field of the public procurement law, in which abusive acts are typical, is the area of the so-called in-house purchasing; the groundless initiating of a remedy procedure is also well-known. We are going to deal with this latter question in detail in the last part of this study.

### 2.3. Abuse of right in the field of company law

In the course of examining the emergence of the abuse of right outside the civil law, we have to pay attention to the field of company law too. First of all it shall be pinned down, that Hungarian jurisprudence does not treat the company law as a part of classical civil law, but as a single part of private law. Contrary to this approach, as a result of the Hungarian private law recodification process, company law was integrated into the new civil code. Thank to this, HCC shall be treated not only as a classical civil code, but rather as “private law constitution”.

The question on the building-in of the company law into the HCC excited serious debates during the codification process till the last. (It is worth to mention, that the first HCC, accepted in 2009, which latter did not come into force, did not contain the company law relations.) At present, it goes without saying, that company law rules also keep the part of the HCC. However, the method of the regulation brings up subsequent questions, which also concern the abuse of right. These questions (or some part of them) are to be answered probably in the next few years by the judicial practice.

Since the company law is placed into the HCC, principles, which transpierces the whole code (e.g. the prohibition of the abuse of right), are also applied to this field of law. At the same time, it is a question, how to apply in the company law such a legal institution, which is circumscribed with uncertain contours and has fairly plastic content.

The answer can be given under the provisions of the HCC on the one hand, but the prior judicial practice also gives guidelines, on the other hand. Thirdly, we can study the civil law of foreign states (e.g. France), where the application of the prohibition of the abuse of law in the field of company law, is recognized by the judicial practice from the 1960s<sup>25</sup>.

Abuse of right has several concrete forms in the company law. Some part of these *abusive conducts relates to the existing of right of membership* (e.g. voting right). These kinds of conducts transcend the civil law category of the abuse of right, since the possibility to abuse always depends on the current situation of the member, i.e. the role, which he or she acts within the company, the measure of his or her influence on the decisions of the company. These conducts are mostly motivated by the private interests of the member, what he or she intends to vindicate against the interests of the company and other members.

---

<sup>25</sup> See in detail Anne-Laure CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU: *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité. Etude comparative des droits français et nord-américain des sociétés*, Dalloz, Paris, 2010

Abusive conducts also appear as *abusing with majority influence* (e.g. shareholder right, within voting right), which can cause not only the lack of decisiveness of the supreme body, but the unserviceable of the company. In such cases the lawfulness of the supreme body's decision is in query. The abuse of majority influence is legally barred by the provisions on the defence of minority rights.

Abuse also can be realized by such an influence, which ensures the control over the operation of the company. *Abuse with minority rights* is also possible, when they are exercised contrary to their aim, i.e. they concern on the blocking of majority intention or aims at the hamstring of the company's operation. For instance, HCC appraises the minority right to initiate an audit, which also can be exercised abusively. In such a case, the court refuses the execution of the claim, which aims at the initiation of audit<sup>26</sup>.

The HCC also appraises the case, when a member of the company exercises abusively the right to consult. As to the HCC, executive officer is obliged to furnish information about the legal person for the members (founders) of the company and to ensure the introspection into the writings about the company and the records<sup>27</sup>. In the case, if the member exercises its right to consult abusively, the executive officer can refuse the giving of information and the introspection. If as to the opinion of the member the executive officer's conduct was unjustified, the member has the right to turn to the court, which can ascertain the unjustified nature of the refuse and can oblige the executive officer to furnish the required information<sup>28</sup>.

Next to the above mentioned cases, there is another well-known situation within the company law, namely, when *the person proceeding in the name of the legal person* (typically the executive officer) *abuses with the separate legal personality of the company*. On the surface this person suggests for third persons, that he or she proceeds in the name and interest of the legal person. Indeed, he or she distracts the pecuniary benefits for his or her private wealth. In this case, the certain member of the company abuses with the advantages originating from the separate liability of the legal person and with this act causes damage for third persons.

The abuse with the separate legal personality (and liability) of the company can be perceive as the company law concretisation of the general civilian thesis of the abuse of right. In our days, courts handle consequently this situation, since they do not accept, when the member of the company refers to the

---

<sup>26</sup> HCC, Art. 3:104, paragraph (1)-(2)

<sup>27</sup> HCC, Art. 3:23, paragraph (1)

<sup>28</sup> HCC, Art. 3:23, paragraph (2)

separate legal liability in such a case. This legal institution, which is well known in the German (*Haftungsdurchgriff*) and English (pierce the corporate veil) company law, called transfer of liability (passing through of liability) in the Hungarian law<sup>29</sup>. In this case the court has the right to ascertain the liability of the natural person proceeding in the name of the legal person, although the legal person has separate legal personality. The court resolves the limited liability of the company and transfer there, where the property, which has been “rescued” from the company, can presumably be found.

The principles and conditions, which designate the way to the ascertainment of the liability of the member, are worked out by the judicial practice. From the end of the 1990s, several judgements have been born in the topic. In the lack of a certain relevant company law provision, these judgements referred to the Article 5 of the HCC (i.e. general prohibition of the abuse of right) as the base of the ascertainment of the liability<sup>30</sup>. From the practice of the upper judicial practice special attention has to be paid to the Opinion No. 1/2005 (dated on 17<sup>th</sup> June) of the Civil Law Counsel of the Court of Appeal of Szeged (hereinafter Opinion)<sup>31</sup>. This Opinion summed up the content of the former judgements and traced the transfer of liability back to the general prohibition of the abuse of right, which is declared in the HCC. As to the Opinion, the abuse of right is realized especially, when the legal person expressly works for such an aim, which is contrary to the legal order, aims at the damaging of third persons (creditor) or the member of the company suggests, that he or she proceeds in the name and interest of the company.

---

<sup>29</sup> See AUER, Ádám: *A jogi személy elkülönült jogalanyiségével való visszaélés a magyar társasági jogban, tekintettel a német társasági jogra és a Ptk. kodifikációjára*, [http://www.rodosz.ro/files/Auer\\_Adam.pdf](http://www.rodosz.ro/files/Auer_Adam.pdf), Date of download: 09.10.2014. and KISS, Tibor: *Felelősség – áttörés a bírói gyakorlatban*, In: Debreceni Jogi Műhely, VII. (2010) 1., [http://www.debrecenijogimuhely.hu/archivum/1\\_2010/felelosseg\\_attores\\_a\\_biroi\\_gyakorlatban/](http://www.debrecenijogimuhely.hu/archivum/1_2010/felelosseg_attores_a_biroi_gyakorlatban/), Date of download: 09.10.2014., BREHÓSZKI, Márta: *Mennyire korlátolt a jogi személy gazdasági társaságok tagjainak felelőssége? A felelősség-áttörés hazánkban és a “lepelátszúrás” doktrínája az Amerikai Egyesült Államokban* (Dissertation), Budapest, 2009, p. 201; SOBOR DÁVID: *Lehet-e helye a joggal való visszaélés tilalmának a társasági jogban?* Pázmány Law Working Papers, 2014/17., pp. 1-11; CSEH, Tamás: *A vezető tisztségviselő és a társaság egyetemleges deliktualis felelőssége?* In: Polgári Jogi Kodifikáció, 2008/5-6., pp. 31-36

<sup>30</sup> See judicial decisions published under No. BH 1999. 118., No. BH 1999/10/465.. Judicial Decisions published under No. BDT 2003. 840., No. BDT 2008. 5., No. BDT 2008.99., No. BDT 2008.1802.; Decision on principles No. EBH.2004.1135. of the Curia of Hungary. Judicial Decision published under No. ÍH.2004.143. in the “Decisions of the Regional Courts of Appeal” (“Ítéletáblai Határozatok”, hereinafter ÍH). ÍH is an orderly publication (published by the HVG-ORAC), in which the most important selected decisions of the five Courts of Appeal are published.

<sup>31</sup> This opinion was modified by the Opinion No. 2/2008 (dated on 4<sup>th</sup> of December) of the Civil Law Counsel of the Court of Appeal of Szeged.

Although the transfer of liability can be treated as a special remedy of the concrete case of abuse of right appearing in the field of company law, as to the judicial practice, the abusing conduct is not enough on its own, but an extra element is to be exist: next to the unlawful and wrongful damaging, the abusing conduct of the member shall be voluntary, fraudulent and tendentious.

According to the abuse of the separate legal personality of the legal person and the transfer of liability, it shall be emphasized, that the frames of these legal institutions has not been designed neither the former Hungarian company law, nor the civil law. The transfer of liability developed solely along the way, which was designated by the judicial practice. This situation has not been change after the coming into force of the new HCC, since the code does not contain any relevant legal provision. Therefore in the future courts will presumably follow the previously evolved, HCC-conform practice. This ascertainment could be especially true with regard to the fact, that as a result of the integration of company law into the HCC, the general civil law principles function not only as hinter “mother-law” rules, but they can directly applied in the company law debates.

The last example of the abuse of right, which appears in the field of company law, is less significant in the judicial practice yet, but brings several questions up in the day-to-day activity of attorneys. According to the executive officer’s liability against the company, HCC contains provision on a certain legal institution called *deliverance*. (However it was already known in the former law, the new code softened on its rules.) During the operation of the companies, the supreme body has the right to accept the annual report of the company. At the time of this acceptance, the supreme body can give the so called deliverance, under which – after the examination of the report – it can disclaim about the future enforcing of compensation claim against the executive officer. Deliverance is such a legal statement, which ascertains the conformance of the executive officer’s managing activity. Is the supreme body gives such a statement, it can only claim for compensation against the executive officer because of the breach of executive duties, if it can prove, that the facts and data, which the deliverance has been based, are false or deficient<sup>32</sup>.

It shall be emphasize, that the giving of deliverance is a right and not a duty for the supreme body; it can freely decide about the giving or refusing of deliverance<sup>33</sup>. The decision about the deliverance means the disclaiming about the future compensation claim. Therefore, it is a kind of substantive law and the

---

<sup>32</sup> HCC, Art. 3:117, paragraph (1)

<sup>33</sup> Judicial Decision No. Pf. II. 20.032/2009/3. of the Győr Regional Court of Appeal

supreme body (i.e. the obligee of this claim) can decide about the enforcement at its discretion.

#### 2.4. Abuse of right in procedural law

Although we pinned previously down, that the abuse of right appears most significantly in the field of civil substantive law, it also can exist in other areas of law, like the different procedural laws.

In the first half of the 20<sup>th</sup> century several legal author referred to the appearance of the abuse of right in the procedural law. *Géza Magyar* spoke about forbidden procedural acts<sup>34</sup>. As to *Gusztáv Szász-Schwarz*, if the exercising of the right to speech and right to proposal is extreme and obstructive, it can be deemed as the abuse of the right to hearing in the course of the litigation<sup>35</sup>.

*László Villányi* differed between the 'abuse of right and the 'abuse of the external forms of law'. In his reading, this latter meant the procedural law appearances of abusive acts, especially if somebody uses the law's technical tools for vindicating an obviously groundless claim<sup>36</sup>. Albeit Villányi designed the lines between the groups of the abusive acts, he treated them equal. Similarly, as to *Károly Szladits*, the recourse of a remedy means the abuse with the legal permission, if the remedy misses the legal ground and the interest, even if its using is legal<sup>37</sup>. As to *Gyula Eörsi*, the abuse of right within the procedural relations manifests itself by lengthening and complicating the jurisdiction<sup>38</sup>.

Contrary to the above mentioned theories, which approach the appearance of the abuse of right within the procedural law fairly carefully, another Hungarian scholar, *László Újlaki* said, that the appearance of these acts is not only possible, but evident, because of the 'biological linkage' existing between the civil (substantive) and civil procedural law<sup>39</sup>. The substantive character of a right is based on the fact, that the demand to defence is inhere. In the case of a certain legal conflict, the judgement of a court rolls the substantive right back. The civil (substantial) law relationship, which exists between the parties, continues in another, procedural law relationship.

<sup>34</sup> MAGYARI Géza: Polgári perjog III., 1939, p. 288.

<sup>35</sup> SZÁSZ-SCHWARZ Gusztáv: *Parerga*, Budapest, 1912, p. 226

<sup>36</sup> VILLÁNYI László: *A magyar magánjog rövid tankönyve*, 1941, p. 408

<sup>37</sup> SZLADITS Károly: *A magyar magánjog vázlatja*, I. kötet, 1935, p. 172

<sup>38</sup> EÖRSI Gyula: *Összehasonlító polgári jog. Jogtípusok, jogcsoportok és a jogi fejlődés útja*, 1975

<sup>39</sup> ÚJLAKI László: *Visszaélés a joggal a polgári eljárásban*, In: *Jogtudományi Közlöny*, 1989/9., pp. 455-461, p. 456



The appearance of the abuse of right in the civil procedural law strongly occupied the Hungarian legal literature, but not the judicial practice, where the number of the judgement, which concern on the emergence of the abuse of right in the civil procedural law, is vanishing. The Curia (prior Supreme Court) worded out in several judgements that the abuse of right is forbidden not only in the field of civil (substantive) law, but in the area of civil procedural law<sup>40</sup>. This thesis is strengthened by the provisions of the relevant acts (i.e. Act No. III. Of 1952 on the Code of Civil Procedure (hereinafter CCP) and the Act No. LIII of 1994 on the judicial foreclosure), which make possible the imposition of fine<sup>41</sup> or obliging for the compensation of extra expenses<sup>42</sup> caused by the abusing with a certain procedural right.

The abusing conduct can appear in the most different ways in the civil procedural law. Abuse, when the party breach the duty to truthfulness (so-called procedural lie), i.e. he or she states untrue fact or denies true fact or withhold significant facts. In other cases the conduct of the party is “obviously groundless” (e.g. refer to a proof or propose a contradiction) or “unreasonably delayed” (e.g. making a statement, fulfilment of a certain procedural act, failing a deadline, etc.). The main aim of these conducts is typically the retardation of the procedure’s finishing, which causes extra expenses for the other party, at the same time. These acts can be ranked under the category of the so-called “malicious litigation”, which realize not only abuse, but are also contrary to the requirement of “good faith litigation”, which can be read out from the principles of the CCP.

Although we mentioned some concrete examples of the abuse of procedural rights, we have to emphasize, that abuse-wise conduct can appear not only in the course of a concrete procedure, but the initiation of a civil procedure without any legal ground (so-called tenacious altercation) can also serve the base of the ascertainment of the abuse, on its own.

Summing up the introduced standing points and the relevant judicial practice, it is clear, that the abuse of right can not remain a phenomenon of the civil substantive law, since – because of the ‘biological linkage’ – it necessarily seeps into the other branch of civilistic, namely into the civil procedural law.

---

<sup>40</sup> Judicial Decisions published under No. BH 1984.21., BH 1985.65., BH 1997.218.

<sup>41</sup> See. CCP Art. 8, paragraph (3)-(4), Art. 8, paragraph (6), Art. 19, paragraph (2), Art. 101, paragraph (2)-(3), Art. 114, paragraph (5), Art. 185, paragraph (1), Art. 197, paragraph (5), Art. 320, paragraph (2), Art. 386/H, paragraph (4), Art. 394/B, paragraph (9). Act No. LIII of 1994, Art. 45/A, paragraph (1)-(2), Art. 204/D, paragraph (5), Art. 217, paragraph (5)

<sup>42</sup> HCP, Art. 8, paragraph (5), Art. 101, paragraph (2)-(3)

**Closing remarks**

On the last few pages we got familiar with the Hungarian theoretical background of the doctrine 'abuse of right' and the judicial practice related to it. After a short historical review of the Hungarian private law development we introduced not only the most frequently appeared cases of the abuse, but all those rights, which can not be exercised abusively as to the standard judicial practice.

However, the adjustment of the abusive cases is not uniform neither within the field of the classical civil law, nor over its borders. Several interesting – and at the same time fairly difficult – questions arise in the competition and company law, and the thorough examination and interpretation of the abuse of right within the civil procedural law also lead us more and more away.

The problems related to the abuse of right, which have been flashed within the frames of this study, have special significance from several viewpoints. On the one hand, they pointed out, that the abuse of right as classical civil law institution has several effects, which overarch the borders of the civil law. On the other hand, it is unanimously proved, that abuse of right has certain special features, which manifest in other fields of law. Discovering and unfolding these particularities is able to enrich not only the notion, but the whole doctrine of the abuse of right.

The way has been designed, on which we have to go away, since the examination of the basic characteristic of the abuse of right over the civil law borders is not thorough. There are some further tasks, which – with special regard on the new HCC – are extremely topical in order to improve the Hungarian private law.

# Considerații cu privire la nulitatea testamentului conjunctiv

Lect. univ. dr. **Juanita GOICOVICI\***  
Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca  
Facultatea de Drept  
Departamentul Drept Privat

## Abstract

*The provisions of article 1036 of the new Romanian Civil code prohibit the joint will, which is described as a single instrument that contains the wills of two or more persons and which is jointly executed. Customarily, a joint will disposes of property that the testators own either jointly or in common. Mutual or reciprocal wills have symmetrical provisions for each testator, this type of will being usually used between spouses, whereby each will provides for the other spouse in an identical manner. Despite the marginal title of article 1036 of the new Romanian Civil code, the legal prohibition does not include the reciprocal will (reciprocal designation of inheriting), only the joint wills being thus affected by nullity, as referring to a single text containing reciprocal dispositions, followed by the signature of two or many testators. Reciprocal designation of inheriting is not prohibited as such; therefore, two or more testators (whose quality of husband and wife or relatives may be also incidental) may be nationalized as successors (for all, a part of the inheritance or single goods), not by the means of a joint will, close to the contractual form, but by the means of two distinct, separate (and separable) wills, the unilaterally ad nutum revocable character of which may not be placed under uncertainty.*

**Keywords:** joint will, mutual will, reciprocal will, nullity, testator

## Rezumat

*Dispozițiile art. 1036 NCC postulează prohibiția testamentelor conjunctive, descrise ca reprezentând un singur act juridic în sensul de instrumentum, prin care este exteriorizată voința testamentară a două sau mai multe persoane. De regulă, astfel de testamente vizează distribuirea bunurilor deținute de către testatori în proprietate comună. Testamentele mutuale sau reciproce conțin dispoziții simetrice pentru fiecare testator, fiind de regulă practicate între soți,*

---

\* jgoicovici@yahoo.com

situație în care fiecare dispune în favoarea celuilalt soț, în ipoteza supraviețuirii legatarului. În pofida denumirii marginale a art. 1036 NCC, prohibiția legală nu se referă la dispozițiile testamentare reciproce (desemnarea reciprocă în calitate de legatar), ci la testamentele comune, fiind interzisă utilizarea unei forme testamentare colective urmată de semnăturile a doi sau mai mulți testatori. Reciprocitatea legatelor nu este, în sine, interzisă, astfel încât două sau mai multe persoane (având sau nu calitatea de soți, rude etc.) se pot desemna reciproc ca legatari (universalii, cu titlu universal sau particular), însă nu printr-un text testamentar unic, apropiat de cel al contractelor, ci doar prin testamente distincte, separate (și separabile), a căror posibilitate de revocare unilaterală ad nutum să nu poată fi plasată sub semnul incertitudinii.

**Cuvinte-cheie:** testament conjunctiv, testament mutual, testament reciproc, nulitate, testator

### 1. Observații introductive

Prohibiția testamentelor conjunctive postulată în prezent de art. 1036 NCC a fost explicată, în literatura de specialitate, fie ca dovada impunerii, de către legiuitor, a unei veritabile *cerințe de fond*<sup>1</sup> aplicabilă testamentelor, fie ca o simplă *condiție de formă*<sup>2</sup>, respectată de îndată ce dispozițiile testamentare mutuale figurează în înscrisuri diferite. Aderarea la una sau la alta din opinii nu rămâne fără consecințe în planul *sanțiunii* aplicabile testamentelor informale în baza art. 1036 NCC, ca și în cel al *domenialității* acestei prevederi.

Sub sancțiunea nulității absolute, art. 1036 NCC interzice testamentul prin care două sau mai multe persoane dispun, „prin același testament, una în favoarea celeilalte sau în favoarea unui tert”<sup>3</sup>. Nucleul dispoziției prohibitive se găsește în sintagma „prin același testament”, legiuitorul neinterzicând voința testamentară reciprocă în sine, cât timp este exteriorizată prin testamente

<sup>1</sup> Pentru interpretarea prohibiției sub imperiul vechiului Cod civil, a se vedea: C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, Editura Națională „S. Ciornei”, București, 1928, pp. 822 și 823; G. Plastara, *Curs de drept civil român*, vol. III, partea I, *Succesiuni și liberalități*, Ed. Cartea Românească, București, p. 479.

<sup>2</sup> A se vedea, pentru această opinie în contextul dispozițiilor vechiului Cod civil: M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. Cartea Românească SA, București, 1921, pp. 348 și 349; M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul R.S.R.*, Editura Academiei, București, 1966, pp. 245 și 246; St.D. Cărpenu, *Drept civil. Drepturile de creație intelectuală. Succesiunile*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1971, p. 226; E. Safta-Romano, *Dreptul de moștenire în România*, vol. I, Ed. Graphix, Iași, 1995, pp. 180-183. Pentru importante detalii legate de aplicarea nulității testamentelor conjunctive sub imperiul noului Cod civil, a se consulta D. Chirică, *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, pp. 247-249.

<sup>3</sup> Prohibiția testamentelor conjunctive persista în vechiul Cod civil, la art. 857 C. civ.

distincte, cu respectarea cerințelor de formă imperative, cu respectarea caracterului unilateral și revocabil al testamentelor.

O remarcă esențială este, credem, aceea că, în sine, preocuparea patrimonială pentru cauză de moarte în sensul unor dispoziții reciproce în favoarea supraviețuitorului este cât se poate de firească între soți, de pildă, între frați și surori etc., legiuitorul neinterzicând ca aceștia să testeze reciproc unul în favoarea celuilalt, cât timp o fac prin testamente distincte, ca produs al voinței unilaterale de a testa, cu prezervarea caracterului revocabil al testamentului.

## 2. Precizări terminologice. Testament comun, testament reciproc și testament mutual

Mai înainte de a aborda problema nulității acestui tip de testamente, este util să diferențiem între trei tipuri de testamente: (a) *testamentul comun*, (b) *testamentul reciproc* și (c) *testamentul mutual*.

(a) *Testamentul comun* (colectiv)<sup>4</sup> – prohibit în sisteme de drept continental, precum cel francez și român, din chiar pricina definirii testamentului ca act *în mod esențial* unilateral – este testamentul care servește pentru exteriorizarea ultimei voințe a două sau mai multe persoane; un atare testament este utilizat, de cele mai multe ori, pentru a dispune de drepturi de proprietate pe care co-testatorii le dețin în comun (coproprietate).

(b) Sintagma *testament reciproc* desemnează testamentul prin care fiecare dintre testatori îl indică pe celălalt ca beneficiar al transmisiunii succesoriale, în caz de supraviețuire, fiind încheiat de obicei între soți, din motive (inclusiv afective) lesne de înțeles;

(c) *Stricto sensu*, prin *testamente mutuale* se înțeleg testamentele redactate în acord cu o înțelegere prealabilă dintre cei doi testatori, în sensul desemnării (uneori doar parțiale) a aceluiași beneficiar/acelorași beneficiari (de pildă, cazul soțului și soției care convin în avans ca legatarul amândurora să fie unul dintre copiii lor ori o anumită fundație). Pentru aplicarea calificativului de „testament mutual” nu este necesară cumularea, în același *instrumentum* (act material) a ambelor voințe *mortis causa*, fiind suficient ca textul celor două testamente să

---

<sup>4</sup> Desemnat prin expresia *joint will*, testamentul *comun* (*colectiv*) a fost teoretizat îndelung în dreptul anglo-saxon, unde practicarea sa este relativ tradițională. Încheierea acestui act juridic este permisă, totuși, doar în unele state americane (New-York, de pildă), fiind privită cu multă reticență în altele. Existența și conținutul documentului trebuie probate la moartea fiecăruia dintre co-semnatari. De regulă, supraviețuitorul/supraviețuitorii co-testatori sunt desemnați prin testament ca executori ai dispozițiilor acestuia, în privința drepturilor supuse devoluțiunii succesoriale. Pentru detalii, a se vedea J.H. Gingrich, *Wills, Estates and Trusts*, Delmar Publishers, New York, 1996, p. 154.

se fondeze pe o *înțelegere* (pe un acord prealabil) intervenită între testatori (de unde și ideea de „mutualitate”). De remarcat opțiunea anumitor autori<sup>5</sup> de a numi prin formula „testament mutual” și testamentele *reciproce*, întrucât – în chip evident – soții (ori concubinii) care se desemnează, unul pe celălalt, în caz de supraviețuire, ca moștenitor procedează astfel în baza unei înțelegeri apriorice. Firește, testamentele reciproce sunt – în accepțiunea reținută de noi – și *mutuale*. În sens restrâns însă, testamentul mutual desemnează și testarea – convenită în prealabil – a două sau mai multe persoane, *în favoarea unui beneficiar comun*<sup>6</sup>.

În opinia noastră, opțiunea legiuitorului român pentru denumirea marginală de „Testamentele reciproce” pentru textul prohibitiv al art. 1036 NCC este una neinspirată, fiind mai pertinentă sintagma „Testamentele conjunctive”, având în vedere că ceea ce interzice textul de lege citat nu este voința reciprocă de a testa în sine, care nu este maculată în principiu de încălcarea vreunei norme de ordine publică ori bunele moravuri. După cum subliniam mai sus, preocuparea reciprocă a soților în ceea ce privește reglarea transmisiunii succesoriale pentru soțul supraviețuitor este una logică și morală, ceea ce interzice art. 1036 nefiind ca soții să-și lase reciproc averea *post mortem*, ci ca aceștia să utilizeze *același testament* pentru a include dispozițiile lor reciproce. Redactarea unui testament comun ar încălca atât caracterul unilateral al testamentului, cât și cerința esențială ca testamentul să poată fi revocat unilateral de către testator.

### 3. Este interzisă forma conjunctă sau dispoziția substanțială reciprocă?

După cum judicios s-a observat în literatura de specialitate<sup>7</sup>, interdicția testamentelor conjunctive este centrată pe o condiție de formă, având incidență ori de câte ori doi sau mai mulți testatori utilizează *același instrumentum* (element material), pentru inserarea de dispoziții reciproce ori simetrice (în favoarea aceluiași terț) care devin astfel inseparabile intelectual (element substanțial). În schimb, dispoziția testamentară reciprocă (prin care doi soți, de pildă, dispun reciproc unul în favoarea celuilalt sau în favoarea unui terț comun,

<sup>5</sup> A se vedea, de pildă, J.H. Gingrich, *cit. supra*, p. 155.

<sup>6</sup> Testamentele mutuale, ca și cele reciproce, sunt admise astăzi în majoritatea statelor nord-americane, dată fiind utilitatea lor incontestabilă, îndeosebi între soți. Dacă, între concubini, ar putea fi eventual criticată o asemenea soluție legislativă, *între soți* nimic nu este mai logic (în majoritatea cazurilor) decât preocuparea fiecăruia de a asigura confortul material al partenerului supraviețuitor.

<sup>7</sup> A se consulta: D. Chirică, *op. cit.*, p. 248; M. Grimaldi, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Ed. Litec, Paris, 2000, p. 303.

cum ar fi unul dintre copiii acestora) este valabilă dacă a fost exteriorizată în cuprinsul a două testamente distincte<sup>8</sup>.

Validitatea acestora nu poate fi contestată pe fond, textul art. 1036 NCC neinterzicând soților să opteze pentru nominalizarea persoanei celuilalt soț ca legatar (universal, cu titlu universal sau particular). Redactarea testamentelor reciproce poate avea loc pe foi separate sau chiar pe aceeași coală de hârtie, cât timp cele două testamente sunt redactate ca dispoziții distincte, complet detașabile una de cealaltă. În schimb, dispozițiile testamentare reciproce sunt lovite de nulitate absolută dacă sunt conținute într-un text unic, urmat de cele două semnături ale testatorilor.

În ipoteza în care testamentele reciproce au fost enunțate în acte juridice distincte<sup>9</sup>, cu atât mai mult prohibiția art. 1036 NCC nu este incidentă, legiuitorul neinterzicând soților să nominalizeze ca legatar persoana celuilalt soț, ceea ce este interzisă fiind utilizarea unei forme testamentare care să pulverizeze caracterul unilateral al testamentului ori libertatea revocării acestuia de către testator.

#### **4. Condiții de incidență a nulității absolute**

Suntem în prezența unui testament conjunctiv lovit de nulitate absolută dacă sunt întrunite cumulativ următoarele condiții: (a) existența unui text testamentar unic, urmat de semnăturile a doi sau mai mulți testatori; (b) existența unor dispoziții testamentare reciproce sau în beneficiul unui terț legatar comun, în baza unei voințe comune. Întrucât menținerea voinței de a testa de către celălalt testator este aleatorie, acestuia neputându-i-se interzice să-și revoce oricând propria opțiune testamentară, libertatea primului testator ar fi afectată, determinând o relație de dependență a dispozițiilor *mortis causa*, motiv pentru care atât în dreptul francez, cât și în dreptul succesoral român, testamentele comune (conjunctive) sunt interzise.

Ceea ce amenință principiul revocabilității și al caracterului unilateral este forma testamentară pentru care ar opta în acest caz testatorii (redactarea în comun a testamentului), precum și faptul că cele două dispoziții *mortis causa* sunt indisociabile, fiind utilizat un text unic pentru reglarea a două succesiuni<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> De pildă, sunt valabile următoarele testamente: „Subsemnatul, B.C., las toate bunurile mele soției mele G.C.” (datat și semnat); „Subsemnata, G.C., las toate bunurile mele soțului meu B.C.” (datat și semnat). În sensul posibilității utilizării aceleiași coli materiale, cu condiția ca cele două acte testamentare să rămână intelectual distincte, a se vedea M. Grimaldi, *cit. supra*, p. 302.

<sup>9</sup> De exemplu, fiecare dintre soți a testat în favoarea celuilalt prin testamente întocmite separat, eventual la date diferite (testamente reciproce succesive în timp).

<sup>10</sup> De pildă, este conjunctiv și, deci, afectat de nulitate absolută, testamentul redactat astfel: „Subsemnatul, B.C. las toate bunurile mele, la decesul meu, soției mele G.C. Subsemnata G.C. las

Din punct de vedere al formei, se poate spune că testamentul conjunctiv îmbracă o dimensiune convențională sau contractuală, care erodează caracterul în mod esențial revocabil al testamentului, ca act de ultimă voință. În literatura franceză de specialitate, s-a opinat chiar că, optând pentru o voință testamentară conjunctă, utilizând același *instrumentum*, fiecare dintre testatori se obligă implicit să-și mențină propria dispoziție testamentară în beneficiul celuilalt, ceea ce încalcă în mod evident caracterul revocabil *ad nutum* al testamentului<sup>11</sup>.

### 5. Reciprocitatea legatelor și validitatea testamentelor reciproce

Art. 1036 NCC interzice testamentul prin care două sau mai multe persoane dispun, „prin același testament, una în favoarea celeilalte sau în favoarea unui terț”. Centrul dispoziției prohibitive se regăsește în sintagma „prin același testament”, legiuitorul neinterzicând voința testamentară reciprocă în sine, cât timp este exteriorizată prin testamente distincte, cu respectarea cerințelor de formă imperative, a caracterului unilateral și revocabil al testamentelor. Două sau mai multe persoane (având sau nu calitatea de soți, rude etc.) se pot desemna reciproc ca legatari (universal, cu titlu universal sau particular), însă nu printr-un text testamentar unic, apropiat de cel al contractelor, ci doar prin testamente distincte, separate (și separabile), a căror posibilitate de revocare unilaterală *ad nutum* să nu poată fi plasată sub semnul incertitudinii.

Într-o decizie de referință<sup>12</sup>, instanțele franceze au reținut că unicitatea suportului formal nu antrenează prin ea însăși o indivizibilitate intelectuală între dispozițiile reciproce pentru cauză de moarte, la nivelul substanței (fondului) acestora, fiind important ca fiecare dintre testatori să-și asume separat, prin semnătură, voința testamentară în privința celuilalt legatar și ca această voință să rămână unilaterală și în mod esențial revocabilă. În speța citată, printr-un înscris sub semnătură privată, B., care împrumutase o sumă de bani de la C., stipula că îi lasă creditorului său la deces proprietatea unui imobil în contul sumei datorate, iar pe verso, creditorul stipula o remitere de datorie în favoarea lui B., pentru ipoteza în care debitorul i-ar fi supraviețuit lui C. Instanța de judecată a reținut validitatea testamentelor reciproce în acest caz, cu

---

toate bunurile mele, la decesul meu, soțului meu B.C.” (text unic urmat de semnăturile lui B.C. și G.C.). De asemenea, reprezintă un testament conjunctiv lovit de nulitate absolută, testamentul redactat în următorii termeni: „Subsemnații, B.C și G.C. stabilim că, la decesul oricărui dintre noi, celălalt să fie moștenitor unic al bunurilor.” (text unic urmat de semnăturile lui B.C. și G.C.).

<sup>11</sup> A se vedea, în acest sens, J. Flour, H. Souleau, *Les successions*, Litec, Paris, 1991, no. 209.

<sup>12</sup> T. Versailles, dec. din 1 febr. 1983, citată după J.-F. Montredon, *La désolennisation des libéralités*, LGDJ, Paris, 1989, p. 179.



argumentul că, deși au utilizat același suport material (față/verso), fiecare dintre testatori au redactat un act testamentar individual, scris de propria mână, datat și semnat separat, fără a utiliza un text unic urmat de două semnături, care ar fi imprimat o natură contractuală voiențelor lor postume<sup>13</sup>.

În pofida dispunerii scriptice a textelor testamentare pe același suport, testamentele mutuale vor fi valabile, sancțiunea nulității absolute neintervenind cât timp suntem în prezența a două dispoziții testamentare distincte, asumate separat prin semnătură de către fiecare testator<sup>14</sup>.

## 6. Importanța separării voiențelor postume

După cum subliniam în paragrafele precedente, cerința de formă dedusă din dispozițiile art. 1036 NCC implică scindarea voiențelor testamentare reciproce<sup>15</sup>, în eventualitatea în care acestea există (precum între soți sau rude apropiate, de pildă). De aceea, va fi valabilă manifestarea de voiență asumată separat<sup>16</sup>, prin semnătura testatorului, chiar dacă pe fond există o alegere simetrică și reciprocă de legatar (universal, cu titlu universal sau legatar particular). Cei doi testatori pot opta pentru desemnarea reciprocă în calitate de legatar, cât timp o fac prin testamente separate, evitând redactarea unui text testamentar comun, interzis de litera și spiritul art. 1036 NCC.

---

<sup>13</sup> Tot astfel, dacă beneficiarul liberalității a semnat la rândul său în cuprinsul testamentului declarând că acceptă liberalitatea, s-a decis că nu suntem în prezența unui testament conjunctiv prin simpla prezență a două semnături (a testatorului și a legatarului), întrucât este vorba despre un singur testament, iar nu despre voiențe testamentare multiple care ar regla două sau mai multe succesiuni prin același act; a se vedea M. Nicod, *Formalisme des testaments, Répertoire civil Dalloz*, Paris, 2008, p. 849.

<sup>14</sup> După cum aminteam mai sus, va fi lovit de nulitate testamentul conjunctiv redactat astfel: „Eu, B., și eu, C., dispunem fiecare ca primul care va deceda să-l moștenească pe celălalt”. Va fi, în schimb, valabil testamentul fiecăruia dintre soți (conținând legate reciproce), în termenii: „Eu., B., dispun ca soțul C. să fie moștenitorul bunurilor mele, dacă voi deceda prima (semnătura lui B)”, respectiv „Eu., C., dispun ca soția B. să fie moștenitoarea bunurilor mele, dacă voi deceda primul (semnătura lui C)”.

<sup>15</sup> În acest sens, s-a scris despre importanța faptului ca, în ideea evitării nulității absolute, voiența testamentară reciprocă să fie manifestată separat, „declarația de voiență (...) exprimată printr-un text separat”; a se vedea D. Macovei, I.E. Cadariu, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. Junimea, Iași, 2005, p. 117.

<sup>16</sup> În literatura de specialitate, s-a propus desemnarea cerinței de formă de la art. 1036 NCC prin sintagma „obligativitatea testamentului separat”, pentru ipotezele în care doi soți (sau alte persoane) ar opta pentru desemnarea reciprocă a supraviețuitorului ca legatar; a se vedea, în acest sens, L. Stănculescu, *Curs de drept civil. Succesiuni*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 96.

## 7. Absența conjunctivității voințelor mutuale

Având în vedere că, în principiu, prohibiția legală comentată vizează textul testamentar unic care, urmat fiind de două semnături, reglează două succesiuni (pentru cazul morții a două sau mai multe persoane care testează în mod simetric una în favoarea celeilalte sau în favoarea unui legatar comun), nu există conjunctivitate în ipotezele de mai jos, acestea fiind excluse de sub incidența nulității:

(a) situația în care legatarul include la rândul său o declarație semnată, în testamentul în care a fost nominalizat, conform căreia este de acord cu nominalizarea sa ca legatar; instanțele franceze au reținut că intervenția legatarului nu este de natură să distragă testamentul de la caracterul său unilateral și revocabil<sup>17</sup>;

(b) testamentele a doi soți, contemporane ca dată, instituind pe fond ca legatar persoana celuilalt soț, redactate material ca texte separate, fiecare datat, scris și semnat separat de către un testator<sup>18</sup>;

(c) testamentul prin care *de cujus* lăsa soției sale și nepotului lor de fiu un imobil, fără a indica și cota care revine fiecăruia dintre legatari; în acest caz este vorba despre un legat conjunctiv valabil, care atribuie o vocație identică atât soției supraviețuitoare, cât și descendentului asupra întregului bun; în cazul în care ambii vor accepta vocația succesorală, își vor comprima reciproc beneficiul succesoral (emolumentul).

## 8. Data identică a testamentelor reciproce – un criteriu pentru stabilirea conjunctivității?

Referitor la criteriile de identificare a testamentelor conjunctive lovite de nulitate absolută, una dintre tentații este aceea de a considera că două testeamente conținând legate reciproce redactate concomitent, la aceeași dată, să fie aprioric considerate ca fiind testeamente conjunctive prohibite, fiind limpede legătura substanțială dintre cele două instituii, fiecare mizând pe nominalizarea sa ca succesori de către celălalt testator.

În opinia noastră, data identică sau redactarea concomitentă a testamentelor mutuale nu este, în sine, decisivă în identificarea testamentelor conjunctive. Mai mult, având în vedere că este vorba despre o cerință de formă, fiind prohibită forma testamentară colectivă (comună), atât timp cât testatorii respectă cerința testării prin testeamente separate, nimic nu îi împiedică să testeze unul în favoarea celuilalt la aceeași dată calendaristică.

<sup>17</sup> A se vedea M. Grimaldi, *op. cit.*, p. 302 și practica judecătorească citată de acest autor.

<sup>18</sup> *Idem.*

Prin urmare, se poate afirma că testamentele reciproce sunt valabile, chiar și redactate concomitent, având dată identică, în măsura în care este vorba de nominalizarea celorlalte persoane ca legatar printr-un text testamentar separat, semnat de către testator<sup>19</sup>.

## 9. Revocarea legatelor reciproce

Fiecare dintre testatori rămâne liber să-și revoce *ad nutum* testamentul prin care l-a nominalizat pe celălalt soț ca legatar (universal, cu titlu universal sau particular), întrucât prin ipoteză legatele reciproce valabil constituite au fost cuprinse în testamente redactate separat, fiecare asumat prin semnătura autorului său. Tocmai pentru prezervarea caracterului unilateral și revocabil *ad nutum* al testamentului, cerința desprinsă *per a contrario* din textul art. 1036 NCC este aceea de a redacta eventualele legate reciproce nu „prin același testament” (fapt interzis de articolul de lege citat), ci prin testamente separate, a căror posibilitate de revocare unilaterală să nu fie pusă sub semnul îndoielii.

Revocarea testamentului cuprinzând un legat mutual poate fi făcută oricând de către testator până la momentul decesului, fără a fi necesar ca acesta să-și justifice decizia, fiind vorba despre un drept discreționar ce caracterizează în mod esențial voința de a testa. Dispoziția de revocare nu atrage prin ea însăși revocarea testamentului celuilalt autor cuprinzând un legat mutual, întrucât cele două testamente rămân independente juridic, cât timp au fost redactate ca acte juridice distincte, separate. Chiar și în ipoteza în care celălalt testator nu află despre revocarea testamentului mutual, pentru a avea propria sa reacție (de a menține sau de a-și revoca la rândul său testamentul), considerăm că nu se poate susține că revocarea celui de-al doilea testament ar decurge din revocarea primului de către cel dintâi testator. Optând pentru varianta unor legate reciproce, cei doi testatori le-au putut întocmi valabil numai cu respectarea

---

<sup>19</sup> Soluția contrară ar fi, credem, illogică, întrucât cei doi testatori ar putea antedata sau postdata cu ușurință testamentele reciproce olografe, respectiv ar putea în cele mai multe cazuri să amâne cu una sau mai multe zile vizita la notar a celuilalt testator, pentru întocmirea testamentului autentic. Evident că, în cazul testamentelor olografe, ante sau postdatarea intenționată de către testator ar atrage nulitatea absolută a actului testamentar, în cheia riguroasă, tradițională a regulilor imperative de formă. De remarcat, însă, că exigența datei testamentului olograf a suportat în jurisprudența ultimelor decenii necesare corodări, fiind menținută numai în cazurile în care se ridică problema incapacității de a testa (i), respectiv a revocării implicite a testamentului anterior de către cel posterior, în cazul testamentelor succesive (ii). Pentru analiza cerințelor de formă aplicabile testamentului olograf și a evoluției acestora, a se consulta M.D. Bob, *Probleme de moșteniri în vechiul și în noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 145 și urm.

exigenței de a recurge fiecare la propriul său testament, separat și independent formal de al celuilalt. Or, prin definiție, semnând un testament care conține un legat mutual, fiecare dintre testatori și-a asumat faptul că nu poate gestiona pentru viitor decât menținerea sau retragerea propriei sale voințe testamentare, nu și a celuilalt testator<sup>20</sup>.

### 10. Contrarietatea și incompatibilitatea, ca variante de revocare a testamentelor reciproce

În ipoteza în care, existând două testamente separate conținând legate reciproce, iar unul dintre testatori lasă, la decesul său, testamente multiple (sau cel puțin un alt testament) care contrazic ori sunt incompatibile cu testamentul conținând legate reciproce (pe care testatorul nu l-a revocat în mod expres), se pune problema eventualei revocări implicite a testamentului mutual anterior prin testamentul posterior.

Reamintim că incompatibilitatea testamentelor succesive<sup>21</sup> descrie imposibilitatea materială sau juridică de a executa concomitent cele două testamente provenind de la același testator, de unde rezultă revocarea implicită a primului, dându-se eficacitate doar ultimei manifestări de voință *mortis causa*<sup>22</sup>. Dimpotrivă, contrarietatea testamentelor succesive descrie situația în care testamentele emanând de la același testator ar putea fi executate simultan, însă aparența de contradicție dintre cele două sau mai multe voințe postume ale autorului implică eforturi de interpretare, instanțele de judecată solicitând probe suplimentare care să susțină fie revocarea implicită a primului testament (testamentul mutual, în ipoteza discutată de noi), fie aplicabilitatea concomitentă a ambelor testamente ale lui *de cujus*<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Revocarea expresă a testamentului (conținând legate mutuale) poate fi făcută într-una dintre formele testamentare (știut fiind faptul că testamentul olograf poate fi revocat expres printr-un testament autentic, și invers), respectiv printr-un act autentic distinct. A se consulta, pentru detalii, D. Chirică, *op. cit.*, p. 301 și urm.

<sup>21</sup> Potrivit art. 1052 alin. (3) NCC, „Testamentul ulterior nu îl revocă pe cel anterior decât în măsura în care conține dispoziții contrare sau incompatibile”.

<sup>22</sup> Suntem în prezența unui caz de incompatibilitate materială a două testamente succesive, de exemplu, dacă primul testament conține o remitere de datorie, în timp ce testamentul mai recent conține un legat prin care respectiva creanță este lăsată cu titlu particular unui succesor. Reprezintă o situație de incompatibilitate juridică cea în care primul testament lasă legatarului nuda proprietate a unui imobil, iar cel de-al doilea testament lasă aceluiași legatar deplina proprietate a imobilului. A se consulta, pentru importante detalii, D. Chirică, *op. cit.*, p. 303.

<sup>23</sup> De exemplu, dacă primul testament conține un legat universal mutual în favoarea soției supraviețuitoare (care la rândul său a dispus printr-un testament separat în favoarea soțului său),

După cum rezultă din dispozițiile art. 1052, alin. (2) NCC, primul testament este revocat numai în măsura „în care conține dispoziții contrare sau incompatibile” cu cele cuprinse în testamentul ulterior, de unde rezultă că revocarea implicită a primului testament poate fi totală sau doar parțială<sup>24</sup>.

## 11. Observații conclusive

Din punctul de vedere al formei, se poate spune că testamentul conjunctiv îmbracă o dimensiune convențională sau contractuală, care erodează caracterul în mod esențial revocabil al testamentului, ca act juridic *mortis causa*. În esență, ceea ce interzice textul art. 1036 NCC este utilizarea unui text testamentar unic (conjunct) pentru reglarea a două succesiuni distincte, urmat fiind de două sau mai multe semnături provenind de la testatori multipli. În schimb, voința testamentară reciprocă în sine nu este prohibită (două persoane putând opta pentru nominalizarea reciprocă în calitate de legatari), cât timp nu încalcă principiul revocabilității testamentului, respectiv caracterul unilateral al acestuia.

În acest sens, se poate concluziona că, pentru a se manifesta valabil, voința testamentară reciprocă trebuie materializată în două acte testamentare distincte, care rămân revocabile unilateral de către propriul autor. În alți termeni, este interzis testamentul comun sau colectiv (redactat în comun), fiind permisă în schimb reciprocitatea legatelor (dacă ometem denumirea marginală neinspirată<sup>25</sup>

---

iar cel de-al doilea testament emanând de la respectivul soț conține un legat universal în favoarea unui nepot de frate, se ridică problema contrarietății dintre cele două testamente succesive, având în vedere că ar putea fi aplicate concomitent, pluralitatea de legatari universali cu vocație la 1/1 fiind posibilă juridic, acceptarea tuturor atrăgând comprimarea emolumentului acestora. Eventuala revocare implicită a primului testament prin cel de-al doilea testament, a cărui dată este mai recentă, poate fi stabilită de instanță doar în baza eventualelor probe suplimentare privind animozitatea survenită între legatar și testator, scrisori sau alte înscrisuri emanând de la testator din care să rezulte voința acestuia de a repudia varianta primului legatar etc.

<sup>24</sup> Nu numai contrarietatea sau incompatibilitatea dintre testamentele succesive poate constitui un caz de revocare a testamentelor mutuale, ci și înstrăinarea sau distrugerea voluntară de către testator a bunului care a făcut obiectul legatului particular reciproc, în termenii art. 1068 alin. (2) NCC, care prevede că „Orice înstrăinare a bunului care constituie obiectul unui legat cu titlu particular, consimțită de testator, chiar dacă este afectată de modalități, revocă implicit legatul pentru tot ce s-a înstrăinat.”

<sup>25</sup> Explicația opțiunii legiuitorului pentru denumirea marginală de „Testamente reciproce” se găsește în intenția de a evita o altă confuzie, cea a testamentelor conjunctive (prohibite) cu legatele conjunctive (permise, legate conținând vocația identică a mai multor legatari cu privire la întregul bun, fără a diviza întinderea acestor vocații); a se vedea, pentru observații detaliate în acest sens, M.D. Bob, *op. cit.*, p. 127 și p. 131. Autorul citat optează, la rândul său, fondat pe argumente corecte în opinia noastră, pentru denumirea de „testamente conjunctive”.

a art. 1036 NCC) prin testamente redactate ca acte juridice distincte, unilaterale și revocabile. Rațiunile ultime ale interdicției legale se regăsesc în ideea că exercitarea posibilității de revocare a testamentului de către unul dintre testatori ar putea surprinde buna-credință a celuilalt testator<sup>26</sup>, ducând, pe cale de consecință, la revocarea liberalității consimțite.

---

<sup>26</sup> După cum s-a subliniat în literatura de specialitate, trebuie împiedicată ajungerea la desființarea unilaterală de către unul dintre dispunători a voinței celuilalt atunci când aceste voințe postume ar fi indisolubile întrucât se regăsesc pe același act testamentar. A se vedea, pentru importante detalii, D. Chirică, *op. cit.*, p. 248.

# Paralelismul înțelegerii și aplicării dispozițiilor Legii nr. 17/2014, între teorie și practică

Conf. univ. dr. **Adina Renate MOTICA\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

Masterand **Oana-Elena BUZINCU\*\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

## Abstract

*This article aims to bring to the attention of readers certain aspects on alienation of agricultural lands located outside the city premises, under the provisions of Law no. 17/2014. In this respect, the paper raises awareness of all the steps necessary for the sale of previously mentioned lands, the exercise of the right of first refusal and obtaining of final notices/permits, along with the sanction for failure to comply with the incident provisions.*

**Keywords:** *right of first refusal, final notice/permit, certificate, sale, agricultural lands located outside city premises, co-owner, lessee, neighboring owner, Romanian State, sale offer, notary public, authentication, Ministry of Agriculture and Rural Development, Ministry of Culture, Ministry of National Defense*

## Rezumat

*Articolul de față își propune să aducă în atenția cititorilor, câteva aspecte legate de înstrăinarea terenurilor agricole situate în extravilan în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 17/2014. În acest sens, sunt reliefate toate etapele necesare vânzării având ca obiect terenurile anterior menționate, modul de exercitare a dreptului de preempțiune și de obținere a avizelor finale, precum și sancțiunea care intervine în cazul nerespectării dispozițiilor incidente.*

**Cuvinte-cheie:** *drept de preempțiune, aviz final, adeverință, vânzare, terenuri agricole situate în extravilan, coproprietar, arendaș, proprietar vecin, statul român, ofertă de vânzare, notar public, autentificare, Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale, Ministerul Culturii, Ministerul Apărării Naționale*

---

\* adina.motica@e-uvt.ro

\*\* oanabuzincu@yahoo.com

## I. Considerații generale asupra regimului juridic al înstrăinării terenurilor agricole situate în extravilan

În materia înstrăinării imobilelor, sistemul legislativ român impune anumite limitări, raportându-se fie la persoana din patrimoniul căreia se va transmite bunul, fie la persoana dobânditoare sau chiar la obiectul înstrăinării. Așadar, în materia vânzării ca varietate a înstrăinării, există în prezent un număr vast de limitări în vederea dobândirii dreptului de proprietate asupra imobilelor, atât a construcțiilor, cât și a terenurilor. Restrângerea dreptului de a vinde sau de a cumpăra s-a realizat treptat îndeosebi prin adoptarea unor legi speciale, printre care amintim Legea nr. 312/2005 privind dobândirea dreptului de proprietate asupra terenurilor de către cetățenii străini și apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine<sup>1</sup>, Legea nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice<sup>2</sup> și Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan<sup>3</sup>.

Studiul de față își propune să realizeze o analiză a Legii nr. 17/2014 atât din perspectivă teoretică, cât și practică, având un domeniu vast de aplicare raportându-ne la obiectul de reglementare al acestei legii.

Încă din cuprinsul art. 1 al legii anterior menționate se desprinde scopul pentru care legiuitorul a elaborat un astfel de act normativ. Așadar, s-a avut în vedere asigurarea securității alimentare, protejarea intereselor naționale și exploatarea resurselor naturale, în concordanță cu interesul național, stabilirea unor măsuri privind reglementarea vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan, precum și comasarea acestora în vederea creșterii dimensiunii formelor agricole și constituirea exploatațiilor viabile economic. În literatura de specialitate s-a considerat că „scopul declarat a fost acela de limitare a impactului negativ produs de punerea în practică a reformei funciare, care a determinat o fragmentare a proprietăților agricole, urmărindu-se satisfacerea unui interes public în general”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Publicată în M. Of. nr. 1008 din 14 noiembrie 2005.

<sup>2</sup> Publicată în M. Of. nr. 407 din 24 iulie 2001 și republicată în M. Of. nr. 938 din 20 noiembrie 2006, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>3</sup> Publicată în M. Of. nr. 178 din 12 martie 2014 și intrată în vigoare la data de 11 aprilie 2014; Ordinul nr. 719 din 12 mai 2014 privind aprobarea normelor metodologice pentru aplicarea titlului I din Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, publicat în M. Of. nr. 401 din 30 mai 2014.

<sup>4</sup> A se vedea G.C. Frențiu, *Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan – Titlul I – Comentariu pe articole*, Ed. Solomon, București, 2014, p. 1.



Considerăm că ar fi necesară încă de la începutul studiului, o definiție a noțiunii de teren agricol, tocmai pentru a stabili întreaga sferă a obiectului de reglementare a Legii nr. 17/2014. Așadar, noțiunea de *terenuri agricole* a fost inclusă de legiuitor în cuprinsul art. 1836 lit. a) C. civ., înțelegându-se prin aceasta: terenurile arabile, viile, livezile, pepinierele viticole, pomicele, arbuștii fructiferi, plantațiile de hamei și duzi, pășunile împădurite, terenurile ocupate cu construcții și instalații agrozootehnice, amenajările piscicole și de îmbunătățiri funciare, drumurile tehnologice, platformele și spațiile de depozitare care servesc nevoilor producțiilor agricole și terenurilor neproductive care pot fi amenajate și folosite pentru producția agricolă.

Încă din cuprinsul primelor articole ale Legii nr. 17/2014 se face mențiune cu privire la inaplicabilitatea acesteia terenurilor agricole situate în intravilan, acestea putând fi înstrăinate prin vânzare în condiții aplicabile unei proceduri obișnuite, cu respectarea prevederilor aplicabile vânzării potrivit dispozițiilor Codului civil. De asemenea, prevederile prezentei legi nu se aplică înstrăinărilor între rude până la gradul al treilea<sup>5</sup>, vânzării dezmembrămintelor proprietății, procedurilor de executare silită și contractelor de vânzare încheiate ca urmare a îndeplinirii unor formalități de licitație publică și vânzării de imobile din domeniul privat de interes local sau județean al unităților administrativ-teritoriale. Ca excepție, dispozițiile prevăzute de Legea nr. 17/2014 se aplică vânzărilor încheiate în cadrul unei proceduri colective de către lichidatorul sau administratorul judiciar, dar fără îndeplinirea unor formalități de licitație publică și vânzării dreptului de proprietate sau cel puțin a nudei proprietăți<sup>6</sup>. Nu sunt de asemenea supuse dispozițiilor Legii nr. 17/2014 vânzările de terenuri agricole situate în extravilan pe care sunt situate situri arheologice clasate, astfel de înstrăinări realizându-se în condițiile Legii nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice.

Domeniul de aplicare al prezentei legi vizează cetățenii români, cetățenii unui stat membru al Uniunii Europene, cetățenii statelor care sunt parte la Acordul privind Spațiul Economic European sau ai Confederației Elvețiene, precum și apatrizii cu domiciliul în România, într-un stat membru al Uniunii Europene, într-un stat care este parte la Acordul privind Spațiul Economic European sau a Confederației Elvețiene, precum și persoanele juridice având naționalitatea română, respectiv a unui stat membru al Uniunii Europene, a statelor care sunt parte la Acordul privind Spațiul Economic European sau a Confederației Elvețiene<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Conform art. 20 din Legea nr. 17/2014.

<sup>6</sup> A se vedea F.A. Boar, *Legea nr. 17/2014: De la rațiunea reglementărilor la complexitatea juridică a dificultăților practice*, în RRDP nr. 6/2014, p. 42.

<sup>7</sup> Forma inițială a prezentului alineat a fost modificată de pct. 1 al art. II din Legea nr. 68/2014, publicată în M. Of. nr. 352 din 13 mai 2014.

O astfel de prevedere o considerăm neavenită în condițiile în care prevederile Legii nr. 312/2005 au fost abrogate în mod tacit, în privința cetățenilor unui stat membru al Uniunii Europene<sup>8</sup>, a apatrizilor cu domiciliu în România sau într-un alt stat membru și a persoanei juridice având naționalitatea română, respectiv a unui stat membru al Uniunii Europene, de la momentul împlinirii termenului de 7 ani de la data aderării României la Uniunea Europeană, când prevederile art. 5<sup>9</sup> din legea anterior menționată încetează să își mai producă efectele. De remarcat este faptul că aceștia sunt asimilați ulterior împlinirii termenului de 7 ani de la data aderării României la Uniunea Europeană, cetățenilor români, fără a fi fost necesară introducerea unei astfel de prevederi în cuprinsul art. 2 alin. (2) din Legea nr. 17/2014, întrucât cetățenilor români le este aplicabilă în mod clar prezenta lege. După părerea noastră, singura mențiune ce necesită a fi păstrată în cuprinsul art. 2 alin. (2) din Legea nr. 17/2014 vizează cetățenii Confederației Elvețiene, apatrizii cu domiciliul în Confederația Elvețiană și persoanele juridice având naționalitatea Confederației Elvețiene. Rațiunea pentru care considerăm oportună o astfel de prevedere, reiese din dispozițiile Legii nr. 312/2005, în cuprinsul căreia nu se face mențiune despre posibilitatea dobândirii dreptului de proprietate, a categoriilor anterior precizate asupra terenurilor agricole<sup>10</sup> în condițiile aderării României la Uniunea Europeană.

De asemenea, dispozițiile Legii nr. 17/2014 sunt aplicabile și în cazul dobândirii dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole, în condiții aplicabile cetățenilor români, de la data aderării României la Uniunea Europeană, fermierilor care desfășoară o activitate independentă și care sunt, după caz: cetățeni ai statelor membre sau apatrizi cu domiciliul într-un stat membru, care își stabilesc reședința în România sau apatrizi cu domiciliul în România. Situația fermierilor care desfășoară o activitate independentă în România este detaliată în cuprinsul Legii nr. 312/2005, fiind considerată o excepție de la regula dobândirii terenurilor agricole după o perioadă de 7 ani de la data aderării României la Uniunea Europeană.

---

<sup>8</sup> Potrivit dispozițiilor art. 2 lit. a) din Legea nr. 312/2005, prin stat membru se înțelege orice stat membru al Uniunii Europene sau al Spațiului Economic European.

<sup>9</sup> Potrivit art. 5 din Legea nr. 312/2005, pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor agricole, pădurilor și terenurilor forestiere la împlinirea unui termen de 7 ani de la data aderării României la Uniunea Europeană: cetățeanul unui stat membru; apatrizidul cu domiciliul într-un stat membru sau în România; persoana juridică constituită în conformitate cu legislația unui stat membru.

<sup>10</sup> Legea nr. 312/2005 se referă la întreaga pleiadă de terenuri agricole, și nu numai la cele situate în extravilan, de aceea considerăm că prin aplicarea prevederilor Legii nr. 17/2014 coroborate cu prevederile legii anterior menționate, se au în vedere într-o astfel de situație doar terenurile agricole situate în extravilan.

Pot dobândi terenuri agricole situate în extravilan cu respectarea prevederilor în materie, cetățenii unui stat terț și apatrizii cu domiciliul într-un stat terț, precum și persoanele juridice având naționalitatea unui stat terț. Așadar, dobândirea dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole situate în extravilan de către cetățenii unui stat terț, de apatrizii cu domiciliul într-un stat terț, precum și de persoanele juridice având naționalitatea unui stat terț, se poate realiza numai prin îndeplinirea în mod cumulativ a două condiții. În primul rând, este necesară existența unui tratat internațional încheiat între România și un stat terț, în care să se prevadă modalitatea de dobândire a dreptului de proprietate, precum și existența reciprocității în privința dobândirii acestuia. Reciprocitatea, conform literaturii de specialitate<sup>11</sup>, „presupune ca cetățenii unui stat terț, apatrizii cu domiciliul într-un stat terț, precum și persoanele juridice având naționalitatea unui stat terț să poată dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor agricole din extravilan prin vânzare-cumpărare, cu condiția ca cetățenii români să aibă astfel de drepturi, recunoscute prin legea națională a statului de cetățenie sau de domiciliu al solicitantului”. Cea de-a doua condiție vizează respectarea dispozițiilor Legii nr. 17/2014 și a normelor metodologice de aplicare a acesteia.

Legea nr. 17/2014 cuprinde dispoziții referitoare la procedura de exercitare a dreptului de preempțiune privind terenurile situate în extravilan, obținerea avizelor de la Ministerul Apărării Naționale, precum și de la Ministerul Culturii în situațiile particulare prevăzute de prezenta lege. Toate aceste proceduri vor fi analizate și detaliate în funcție de etapele prevăzute de lege, pe parcursul prezentului studiu.

## **II. Procedura de exercitare a dreptului de preempțiune potrivit dispozițiilor Legii nr. 17/2014**

În cazul Legii nr. 17/2014, dreptul de preempțiune este un drept subiectiv, civil, asupra unui bun imobil expres determinat de legea specială, drept care nu a fost instituit convențional, ci legal și fără a viza posibilitatea încheierii unui contract de vânzare asupra terenurilor agricole situate în extravilan, de către vânzător și terț anterior exercitării dreptului potestativ de către preemptor. Legea specială stabilește ca fiind valabil contractul de vânzarea încheiat cu un terț, doar dacă convenția se realizează ulterior înștiințării preemptorilor cu privire la vânzare și neexercitarea drepturilor acestora.

---

<sup>11</sup> A se vedea G.C. Frențiu, *op. cit.*, p. 13.

Înstrăinarea prin vânzare, a terenurilor agricole situate în extravilan se face cu respectarea condițiilor de fond și de formă prevăzute de Legea nr. 287/2009 privind Codul civil și a dreptului de preempțiune al coproprietarilor, arendașilor, proprietarilor vecini, precum și al Statului Român, prin Agenția Domeniilor Statului, în această ordine, la preț și în condiții egale.

Potrivit Normelor metodologice pentru aplicarea Legii nr. 17/2014, prin *proprietar vecin* se înțelege proprietarul unui imobil care are hotar comun cu terenul agricol situat în extravilan care face obiectul ofertei de vânzare; așadar, dreptul potestativ de a cumpăra cu prioritate se naște doar în persoana vecinilor care au calitatea de proprietari ai terenurilor având același hotar cu cel oferit spre vânzare, altfel încât posesorul vecin al acestui teren nu are drept de preempțiune. Dovada dreptului de proprietate se realizează prin extras de carte funciară sau, în cazurile prevăzute de art. 887 alin. (1) C. civ., drepturile reale se dobândesc fără înscriere în cartea funciară când provin din moștenire, accesiune naturală, vânzare silită, expropriere pentru cauză de utilitate publică, precum și în alte cazuri expres prevăzute de lege.

De asemenea, conform prevederilor art. 11 din aceleași norme metodologice, arendașul care dorește să cumpere terenul agricol situat în extravilan trebuie să dețină această calitate pentru terenul respectiv, stabilită printr-un contract de arendă valabil încheiat și înregistrat potrivit dispozițiilor legale, la momentul afișării ofertei de vânzare la sediul primăriei. Dispozițiile privitoare la exercitarea preempțiunii de către arendaș, așa cum sunt prevăzute de art. 1849 C. civ., rămân aplicabile doar în privința vânzărilor ce au ca obiect terenuri cu destinație agricolă situate în intravilan, cele aflate în extravilan fiind supuse cadrului special al Legii nr. 17/2014.

Într-o primă etapă a procedurii de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan, se are în vedere înregistrarea de către vânzător, la primăria din raza administrativ-teritorială unde se află terenul, a unei cereri prin care solicită afișarea ofertei de vânzare a terenului agricol situat în extravilan, în vederea aducerii la cunoștința preemptorilor. Cererea este însoțită de oferta de vânzare a terenului agricol și de documentele doveditoare. Potrivit art. 5 din Normele metodologice pentru aplicarea Legii nr. 17/2014, prin documente doveditoare se înțeleg: copie a buletinului de identitate/carte de identitate a vânzătorului persoană fizică sau o copie a pașaportului pentru vânzătorul persoană fizică cu domiciliul în străinătate; o copie legalizată de notarul public ori instanța de judecată, după caz, sau certificată pentru conformitate, de către funcționarii primăriei, a actului de proprietate asupra terenului ce face obiectul ofertei de vânzare; extras de carte funciară de informare, emis cu cel mult 30 de zile înainte de afișarea ofertei, însoțit de extrasul de plan cadastral și de carte

funciară al imobilului, în condițiile în care terenul este intabulat; după caz, o copie a certificatului constatator de la registrul comerțului sau a actului în baza căruia își desfășoară activitatea vânzătorul persoană juridică; în caz de reprezentare, procura notarială, respectiv delegația, hotărârea adunării generale a asociaților, decizia asociatului unic, decizia reprezentatului formei asociative, după caz, în original, precum și o copie a buletinului de identitate/cărții de identitate a împuternicitului persoană fizică sau o copie a pașaportului pentru împuternicitul persoană fizică cu domiciliul în străinătate; hotărârea adunării generale a asociaților, decizia asociatului unic, decizia reprezentantului formei asociative, după caz, în original, din care să rezulte acordul cu privire la vânzarea bunului aflat în proprietatea societății, în cazul vânzătorului persoană juridică; certificat de atestare fiscală emis de către primărie și alte documente doveditoare după caz.

În termen de o zi lucrătoare de la data înregistrării cererii, primăria are obligația să afișeze timp de 30 de zile oferta de vânzare la sediul său și, după caz, pe pagina de internet a acesteia.

De asemenea, primăria are obligația de a transmite structurii din cadrul aparatului central al Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale, respectiv structurilor teritoriale ale acestuia, după caz, un dosar care să cuprindă lista preemtorilor, respectiv copiile cererii de afișare, ale ofertei de vânzare și ale documentelor doveditoare prevăzute anterior, în termen de 3 zile lucrătoare de la data înregistrării cererii.

Lista preemtorilor comunicată de către primărie se poate completa ulterior transmiterii către structura centrală, respectiv către structurile teritoriale cu preemtorii care dovedesc această calitate și depun la primărie comunicări de acceptare a ofertei vânzătorului în perioada de afișare a ofertei. În acest caz primăriile comunică cu celeritate structurii centrale, respectiv structurilor teritoriale, după caz, lista actualizată cu noii preemtori.

O nouă etapă în vederea realizării vânzării unui teren situat în extravilan are în vedere afișarea pe site-urile proprii a ofertei de vânzare în termen de 3 zile lucrătoare de la înregistrarea dosarului de către structura centrală, respectiv structurile teritoriale. Afișarea se va menține pe o perioadă de 15 zile.

Conform art. 7 din prezenta lege, titularul dreptului de preempțiune trebuie ca, în termen de 30 de zile de la afișarea ofertei de vânzare, să își manifeste în scris intenția de cumpărare, să comunice acceptarea ofertei vânzătorului și să o înregistreze la sediul primăriei unde aceasta a fost afișată. Primăria va afișa în termen de 24 de ore de la înregistrarea acceptării ofertei de vânzare, datele cu privire la persoana preemtorului. Aceste date reies din documentele care dovedesc calitatea de preemtor: o copie a buletinului de identitate/a cărții de

identitate a preemtorului persoană fizică sau o copie a pașaportului pentru preemtorul persoană fizică cu domiciliul în străinătate ori, după caz, a împuternicirii/procurii notariale/delegației și o copie a buletinului de identitate/cărții de identitate a reprezentatului legal persoană fizică sau o copie a pașaportului pentru reprezentatul legal, persoană fizică cu domiciliul în străinătate; o copie a certificatului constatator de la registrul comerțului sau a actului în baza căruia își desfășoară activitatea, în cazul preemtorului persoană juridică; copii legalizate de pe documentele justificative care atestă calitatea de preemtor și încadrarea în una dintre categoriile stabilite de lege, respectiv coproprietar, arendaș sau proprietar vecin, după caz: acte de coproprietate pe terenul agricol supus vânzării, contract de arendă, acte de proprietate ale imobilelor care au hotar comun cu terenul supus vânzării și alte asemenea.

De asemenea, în cazul în care titularului dreptului de preempțiune înregistrează la primărie acceptarea ofertei de vânzare prin intermediul unui împuternicit, acesta din urmă completează acceptarea ofertei de vânzare cu datele de identificare ale titularului dreptului de preempțiune și prezintă documentele doveditoare ale calității de împuternicit.

În cazul în care în termenul de 30 de zile precizat anterior, mai mulți preemtori de rang diferit își manifestă în scris intenția de cumpărare la același preț și în aceleași condiții, vânzătorul va alege, cu respectarea ordinii prevăzute de lege, preemtorul, potențial cumpărător, și va comunica numele acestuia primăriei.

Totodată, în cazul în care, în același termen de 30 de zile, mai mulți preemtori de același rang își manifestă intenția de cumpărare și niciun alt preemtor de rang superior nu a acceptat oferta la același preț și în aceleași condiții, vânzătorul va alege dintre aceștia și va comunica numele alesului primăriei.

Dispozițiile Legii nr. 17/2014 au în vedere și situația în care, în termenul de 30 de zile de la afișarea ofertei, un preemtor de rang inferior oferă un preț superior celui din oferta de vânzare sau celui oferit de ceilalți preemtori de rang superior lui care acceptă oferta. În aceste condiții vânzătorul poate relua procedura, cu înregistrarea ofertei de vânzare cu acest preț, cu preemtor de rang superior. Această procedură se va desfășura o singură dată în termen de 10 zile de la împlinirea termenului de 30 de zile. La expirarea celor 10 zile, vânzătorul va comunica primăriei numele preemtorului.

Așadar, în termen de 3 zile lucrătoare de la comunicarea de către vânzător în oricare dintre cele 3 situații particulare a numelui preemtorului, primăria are obligația de a transmite structurii centrale, respectiv structurilor teritoriale, după caz, datele de identificare a preemtorului ales, potențial cumpărător, în

vederea verificării îndeplinirii condițiilor legale. Cu toate acestea, dacă în termenul de 30 de zile de la înregistrarea ofertei, niciunul dintre titularii dreptului de preempțiune nu își manifestă intenția de a cumpăra terenul, vânzarea terenului este liberă, cu respectarea dispozițiilor prevăzute de lege și de normele metodologice, urmând ca vânzătorul să înștiințeze în scris primăria despre aceasta. Într-o asemenea situație primăria eliberează vânzătorului o *adeverință*, însoțită de o copie certificată de conformitate cu originalul a ofertei de vânzare, urmând ca acesta să aleagă un cumpărător astfel încât vânzarea liberă a terenului la un preț mai mic decât cel cerut în oferta de vânzare ori în condiții mai avantajoase decât cele arătate în aceasta să nu atragă *nulitatea absolută*. Așadar, dacă în ofertă nu este prevăzută nicio condiție, terenul se poate vinde în orice condiții, cu excepția diminuării prețului.

Sunt considerate a nu prezenta condiții mai avantajoase de vânzare, situațiile în care suprafața rezultată din măsurătorile cadastrale, înscrisă în cartea funciară conform Legii nr. 7/1996, este diferită de cea menționată în actele de proprietate.

În mod excepțional, în cazul în care, în termenul de 30 de zile de la înregistrarea ofertei sau în cel de 10 zile de la expirarea celui de 30 de zile, dacă procedura va fi reluată, vânzătorul modifică datele înscrise în oferta de vânzare, acesta reia procedura de înregistrare a cererii, cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare.

După analiza amănunțită a modului de exercitare a dreptului de preempțiune, considerăm că s-ar cuveni să detaliem aspecte controversate legate de oferta de vânzare depusă la primăria din raza administrativ-teritorială unde se află terenul agricol din extravilan.

Legea nr. 17/2014, prin modul în care este redactat cuprinsul art. 4, stabilește posibilitatea acceptării ofertei de vânzare de către mai mulți preemptori. Așadar, dacă preemptorii sunt de același rang, proprietarul vânzător are dreptul să aleagă care dintre aceștia va fi preferat în vederea încheierii contractului de vânzare, iar dacă preemptorii sunt de rang diferit, cel de rang superior va avea prioritate la cumpărare. În astfel de cazuri nu se poate considera contractul încheiat între vânzător și primul dintre preemptori care își exercită dreptul său, prin acceptarea ofertei.

Spre deosebire de alți autori<sup>12</sup>, considerăm oferta de vânzare ca fiind o ofertă atipică, diferită în mod cert de oferta de drept comun, așa cum aceasta este prevăzută în reglementarea Codului civil. Cu toate acestea, oferta din materia vânzării terenurilor agricole situate în extravilan, preia elemente

---

<sup>12</sup> A se vedea G.C. Frențiu, *op. cit.*, pp. 88 și 89; a se vedea și F.A. Boar, *op. cit.*, pp. 59 și 60.

esențiale din materia ofertei de drept comun. Avem în vedere, în susținerea opiniei enunțate, în primul rând imposibilitatea încheierii unui contract între absenți având ca obiect înstrăinarea unui imobil, fără respectarea condițiilor de formă cerute *ad validitatem*, adică a formei autentice, astfel cum reiese din prevederile art. 1244 C. civ. Oferta consacrată de prevederile Legii nr. 17/2014 are fizionomia juridică apropiată unei intenții de negociere, putând viza inclusiv preemtori nedeterminați în lista preemtorilor depusă de către vânzător la primăria în circumscripția căreia se află situat imobilul ce face obiectul înstrăinării prin vânzare. Potrivit art. 3 lit. f) din Normele metodologice pentru aplicarea Legii nr. 17/2014, preemtorii necuprinși în listă și care dovedesc ulterior întocmirii listei această calitate, prin acte justificative, pot accepta oferta depusă de vânzător în termenul imperativ prevăzut de legea specială, de 30 de zile.

De asemenea, din punct de vedere procedural, depunerea ofertei reprezintă o etapă prealabilă obligatorie în vederea încheierii contractului final, neputând afirma că o astfel de ofertă urmată de acceptare conduce automat la încheierea contractului de vânzare. Literatura de specialitate<sup>13</sup> a considerat oferta urmată de acceptare ca fiind promisiune de vânzare, și nu contract, întrucât nu sunt respectate condițiile de validitate în privința formei. Întrebarea care se ridică într-un astfel de caz ar fi legată de posibilitatea exercitării preempțiunii de către mai mulți preemtori în mod succesiv: s-ar realiza oare într-o astfel de împrejurare un șir de promisiuni de vânzare, iar dacă răspunsul este afirmativ care ar fi efectele juridice pe care le-ar produce raportat la fiecare persoană angrenată în procedura de obținere a avizului în vederea încheierii contractului final? Ca urmare a termenului de 30 de zile expres enunțat de dispozițiile Legii nr. 17/2014 în care se poate accepta oferta de către oricare dintre preemtori, considerăm că o astfel de opinie nu își găsește interesul practic, încheierea mai multor promisiuni ducând la crearea unui derapaj în privința circulației bunurilor și la acordarea de despăgubiri în cazul nerespectării promisiunilor.

Totodată, inserarea prețului în cuprinsul ofertei nu conduce la ideea de ofertă veritabilă<sup>14</sup>, prețul putând fi, într-un astfel de caz, modificat chiar de către unul dintre preemtori de rang inferior, ocazie cu care vânzătorul va putea relua procedura doar dacă prețul oferit este superior celui din oferta de vânzare sau celui oferit de ceilalți preemtori, de rang superior celui care propune. Oferta de vânzare mai poate fi modificată de către vânzător, fiind urmată de o nouă procedură de afișare a ofertei.

<sup>13</sup> A se vedea F.A. Boar, *op. cit.*, p. 60.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 59 și 60.



Un alt aspect prin care poate fi sesizată o delimitare între oferta de drept comun și cea din materia vânzării de terenuri agricole situate în extravilan, are la bază teoriile privind încheierea contractului între absenți, analizate de o parte semnificativă a autorilor din literatura de specialitate<sup>15</sup>. Oferta regăsită în Codul civil se consideră acceptată conform teoriei recepțiunii, contractul fiind încheiat chiar dacă oferta ajuns la destinatar, iar acesta nu a luat cunoștință de ea. În opoziție, Legea nr. 17/2014 nu are în vedere o încheiere a contractului conform teoriei recepțiunii, chiar dacă s-ar exclude impedimentele legate de formă, ci pe cea a informării, întrucât acceptarea se face în scris și se depune la sediul primăriei unde a fost afișată inclusiv oferta, legiuitorul recurgând astfel la schimbarea de identitate, de rațiune în analiza instituțiilor denumite identic, particularizându-le nu prin denumire, ci prin conținut și efecte.

Un ultim aspect ce merită analizat se referă la ipoteza în care vânzătorul își retrage sau revocă oferta<sup>16</sup>. Dacă la momentul retragerii, oferta nu a fost acceptată de către niciunul dintre preemtori, considerăm că retragerea nu produce niciun fel de decalaj juridic, nici din perspectiva preemtorilor care nu și-au exercitat până la acel moment dreptul lor și nici prin prisma vânzătorului, cu singura mențiune care vizează imposibilitatea celui din urmă de a vinde terenul unui terț, pe motivul neîndeplinirii procedurii prealabile, prin păstrarea ofertei timp de 30 de zile.

Totuși, dacă vânzătorul își revocă oferta după acceptarea acesteia de către unul sau mai mulți preemtori, considerăm că s-ar crea o situație care ar crea prejudicii celor din urmă, întrucât aceștia au depus acceptarea având ca temei buna-credință a vânzătorului și intenția acestuia de a încheia contractul de vânzare cu oricare dintre ei, cu respectarea dispozițiilor privind modul de alegere a preemtorului. Așadar, în acest caz, oferta o considerăm irevocabilă, ținând seama de termenul imperativ de 30 de zile regăsit în Legea nr. 17/2014, declarația de revocare depusă la sediul primăriei nu produce niciun efect, în acest caz oferta atipică, așa cum am denumit-o pe parcursul studiului, împrumută elemente aferente ofertei irevocabile reglementată de art. 1191 C. civ.

În cazul soților coproprietari în devălmășie a terenului agricol extravilan, considerăm că este necesară depunerea ofertei de către ambii soți, întrucât bunul este bun comun dobândit în timpul căsătoriei pentru care nu s-au specificat cotele, astfel încât doar unul dintre cei doi să aibă posibilitatea vânzării cotei sale. Ce se întâmplă în cazul în care unul dintre soți refuză depunerea ofertei sau o retrage ori o revocă în perioada de 30 de zile? Susținem că acel soț

---

<sup>15</sup> A se vedea L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pp. 118 și 119.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 107.

care refuză depunerea ofertei, poate fi obligat la depunerea sa, pe temeiul abuzului de drept, conform art. 15 C. civ., împiedicându-l în acest caz pe celălalt soț să-și exercite dreptul său de a înstrăina imobilul. În cazul retragerii ori a revocării ofertei doar de către unul dintre soți, nu se produce niciun efect privitor la menținerea ofertei, întrucât ar fi obligatoriu consimțământul ambilor în astfel de cazuri. Abuzul de drept poate avea un dublu efect, din perspectiva soțului nr. 1 care dorește depunerea ofertei și abuzează de dreptul său de a o afișa, precum și din cea a soțului nr. 2 care refuză depunerea, îngrădindu-i astfel soțului nr. 1 dreptul de a înstrăina pe viitor imobilul.

Așadar, după mențiunile referitoare la natura juridică a ofertei, la modul de revocare și de retragere a acesteia, la situația bunului aflat în coproprietatea soților, revenim asupra etapei finale în vederea încheierii vânzării, având ca obiect terenuri agricole situate în extravilan, aceasta reprezentând obținerea *avizului final*.

Pe baza documentației depuse de către vânzător, precum și a celei transmise de primărie cu privire la exercitarea dreptului de preempțiune, structura centrală, respectiv structurile teritoriale exercită controlul asupra modului de aplicare a procedurilor privind parcurgerea corectă a etapelor de exercitare a dreptului de preempțiune de către vânzător și preemptorii potențiali cumpărători.

Avizul final necesar încheierii contractului de vânzare de către notarul public sau pronunțării de către instanță, care ține loc de contract de vânzare, se emite de către *structurile teritoriale* pentru terenurile cu suprafața de până la 30 de hectare inclusiv, iar pentru terenurile cu suprafața de peste 30 de hectare de către *structura centrală*. Verificarea îndeplinirii condițiilor cerute de lege se va face de către structurile centrale, respectiv de către structurile teritoriale de la locul situării imobilului, după caz, în termen de 5 zile lucrătoare de la primirea datelor și documentelor. În cazul îndeplinirii condițiilor legale, în termen de 2 zile lucrătoare de la expirarea termenului pentru verificare, structura centrală, respectiv structura teritorială, după caz, vor emite avizul necesar încheierii contractului de vânzare. În cazul în care niciun preemptor nu își manifestă intenția de a cumpăra prin depunerea ofertei în termenul prevăzut de lege, nu este necesară emiterea acestui aviz, întrucât, în acest caz, contractul de vânzare se încheie pe baza adevărinței eliberate de primărie.

Totuși, în situația în care, în urma verificării de către structura centrală, respectiv structurile teritoriale, după caz, se constată că preemptorul ales nu îndeplinește condițiile prevăzute de prezenta lege, se va emite un *aviz negativ*, în termen de 2 zile lucrătoare de la expirarea termenului pentru verificare.

Acest aviz se transmite de către structura centrală sau teritorială emitentă biroului de cadastru și de publicitate emitent în original, în vederea notării acestuia în cartea funciară cu scutire de la plata tarifului, urmând a se putea radia în baza unui *aviz final pozitiv* ulterior, a adeverinței emise în vederea vânzării libere sau a unei hotărâri judecătorești.

Toate aceste avize vor fi eliberate de structurile centrale, respectiv structurile teritoriale care se transmit vânzătorului prin poștă, cu confirmare de primire sau, la solicitarea acestuia, se înmânează vânzătorului sau persoanei împuternicite în acest sens și, de asemenea, vor fi publicate pe site-urile proprii ale instituțiilor, în termen de 2 zile lucrătoare de la emitere.

Avizul final este valabil 6 luni de la data comunicării către vânzător; de asemenea, acesta mai poate fi valabil și ulterior împlinirii acestui termen, dacă părțile au încheiat în perioada sa de valabilitate un antecontract sau un pact de opțiune care are ca obiect terenuri agricole situate în extravilan pentru care a fost emis.

În cazul în care nu mai există nicio ofertă de cumpărare, din partea titularilor dreptului de preempțiune care și-au manifestat acceptarea ofertei în termenul legal, vânzarea este liberă, ținându-se seama de cerințele necesare unei astfel de vânzări.

### **III. Procedura de emitere a avizelor specifice ale Ministerului Apărării Naționale și ale Ministerului Culturii**

În vederea vânzării libere a unor terenuri agricole situate în extravilan, alături de procedura privind exercitarea dreptului de preempțiune, pentru anumite categorii de terenuri este necesară și obținerea unor avize specifice. Aceste avize se emit, după caz, de către Ministerul Apărării Naționale, de Ministerul Culturii și de serviciile publice deconcentrate ale acestuia din urmă.

Avizele eliberate de către instituțiile anterior menționate sunt necesare doar în cazuri particulare și nu vizează împrejurarea în care preemptorii își exercită dreptul de preempțiune și urmează să încheie contractul de vânzare cu proprietarul terenului agricol situat în extravilan și aflat în aria pentru care Legea nr. 17/2014 solicită îndeplinirea procedurii speciale prin Ministerul Apărării Naționale sau Ministerul Culturii. Rezultă așadar că avizul specific al Ministerul Apărării Naționale este necesar numai în cazul vânzării libere a terenurilor expres și limitativ prevăzute de lege.

Astfel, potrivit art. 3 din Legea nr. 17/2014, terenurile agricole situate în extravilan pe o adâncime de 30 km față de frontiera de stat și țărmul Mării Negre, către interior, precum și cele situate în extravilan la o distanță de până la

2400 m față de obiectivele speciale, pot fi înstrăinate prin vânzare-cumpărare doar cu avizul specific al Ministerului Apărării Naționale, eliberat în urma consultării cu organele de stat cu atribuții în domeniul siguranței naționale, prin structurile interne specializate menționate la art. 6 alin. (1) din Legea nr. 51/1991<sup>17</sup> privind securitatea națională a României cu modificările și completările ulterioare.

Potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 51/1991, prin organe de stat cu atribuții în domeniul securității naționale se au în vedere: Serviciul Român de Informații, Serviciul de Informații Externe, Serviciul de Protecție și Pază, precum și Ministerul Apărării Naționale, Ministerul Afacerilor Interne și Ministerul Justiției, prin structuri interne specializate.

Avizele prevăzute anterior, vor fi comunicate în termen de 20 de zile lucrătoare de la înregistrarea cererii de solicitare, de către vânzător. Așadar, acest termen se socotește, după caz: de la data alocării numărului de înregistrare pe cerere, în cazul în care aceasta este depusă direct la registratură; de la data semnării recipisei care atestă primirea cererii de către persoana desemnată cu recepționarea corespondenței din cadrul instituției, în cazul în care cererea este trimisă prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire.

În privința procedurii de emitere a avizului specific de către Ministerul Apărării Naționale, se are în vedere în primul rând identificarea terenurilor în privința cărora este necesară obținerea avizului specific. Așadar, într-o astfel de situație Ministerul Apărării Naționale comunică Agenției Naționale de Cadastru și Publicitate Imobiliară zonele cu acoperire de 2400 m în jurul obiectivelor specifice, în vederea integrării acestora în baza de date a oficiilor teritoriale de cadastru și publicitate imobiliară. În acest caz, Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară procedează, din oficiu, la notarea în cartea funciară a următoarei mențiuni: „imobil aflat sub incidența art. 3 alin. (1) din Legea nr. 17/2014”. La fel se va proceda și în cazul terenurilor agricole din extravilan situate în unități administrativ-teritoriale, parțial pe o adâncime de 30 km față de frontiera de stat și de țărmul Mării Negre, către interior.

Notarea în sistemul informatic integrat de cadastru și carte funciară, a mențiunii privitoare la imobilul aflat sub incidența Legii nr. 17/2014, se face la o primă înregistrare numai pe baza unei documentații cadastrale, a terenurilor agricole din extravilan, identificate pe baza datelor furnizate ca fiind situate în zona cu acoperire de 2400 m din jurul obiectivelor speciale, precum și a celor situate în unități administrativ-teritoriale amplasate parțial pe o adâncime de 30 km față de frontiera de stat și de țărmul Mării Negre.

---

<sup>17</sup> Publicată în M. Of. nr. 163 din 7 august 1991 și republicată în M. Of. nr. 190 din 18 martie 2014.

Notarea unei astfel de mențiuni în cartea funciară conferă o siguranță în privința posibilității de înstrăinare, dar problema se ridică atunci când nu se procedează la notarea în carte funciară a mențiunii sau se notează tardiv, mai precis după expirarea termenului expres prevăzut de lege. Așadar, în cazul celei din urmă considerăm că un astfel de aviz rămâne fără obiect, întrucât la momentul vânzării în privința imobilului nu existau niciun fel de mențiuni care ar fi putut împiedica îndeplinirea procedurii.

O altă întrebare se ridică în cazul în care, în cartea funciară, din eroare, nu se menționează amplasarea terenului la 2400 m de obiectivele speciale, dacă din documentația cadastrală care identifică imobilul în scopul stabilirii entității emitente a avizului prealabil vânzării ori din orice ale documente rezultă că terenul este amplasat la 2400 m sau mai puțin de obiectivele speciale, în acest caz pentru încheierea contractului de vânzare, notarul public sau instanța de judecată fiind obligată să solicite vânzătorului avizul specific al Ministerului Apărării Naționale. Trebuie avută în vedere și situația în care se solicită obținerea avizului specific de la Ministerul Apărării Naționale, iar acesta este emis în ultima zi a termenului, comunicat ulterior expirării celor 20 de zile lucrătoare prevăzute de lege și care se notează în cartea funciară după momentul în care contractul de vânzare, având ca obiect terenul pentru care a fost solicitat avizul, s-a încheiat în baza unui extras de carte funciară pentru autentificare, în care nu se regăsea notarea avizului respectiv, iar instanța a dispus anularea contractului și îndeplinirea unui noi proceduri de emiteră a avizului<sup>18</sup>. Într-un astfel de caz, răspunsul ar fi simplu, potrivit dispozițiilor art. 3 alin. (3) din Legea nr. 17/2014, în cazul neîndeplinirii obligației de a emite avizul, acesta se consideră ca fiind favorabil. Cu toate acestea, soluția instanței a fost de anulare a actului întocmit de notarul public care, la data autentificării contractului de vânzare, a avut la bază un extras de carte funciară de autentificare în care nu se regăsea nicio notare privitoare la avizul specific. Motivarea instanței a fost aceea că avizul negativ emis de Ministerul Apărării Naționale ar fi trebuit să împiedice intabularea contractului de vânzare, registratorul de carte funciară având cunoștință despre emiteră acestuia, în perioada în care cartea funciară era blocată de notarul instrumentator al actului.

Considerăm că o astfel de practică contravine prevederilor art. 35 alin. (3) din Legea cadastrului și publicității imobiliare nr. 7/1996<sup>19</sup>, întrucât pe perioada valabilității extrasului de carte funciară pentru autentificare, registratorul nu va

---

<sup>18</sup> A se vedea Trib. Arad, S. a I-a civ., dec. nr. 209/2016, nepublicată.

<sup>19</sup> Republicată în M. Of. nr. 83 din 7 februarie 2013, în temeiul prevederilor art. III din Legea nr. 133/2012 pentru aprobarea O.U.G. nr. 64/2010 privind modificarea și completarea Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, publicată în M. Of. nr. 506 din 24 iulie 2012.

efectua niciun fel de înscriere în cartea funciară, cu excepția aceleia pentru care a fost eliberat extrasul.

Avizul are o valabilitate de regulă de 12 luni, calculată din momentul comunicării acestuia către vânzător, dar acesta poate fi valabil și ulterior împlinirii termenului menționat, dar numai în situația în care părțile au încheiat, în perioada sa de valabilitate, o promisiune sau un pact de opțiune care are ca obiect terenul agricol extravilan pentru care a fost emis.

Transmiterea avizului specific se face prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire sau prin ridicare de la registratură. După emitere, un exemplar al avizului specific se publică pe site-ul Ministerului Apărării Naționale în termen de 2 zile de la emiterea acestuia.

În conformitate cu dispozițiile art. 4 din Normele metodologice pentru aplicarea Legii nr. 17/2014, vânzătorul depune o solicitare însoțită de documentația necesară în vederea obținerii avizului specific al Ministerului Apărării Naționale. Prin documente necesare se înțelege: cererea care conține datele de identificare a solicitantului, adresa de corespondență și datele de identificare ale potențialului cumpărător, dacă acesta este cunoscut la data depunerii cererii; actul de proprietate asupra terenului ce face obiectul ofertei de vânzare, în copie legalizată de notarul public ori de instanța de judecată, după caz, sau certificat pentru conformitate emis de către funcționarii primăriei; extras de carte funciară de informare, în original, și plan de amplasament și delimitarea imobilului, însoțit de inventarul de coordonate dacă acesta nu se regăsește în plan, în copie; adeverință privind vânzarea liberă, în original, prevăzută la art. 10 alin. (1) din Legea nr. 17/2014; oferta de vânzare în copie, în caz de reprezentare, procură notarială, respectiv delegația, hotărârea generală a asociațiilor, decizia asociatului unic, decizia asociatului formei asociative, după caz, în original, precum și o copie a buletinului de identitate/a cărții de identitate a împuternicitului persoană fizică sau o copie a pașaportului pentru împuternicitul persoană fizică cu domiciliul în străinătate; certificatul constatator de la registrul comerțului sau a actului în baza căruia își desfășoară activitatea, în cazul vânzătorului persoană juridică, în copie; hotărârea generală a asociațiilor, decizia asociatului unic, decizia asociatului formei asociative, după caz, în copie, din care să rezulte acordul cu privire la vânzarea bunului aflat în proprietatea societății, în cazul vânzătorului persoană juridică.

La eliberarea avizului specific, Ministerul Apărării Naționale ține seama de următoarele elemente: amplasamentul terenului, identificat conform planului de amplasament și delimitarea imobilului, întocmit în sistemul național de proiecție, eliberat de oficiul teritorial ca urmare a recepției documentației cadastrale pentru terenul agricol situat în extravilan, în privința căruia s-a

solicitat avizul specific, însoțit de inventarul de coordonate dacă acesta nu se regăsește în plan; implicațiile asupra apărării și securității naționale; destinația și funcționalitatea obiectivelor speciale.

Prin obiectiv special se înțelege terenul cu sau fără construcții, aflat în patrimoniul instituțiilor prevăzute la art. 6 alin. (1) din Legea nr. 51/1991.

În situația în care documentele care însoțesc solicitarea vânzătorului de eliberare a avizului specific nu sunt lizibile sau sunt incomplete ori intervin situații justificate de natură tehnică referitoare la aceleași documente, Ministerul Apărării Naționale, prin Statul Major General va emite un aviz specific negativ motivat. Avizul specific negativ se transmite de către Ministerul Apărării Naționale prin Statul Major General, în original, biroului de cadastru și publicitate imobiliară competent în vederea notificării în cartea funciară cu scutire de la plata tarifului.

În avizul specific negativ se menționează, în mod obligatoriu, numărul cadastral și numărul de carte funciară ale imobilului.

În vederea emiterii unui nou aviz specific, vânzătorul va depune o nouă cerere în acest sens, urmând ca termenul de 20 de zile lucrătoare să curgă de la data înregistrării noilor documente.

Considerăm că, într-o astfel de situație, este inoportună sancțiunea aleasă de legiuitor, de emiterie a avizului negativ în cazul în care documentația care stă la baza acestuia nu este lizibilă, incompletă sau există neconcordanțe, întrucât astfel de erori ar putea fi acoperite prin alocarea unui termen în care documentația să fie completată, fără a fi necesară reluarea procedurii, prin depunerea unei noi cereri de emiterie a unui nou aviz. O astfel de procedură, am putea să o comparăm cu procedura de regularizare din materia procesuală-civilă, aplicabilă în cazul în care cererea de chemare în judecată nu conține toate elementele care îi conferă valabilitate și nu este însoțită de documentele care stau la baza ei.

Așadar, avizul negativ într-o astfel de situație ar trebui înlocuit cu o cerere de completare a documentației și eliberat doar în cazul în care nu sunt îndeplinite condițiile pentru obținerea avizului favorabil. În caz contrar, vânzătorul neștiind cu exactitate dacă avizul a fost emis pentru nerespectarea condițiilor privind obținerea avizului favorabil ori pentru lipsa documentației sau pentru că aceasta nu este lizibilă. În acest sens, s-ar veni în sprijinul solicitantului, fără a îngreuna procedura de încheiere a contractului de vânzare, având ca obiect terenuri agricole situate în extravilan pentru a căror înstrăinare este necesar avizul Ministerul Apărării Naționale, printr-o procedură prealabilă în care obținerea documentației s-ar realiza cu respectarea principiului celerității.

Avizul specific negativ se radiază din carte funciară în baza unui aviz specific favorabil, ulterior emis, la cererea vânzătorului sau în baza unei hotărâri definitive.

Tot în materia vânzării terenurilor agricole situate în extravilan, în situații particulare expres prevăzute de lege, este necesară obținerea unor avize specifice inclusiv de la Ministerul Culturii.

Așadar, terenurile agricole situate în extravilan, în care se află situri arheologice, în care au fost instituite zone cu patrimoniu arheologic reperat sau zone cu potențial arheologic evidențiat întâmplător, pot fi înstrăinate prin vânzare doar cu avizul specific al Ministerului Culturii, respectiv al serviciului public deconcentrat al acestuia, după caz, emis în termen de 20 de zile lucrătoare de la înregistrarea cererii de solicitare de către vânzător.

Conform art. 2 din Normele metodologice pentru aplicarea Legii nr. 17/2014, înainte de demararea procedurilor care vizează materia exercitării dreptului de preempțiune, la solicitarea vânzătorului, în termen de 3 zile de la data înregistrării cererii, primăria eliberează o adresă prin care se comunică dacă este sau nu necesar avizul specific al Ministerului Culturii. În cazul în care avizul specific este necesar, un exemplar original al adresei se comunică de către primărie biroului de cadastru și publicitate competent, în vederea notificării în cartea funciară, cu scutirea de la data tarifului. În acest caz vânzătorul va prezenta notarului public adresa anterior menționată, în vederea încheierii contractului de vânzare.

Avizul specific al Ministerului Culturii se eliberează prin direcția județeană pentru cultură. Pentru emiterea acestui aviz, vânzătorul va depune la direcția județeană pentru cultură o cerere; în acest sens, direcția va verifica în termen de 3 zile lucrătoare documentația depusă și va emite avizul specific care poate fi favorabil.

La eliberarea avizului specific se vor avea în vedere următoarele elemente: amplasamentul terenului, identificat conform planului de amplasament și delimitarea imobilului întocmit în sistemul național de proiecție, ca urmare a recepției documentației cadastrale pentru imobilul în privința căruia s-a solicitat avizul; prezența patrimoniului arheologic și implicațiile asupra conservării patrimoniului arheologic.

De menționat este faptul că, în cazul în care documentele care însoțesc cererea în vederea obținerii avizului specific, nu sunt lizibile, sunt incomplete sau există neconcordanțe în documentație, direcția județeană pentru cultură va emite un aviz specific negativ motivat pe care îl va comunica vânzătorului, primăriei, structurii teritoriale a Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale. Avizul specific negativ se comunică în original biroului de cadastru și publicitate imobiliară competent, în vederea notificării lui în cartea funciară, cu scutire de la plata tarifului. Avizul specific negativ se radiază din cartea funciară în baza unui



aviz specific favorabil, ulterior emis la cererea vânzătorului, sau a unei hotărâri judecătorești.

Dacă anterior a fost emis un aviz specific negativ, vânzătorul va depune o nouă cerere pentru obținerea unui aviz favorabil, urmând ca termenul de 20 de zile lucrătoare să curgă de la data înregistrării noilor documente.

În situația în care după depunerea noii cereri se emite un aviz specific favorabil, direcția județeană pentru cultură va comunica acest lucru vânzătorului, primăriei, structurii teritoriale a Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale. Avizul specific favorabil se comunică în original biroului de cadastru și publicitate imobiliară competent, în vederea notării lui în cartea funciară cu scutire de la plata tarifului.

Avizul specific emis de direcția județeană pentru cultură va fi comunicat vânzătorului prin orice mijloc care poate confirma transmiterea și recepția lui.

După emitere, un exemplar al avizului se publică pe site-ul direcției județene pentru cultură în termen de 2 zile de la emiterea acestuia. Avizul este valabil 6 luni de la data comunicării către vânzător ca regulă, dar poate fi valabil și ulterior împlinirii acestui termen, dacă părțile au încheiat în perioada sa de valabilitate un antecontract sau un pact de opțiune, care are ca obiect terenul agricol extravilan pentru care a fost emis.

În condițiile în care am adus în discuție situația antecontractelor și pactelor de opțiune ce au ca obiect un teren agricol situat în extravilan este justificată și abordarea pe scurt a unui astfel de subiect. Ce presupune de fapt încheierea unei promisiuni sau a unui pact de opțiune de a vinde astfel de terenuri?

Din cuprinsul dispozițiilor art. 5 și 20 din Legea nr. 17/2014 reiese posibilitatea încheierii unor antecontracte de vânzare, având ca obiect terenurile agricole situate în extravilan. O primă problemă care s-a ridicat într-o astfel de situație a fost reprezentată de prevederile art. 20 alin. (1) care specifică faptul că dispozițiile Legii nr. 17/2014 nu se aplică antecontractelor și pactelor de opțiune care au fost autentificate la notariat anterior intrării în vigoare a aceleiași legi. Așadar, dispozițiile anterior menționate, cum era și de așteptat, au constituit obiectul unei excepții de neconstituționalitate, soluționată prin Decizia Curții Constituționale nr. 755/2014<sup>20</sup>. În acest sens Curtea constată că persoanele care au încheiat antecontracte de vânzare în forma autentică, pe de o parte, și persoanele care au încheiat antecontracte de vânzare fie sub forma unui înscris sub semnătură privată, fie sub forma unui înscris atestat de către un avocat, pe de altă parte, având ca obiect terenuri agricole situate în extravilan, se află în aceeași situație juridică, întrucât natura juridică a antecontractului de vânzare,

---

<sup>20</sup> Publicată în M. Of. nr. 101 din 9 februarie 2015.

efectele produse de acesta – obligația de a încheia în viitor contractul de vânzare, precum și momentul încheierii antecontractelor – anterior intrării în vigoare a Legii nr. 17/2014, sunt identice. Astfel, atât antecontractul încheiat în forma autentică, cât și cel neautenticat, nu realizau însuși transferul dreptului de proprietate, generând doar obligația părților de a încheia în viitor contractul de vânzare. Curtea reține că, de principiu, efectele generate de cele două tipuri de antecontracte, constând în obligația de a încheia în viitor contractul de vânzare, trebuie să fie guvernate de același act normativ, reprezentând legea în vigoare la data realizării transferului dreptului de proprietate, urmărind aplicarea principiului *tempus regit actum*.

Astfel, toate antecontractele vor continua să își producă efectele juridice potrivit Codului civil, cu condiția ca valorificarea lor, în sensul transferului dreptului de proprietate, să fie supusă reglementării existente la momentul încheierii actului translativ de proprietate; așadar, după exercitarea dreptului de preempțiune prevăzut de Legea nr. 17/2014.

Acestea fiind spuse, Curtea a reamintit jurisprudența sa, conform căreia principiul egalității în drepturi presupune instituirea unui tratament egal pentru situații care, în funcție de scopul urmărit, nu sunt diferite<sup>21</sup>.

Considerăm că obținerea avizelor necesare și îndeplinirea procedurii privind posibilitatea exercitării dreptului de preempțiune nu sunt necesare la momentul autentificării promisiunii de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan, întrucât în cuprinsul unui astfel de antecontract este suficientă inserarea unei clauze care să conțină mențiunea faptului că vânzătorul se va obliga până la data semnării contractului final, adică a autentificării înscrisului translativ de proprietate, să îndeplinească toate procedurile prevăzute de Lege nr. 17/2014. În cazul în care în cuprinsul acestui termen inserat în promisiunea de vânzare, preemtorii își vor exercita dreptul lor de preempțiune, antecontractul de vânzare se va rezoluționa, iar dacă a fost inserată o clauză penală cu privire la neexecutarea obligației promitentului vânzător, cealaltă parte poate să se prevaleze doar de clauza penală fără a putea cere executarea silită în natură a obligației principale, acest din urmă caz nefiind posibil, întrucât executarea în natură nu poate fi realizată, dat fiind faptul că preemtorul va avea întâietate la încheierea contractului. Nu la fel se întâmplă și în cazul pactului de opțiune, în acest caz, respectarea prevederilor Legii nr. 17/2014 este obligatorie, întrucât simpla manifestare de voință a beneficiarului pactului duce la încheierea valabilă a contractului translativ de proprietate.

---

<sup>21</sup> A se vedea R. Dincă, *Promisiunea de a vinde un teren agricol situat în extravilan*, în RRDP nr. 3/2015, p. 56.

Așadar, raportat la faptul că legea prevede îndeplinirea formalităților necesare încheierii contractului de vânzare a unui teren agricol situat în extravilan, încă de la momentul încheierii promisiunii de vânzare sau a pactului de opțiune, tocmai în vederea încheierii contractului final sau a pronunțării unei hotărâri care să țină loc de contract, instanțele s-au pronunțat în acest sens printr-o sentință din 2014.

Astfel, instanța a fost sesizată cu o acțiune în vederea pronunțării unei sentințe în care să se constate că reclamantul a cumpărat de la pârât un teren agricol situat în extravilan și totodată ca sentința pronunțată să țină loc de act autentic al vânzării. Motivarea acțiunii reclamantului arată că s-a încheiat o promisiune de vânzare în formă autentică și în care s-a stabilit ca părțile să se prezinte pentru încheierea contractului de vânzare la notarul public până la data de 1 ianuarie 2014. Totodată, se arată că reclamantul a notificat-o pe pârâtă să se prezinte în fața notarului public în condițiile în care s-au achitat 200 de lei din preț, dar aceasta a refuzat.

Examinând probele administrate în cauză, instanța reține că acțiunea reclamantului este inadmisibilă, motivând faptul că, potrivit art. 4 din Legea nr. 17/2014, înstrăinarea prin vânzare a terenului situat în extravilan se face cu respectarea condițiilor de fond și formă prevăzute în Legea nr. 287/2009 privind Codul civil și a dreptului de preempțiune a coproprietarilor, a arendașilor, a proprietarilor vecini, precum și a statului român, în această ordine, la preț și în condiții egale. Din examinarea acestor prevederi legale, rezultă că legiuitorul a prevăzut expres că, în cazul înstrăinării terenurilor agricole situate în extravilan prin vânzare, este necesar să fie respectate nu numai condițiile de fond și cele de formă prevăzute în Codul civil, dar și cele privind îndeplinirea unor proceduri administrative prealabile, referitoare la stabilirea dreptului de preempțiune subiecților de drept enumerați limitativ de legea specială.

Respectarea acestor proceduri administrative în cazul terenurilor agricole extravilane se impunea atât în cazul vânzării de drept comun, dar și în cazul modalității vânzării prin încheierea anterioară a unui anteccontract de vânzare, când contractul propriu-zis de vânzare se încheie fie la notarul public, fie ca urmare a promovării unei acțiuni la instanța de judecată pentru a pronunța o hotărâre care să țină loc de contract.

Nerespectarea procedurii administrative prealabile, privind stabilirea existenței sau nu a dreptului de preempțiune, atrage inadmisibilitatea acțiunii privind pronunțarea unei hotărâri judecătorești care să țină loc de contract în condițiile art. 1669 C. civ., cum rezultă din prevederile art. 5 din legea anterior menționată.

În speță, reclamantul nu a făcut dovada că s-a urmat această procedură prealabilă, adică de înregistrare a cererii privind afișarea ofertei de vânzare a terenului de pârâtă și că s-a depus documentația aferentă.

Așadar, pentru aceste considerente, instanță respinge cererea ca fiind inadmisibilă<sup>22</sup>.

Dacă avem în vedere rațiunea obținerii în mod obligatoriu a tuturor formalităților impuse de Legea nr. 17/2014, vom stabili de asemenea că, în cazul promisiunii de vânzare a unui teren agricol situat în extravilan, se va institui o clauză de inalienabilitate subînțeleasă, avându-se în vedere protejarea dreptului beneficiarului promisiunii de a pretinde încheierea contractului prin menținerea bunului ce ar face obiectul transferului produs prin acel contract în patrimoniul promitentului, astfel ca transferul să poată opera<sup>23</sup>.

#### IV. Concluziile studiului

Ca urmare a studiului realizat, putem concluziona faptul că Legea nr. 17/2014 instituie un drept de preempțiune la vânzarea terenurilor agricole din extravilan în favoarea coproprietarilor, arendașilor, proprietarilor vecini și statului prin Agenția Domeniului Statului, această ordine având caracter imperativ. Alături de instituirea acestui drept de preempțiune, în cazurile particulare prevăzute de lege, se solicită inclusiv obținerea unor avize specifice de la Ministerul Apărării Naționale și/sau Ministerul Culturii.

În mod îndoielnic constatăm faptul că legiuitorul a ales să deroge în mare parte de la dreptul comun prevăzut în art. 1730 și urm. C. civ.

De asemenea, subliniem faptul că procedura de exercitare a dreptului de preempțiune și de emitere a avizelor este reglementată în cuprinsul Normelor metodologice, intrate în vigoare ulterior publicării legii speciale în Monitorul Oficial și care pe alocuri obstrucționează și limitează desfășurarea procedurii prealabile în materia vânzării de terenuri agricole situate în extravilan.

Dacă se autentifică un contract de vânzare fără respectarea dispozițiilor Legii nr. 17/2014, sancțiunea care intervine este nulitatea relativă a înscrisului, ceea ce înseamnă că, de fapt, interesul ocrotit de legiuitor este unul privat, cu toate că, scopul declarat al legii se consideră că urmărește satisfacerea unui interes public.

---

<sup>22</sup> A se vedea Jud. Caracal, S. civ. nr. 2249/2014 – <http://legeaz.net/spete-civil-2/hotarare-care-tine-cont-de-2249-2014>.

<sup>23</sup> A se vedea R. Dincă, *op. cit.*, p. 71.

---

*Secțiunea de Drept public*

---



# Raportul de cauzalitate în accidentele de circulație

Prof. univ. dr. **Tiberiu MEDEANU\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

## **Abstract**

*Some traffic accidents occur in atypical situations, making it difficult to determine the cause to the favorable conditions, which may include the victim's conduct, his/her health, physician's fault or the fault of another person etc. In these cases it is necessary to determine the essential criminal action to produce the result, unlike other conditions or circumstances, which can play a second fiddle.*

**Keywords:** traffic accident; causal link; favoring causes and conditions

## **Rezumat**

*Unele accidente de circulație se produc în situații atipice, fiind dificilă stabilirea cauzei în raport cu condițiile favorizante, care pot consta în conduita victimei, starea sănătății acesteia, culpa medicului ori a altei persoane etc. În aceste cazuri este necesară determinarea acțiunii infracționale indispensabile pentru producerea rezultatului, spre deosebire de alte condiții sau împrejurări, care pot avea rol secundar.*

**Cuvinte-cheie:** accident de circulație; raport de cauzalitate; cauze și condiții favorizante

## **I. Importanța și modalitățile de stabilire a raportului de cauzalitate**

Stabilirea raportului de cauzalitate în cazul unor accidente de circulație prezintă dificultăți datorită împrejurărilor existente în momentul producerii accidentului sau a situațiilor apărute ulterior. În prima categorie se poate include: conduita imprudentă ori culpabilă a persoanei accidentate, implicarea mai multor persoane în producerea accidentului, corelarea cu alte împrejurări cum ar fi: cazul fortuit, starea de necesitate, condițiile meteorologice, factorii atipici de mediu, interferența cu unele animale etc. Situațiile apărute după accident se pot

---

\* medeanu@gmail.com

referi la persoana accidentată (interferența cu afecțiuni preexistente, vârstă înaintată, refuzul sau neglijarea tratamentului medical, intoleranță la medicație, ingerarea unor substanțe sau alimente cu efect alergic), personalul medical (malpraxis, culpa penală, transport cu salvarea) sau la acțiunea altor persoane (agresiune fizică ori verbală, comiterea altor fapte din culpă sau cu intenție etc.).

Cauzalitatea propriu-zisă poate fi declanșată de acțiuni sau inacțiuni, care pot fi principale sau secundare, directe sau indirecte, concomitente sau ulterioare, unitare sau succesive. Cauzele se pot asocia cu împrejurări sau condiții favorizante, care pot influența în mod diferit producerea rezultatului. Între acțiunea sau inacțiunea autorului și rezultatul produs trebuie să existe o legătură de cauzalitate, chiar dacă la producerea urmării imediate au concurat și alte fapte ori împrejurări preexistente, concomitente sau ulterioare.

Stabilirea raportului de cauzalitate a determinat apariția multor teorii, cu substrat filosofic, juridic ori medico-legal, cele mai cunoscute fiind: *teoria echivalenței condițiilor*, care consideră drept cauză a rezultatului condiția care l-a precedat și în absența căreia acesta nu s-ar fi produs; *teoria cauzei adecvate*, care ține seama de condiția capabilă prin natura ei să dea naștere efectului ori care are posibilitatea efectivă de producere a efectului; *teoria cauzalității necesare*, care consideră drept cauză orice condiție care a precedat efectul și a produs cu necesitate urmarea; *teoria posibilității concrete*, care evidențiază influența pe care împrejurări diferite le exercită asupra producerii unui efect ilicit, răspunderea fiind angajată doar atunci când conduita ilicită a determinat posibilitatea concretă a producerii rezultatului<sup>1</sup>.

Raportul de cauzalitate sub aspect juridic se poate stabili prin utilizarea unor concepte logice din examinarea cărora se poate deduce importanța lor în survenirea rezultatului. Delimitarea cauzei de condițiile favorizante se poate realiza numai prin aprecierea rolului fiecărei acțiuni umane și a unor împrejurări de altă natură. În această operațiune trebuie să se țină seama de fapta care a determinat concretizarea rezultatului sancționat de norma juridică penală, aspect care se axează pe imputarea obiectivă și neechivocă a consecinței faptei penale.

În cazul deceselor sau vătămărilor corporale, între cauză și efect se pot interpune numeroase condiții favorizante care nu au relevanță în raportul

---

<sup>1</sup> A se vedea: M. Basarab, V. Pașca, Gh. Mateuț, T. Medeanu, C. Butiuc, M. Bădilă, R. Bodea, P. Dungan, V. Mirișan, R. Mancaș, C. Miheș, *Codul penal comentat, Partea specială*, vol. II, ed. 2008, Ed. Hamangiu, București, pp. 70-75; Al. Boroș, *Drept penal și drept procesual penal*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 34-37; Fl. Streteanu, *Tratat de drept penal, partea generală*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2015, pp. 412-419.



cauzal, cum ar fi: sensibilitatea organismului; boli preexistente sau apărute ulterior comiterii infracțiunii, factori alergeni; apelarea cu întârziere la tratament medical; diagnosticarea tardivă a leziunii sau a complicațiilor generate de aceasta; tratament medical incorect sau incomplet; agravarea leziunilor din cauza incidentelor determinate de transport; apariția leziunilor secundare de genul bronhopneumoniei, escarelor, infecțiilor, trombo-emboliei, infarctului pulmonar etc., din cauza imobilizării prelungite, a intervențiilor medicale ori a îngrijirii neadecvate, inclusiv în unitățile sanitare<sup>2</sup>.

În cazul infracțiunilor de rezultat, în categoria cărora se încadrează uciderea din culpă și vătămarea corporală din culpă, raportul de cauzalitate constituie o componentă obligatorie a laturii obiective a infracțiunii, realizând legătura între elementul material și urmarea imediată.

## **II. Aspecte privind determinarea raportului de cauzalitate sub aspect juridic**

În literatura de specialitate și în jurisprudență creează dificultăți cauzalitatea secundară în cazul decesului sau vătămărilor corporale determinate de accidente, deoarece între cauză și efect se interpun elemente de conduită ale persoanei vătămate, acțiuni ale altor persoane sau factori care nu depind de acțiunile umane.

**1. Literatura juridică** a exprimat constant opinia că actele materiale de executare a infracțiunii nu pot fi tratate izolat de procesele psihice corespunzătoare, iar raportul de cauzalitate nu poate fi redus la cauzalitatea fizică dintre aceste acte și rezultate, acceptându-se astfel ideea acțiunii cauzale privită sub aspect fizic și psihic<sup>3</sup>.

Alt autor exprimă opinia că în cazul infracțiunilor contra vieții și sănătății raportul de cauzalitate poate fi complex, fiind compus dintr-o cauză (care poate fi un factor declanșator direct sau un factor secundar) și una sau mai multe condiții (activități umane) sau împrejurări (bătrânețe, stare de ebrietate, locul unde se afla victima, fenomene ale naturii, acțiunea unor substanțe toxice, acțiunea animalelor etc.)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> A se vedea: V. Dongoroz și alții, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. I, Ed. Academiei, București, 1969, p. 385; M. Basarab și alții, *op. cit.*, p. 134.

<sup>3</sup> A se vedea G. Antoniu, *Raportul de cauzalitate în dreptul penal*, Ed. Științifică, București, 1969, p. 173.

<sup>4</sup> A se vedea T. Dianu, *Loviturile sau vătămările cauzatoare de moarte, sinteză judiciară privind raportul de cauzalitate*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 20.

Se mai precizează că din echivalența tuturor contribuțiilor umane cauzale (*sine qua non*) nu decurge și importanța lor juridică pentru atribuirea rezultatului. Relevanța penală a acțiunii cauzale depinde în mod hotărâtor de conținutul normei de incriminare, care impune să se verifice, în fiecare caz în parte, dacă rezultatul a fost realizat de o manieră conformă cerințelor legale și corespunde întru totul rezultatului tipic, descris în normă<sup>5</sup>.

În esență, între acțiunea sau inacțiunea autorului și rezultatul produs trebuie să existe o legătură de cauzalitate chiar dacă la producerea urmării imediate (a rezultatului) au concurat și alte cauze preexistente sau concomitente, cum ar fi culpa medicului ori a victimei<sup>6</sup>.

Alt autor susține că în situația în care autovehiculul este încredințat spre a fi condus pe drumurile publice unei persoane despre care se știa că nu posedă permis de conducere și drept urmare este ucisă o persoană, subzistă infrațiunea la legea circulației pe drumurile publice în concurs cu infrațiunea de ucidere din culpă, existând legătură de cauzalitate între fapta de încredințare a autovehiculului și uciderea victimei<sup>7</sup>. Subscriem la această opinie, în ipostaza în care persoana respectivă nu a posedat niciodată permis de conducere și este evident că are dificultăți în realizarea acestei activități. Situația trebuie analizată în funcție de particularitățile fiecărui caz, neexistând raport de cauzalitate cu infrațiunea de rezultat dacă persoana respectivă avea permisul suspendat ori dacă avea cunoștințe suficiente în acest domeniu prin prisma profesiei ori a ocupației.

În vederea determinării raportului de cauzalitate în accidentele de circulație se vor examina în mod obligatoriu următoarele aspecte: acțiunea sau inacțiunea săvârșită de făptuitor; conduita victimei sau a persoanei vătămate; acțiunile sau inacțiunile altor persoane; alți factorii externi care au interferență cu producerea rezultatului etc. Deci, acțiunea sau inacțiunea infrațională nu trebuie privită în mod izolat, ci în strânsă corelație cu fiecare factor ce are oarecare pondere în producerea rezultatului. Factorii care pot fi asociați într-un caz concret cu acțiunea ce caracterizează infrațiunea sunt cei cunoscuți de făptuitori sau cei conștientizați de către aceștia. Este indiferent dacă activitatea infractorului a fost suficientă, aptă sau idonee prin ea însăși să cauzeze moartea victimei, sau a fost unită ori conjugată cu alte fapte sau împrejurări preexistente, concomitente sau subsecvente care, în ansamblul și interacțiunea lor, au produs moartea victimei<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> A se vedea M.K. Guiu, *Raportul de cauzalitate în dreptul penal*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 87.

<sup>6</sup> A se vedea M. Basarab și alții, *op. cit.*, p. 188.

<sup>7</sup> A se vedea V. Cioclei, *Drept penal. Parte specială. Infrațiuni contra persoanei*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 77.

<sup>8</sup> A se vedea M. Basarab și alții, *op. cit.*, p. 71.

În cazul în care un accident are ca urmare vătămarea corporală gravă, iar decesul victimei survine după condamnarea definitivă, dacă există raport de cauzalitate cu aceasta, soluția de condamnare definitivă se poate desființa pe calea revizuirii, încadrarea juridică corectă fiind cea de ucidere din culpă<sup>9</sup>.

Dacă au survenit accidente de circulație succesive și de natură să producă moartea victimei, în raportul causal al morții se înscriu toate acestea, angajându-se răspunderea tuturor făptuitorilor pentru ucidere din culpă<sup>10</sup>.

În cazul în care nu se poate stabili culpa făptuitorului sub nicio formă, nu va exista infracțiunea de vătămare corporală din culpă, putând subzista cazul fortuit.

**2. Practica judiciară** utilizează o terminologie diferită în domeniul raportului de cauzalitate, fiind folosite formule diferite, cum ar fi: fără actele infracționale nu ar fi posibil rezultatul; moartea s-a produs în mod necesar; posibilitatea nu prea îndepărtată s-a transformat în realitate; activitatea infractorului a fost cauza rezultatului etc.

Cu mici excepții, instanțele judecătorești au rezolvat raportul causal în mod corect, prin identificarea factorului determinant în producerea rezultatului final, ignorând rolul condițiilor favorizante sau al altor împrejurări anterioare, concomitente sau ulterioare faptei cu caracter infracțional.

Sub acest aspect prezintă interes spețele în care au existat interferențe cu afecțiunile subsecvente, culpa victimei, culpa medicală sau alte împrejurări ulterioare infracțiunii.

### **A. Raportul causal în cazul culpei victimei**

**1.** Răspunderea penală a făptuitorului nu este înlăturată când la producerea rezultatului a contribuit și victima, circulând pe drumurile publice în stare de ebrietate ori nerespectând regulile de circulație<sup>11</sup>.

**2.** Este irelevantă fapta victimei de a fi circulat cu viteza mai mare decât cea legală, deoarece accidentul s-a produs din cauza inculpatului, care a pătruns cu autovehiculul pe contrasens, într-o curba cu vizibilitate foarte redusă, ceea ce a făcut ca accidentul să nu poată fi evitat. Aceasta este cauza accidentului, iar viteza excesivă a celui alt conducător auto are rolul de cauză favorizantă<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> A se vedea Trib. București, s. a II-a pen., dec. nr. 162/1990, în *Culegere de practică judiciară în materie penală*, ed. 1992, p. 151.

<sup>12</sup> A se vedea Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 343/1989, în *Dreptul nr. 1-2/1990*, p. 142.

**3.** Împrejurarea că victima unui accident mortal de circulație a condus bicicleta fără ca aceasta să fi fost echipată cu frână de mână și far în față, fiind sub influența băuturilor alcoolice, nu are semnificația unei culpe în raport cu producerea accidentului, de vreme ce nu a efectuat manevre greșite sau alte încălcări ale regulilor de circulație, iar pe partea din spate a bicicletei era montat un dispozitiv reflectorizant. În atare situație, neexistând o legătură causală între împrejurările menționate și lovirea din spate a bicicletei de către autovehiculul condus de inculpat, cu consecința morții victimei, urmează a se reține culpa exclusivă a celui dintâi, iar nu culpa comună a inculpatului și victimei<sup>13</sup>.

**4.** S-a reținut culpa comună a inculpatului și a victimei, atunci când inculpatul, aflându-se sub influența băuturilor alcoolice a circulat pe timp de noapte pe partea stângă a drumului cu o bicicletă neechipată cu dispozitiv de iluminare și, în aceste condiții, a intrat în impact cu altă bicicletă care circula în sens contrar, neechipată cu lumini, iar în urma impactului, conducătorul acesteia, aflat și el sub influența băuturilor alcoolice, a decedat<sup>14</sup>.

**5.** Există raport de cauzalitate deși victima circula aproape de axul drumului, pe partea dreaptă în sensul de mers, având concentrație alcoolică în sânge de 1,45 g% alcool<sup>15</sup>.

**6.** Răspunde pentru ucidere din culpa conducătorul auto care avea posibilitatea să evite accidentul, dar nu a acționat la timp asupra sistemului de frânare, accidentând mortal un pieton care traversa strada prin loc nemarcat<sup>16</sup>.

**7.** Există culpa conducătorului auto chiar dacă victima s-a angajat în traversarea șoselei în diagonală și fără să se asigure, deoarece accidentul a survenit pe trecerea pentru pietoni, semnalizată și marcată corespunzător<sup>17</sup>.

**8.** Raportul de cauzalitate nu este întrerupt dacă tratamentul medical a fost efectuat cu întârziere din cauza subestimării gravității leziunii de către persoana accidentată<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> A se vedea Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 765/1990, în *Dreptul nr. 6/1991*, p. 67.

<sup>14</sup> A se vedea Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 1240/1989, în *Dreptul nr. 7/1990*, p. 71.

<sup>15</sup> A se vedea Jud. Craiova, sent. pen. nr. 460/2007, nepublicată.

<sup>16</sup> A se vedea CSJ, s. pen., dec. nr. 47/1995, în *Buletinul jurisprudenței, Culegere de decizii pe anul 1995*, Ed. Proema, Baia Mare, 1996, p. 177.

<sup>17</sup> A se vedea C. Ap. București, s. I pen., dec. nr. 127/1996, în *Culegere de decizii pe anul 1998*, p. 311.

<sup>18</sup> A se vedea Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 72/1981, în *Revista Română de Drept nr. 1/1978*, p. 69.

9. Refuzul victimei de a se interna în spital în urma rănilor ușoare suferite la un picior, urmat de complicații și deces, nu întrerupe raportul de cauzalitate<sup>19</sup>.

10. Accidentarea unui pieton care trecea prin spatele autobuzului oprit în stație, de către un autovehicul care circula cu viteză mai mare decât cea legală, determină existența culpei comune<sup>20</sup>.

11. Există raport de cauzalitate între accident și deces, deși persoana accidentată avea alcoolemie de 1,40‰ și traversase șoseaua la distanță de cca. 4 metri de trecerea de pietoni<sup>21</sup>.

### **B. Raportul cauzal în cazul afecțiunilor subsecvente**

1. Raportul de cauzalitate nu este întrerupt dacă la deces a contribuit o boală a victimei, deoarece rolul determinant l-a avut leziunea<sup>22</sup>.

2. Starea patologică preexistentă a victimei nu are relevanța cauzei unice și determinante a rezultatului letal, deoarece moartea victimei nu a survenit pe cale naturală, ca urmare a acelei stări, ci în mod violent, fiind consecința faptelor inculpatului<sup>23</sup>.

3. Sub aspectul raportului de cauzalitate nu prezintă importanță faptul că în perioada în care urma îngrijirile medicale necesare vindecării, persoana vătămată a efectuat deplasări ori s-a prezentat la locul de muncă prestând efectiv munca, cât timp din probe nu rezultă că acestea au avut ca efect agravarea vătămărilor produse inițial prin agresiune<sup>24</sup>.

4. Pentru stabilirea numărului zilelor de îngrijiri medicale nu prezintă relevanță existența unei fracturi mai vechi la același nivel, motiv pentru care procesul de osificare s-a realizat cu mai multă greutate, deoarece prelungirea

---

<sup>19</sup> A se vedea Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 434/1987, în V. Pușcașu, *Codul penal, adnotat cu jurisprudență*, Ed. Mirton, Timișoara, 2013, p. 310.

<sup>20</sup> A se vedea Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 1579/1977, în *Revista Română de Drept nr. 4/1982*, p. 61.

<sup>21</sup> A se vedea C. Ap. Galați, s. pen., dec. nr. 394/2013, nepublicată.

<sup>22</sup> A se vedea Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 352/1981, în *Revista Română de Drept nr. 10/1981*, p. 74.

<sup>23</sup> A se vedea Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 998/1974, în *Culegere de decizii pe anul 1974*, p. 388.

<sup>24</sup> A se vedea Trib. Constanța, s. pen., dec. nr. 2009/1972, în *Revista Română de Drept nr. 6/1973*, p. 151.

duratei îngrijirilor medicale este determinată de leziunea preexistentă, cauzată de acțiunea infracțională a inculpatului<sup>25</sup>.

5. Moartea victimei a fost violentă și s-a datorat unei bronhopneumonii acute, apărute din cauza poziției în decubit dorsal prelungit, ca urmare a traumatismelor produse prin accidentul auto. Este evident că fără accidentul auto nu s-ar fi produs imobilizarea dorsală prelungită cu consecința bronhopneumoniei acute și actualizării multiplelor leziuni patologice preexistente, care au dus la deces. În consecință, accidentul auto a avut rol de cauză în producerea traumatismelor și a morții, iar toate celelalte stări patologice ale victimei au avut rol de factori sau împrejurări favorizante, care nu exclud culpa penală a inculpatului<sup>26</sup>.

6. Survenirea decesului din cauza meningitei determinată de traumatismul cranio-cerebral nu întrerupe raportul de cauzalitate, existând legătură indirectă de cauzalitate, deoarece aceasta nu ar fi apărut în lipsa traumatismului cranio-cerebral<sup>27</sup>.

7. Pentru raportul de cauzalitate între accident și tromboflebita la gambă nu este relevant faptul că persoana vătămată avea patologie medicală preexistentă de această natură. În consecință, s-a reținut că există legătură de cauzalitate de tip direct între leziunile traumatice produse de accidentul rutier și patologia pentru care a fost internat la o lună după accident<sup>28</sup>.

### **C. Raportul de cauzalitate în cazul culpei medicale**

1. Existența unei culpe medicale în tratarea victimei nu întrerupe raportul de cauzalitate dintre fapta inculpatului și deces, dacă fără activitatea acestuia moartea nu s-ar fi produs<sup>29</sup>.

2. În cazul lovirii victimei și a izbirii ei cu capul de podea, împrejurarea că diagnosticul pus la spital nu a fost corect și nu s-a intervenit chirurgical nu

---

<sup>25</sup> A se vedea CSJ, s. pen., dec. nr. 2561/1995, în *Dreptul nr. 5/1996*, p. 131.

<sup>26</sup> A se vedea C. Ap. Bacău, s. pen., dec. nr. 908/2004, nepublicată.

<sup>27</sup> A se vedea CSJ, s. pen., dec. nr. 1173/2002, în V. Pușcașu, *op. cit.*, p. 381.

<sup>28</sup> A se vedea Jud. Corabia, sent. nr. 10/2014, nepublicată.

<sup>29</sup> A se vedea Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 72/1981, în V. Pușcașu, *op. cit.* p. 312.

constituie cauza morții victimei și nu întrerupe raportul causal dintre agresiune și rezultatul survenit<sup>30</sup>.

**3.** Există raport de cauzalitate chiar dacă victimei nu i s-a aplicat tratamentul adecvat și nu a fost stabilit diagnosticul corect, deoarece fără acțiunea inculpatului victima nu ar fi fost internată în mai multe spitale și nu ar fi decedat<sup>31</sup>.

**4.** Instanța a considerat că fapta inculpatului R.I. de a pătrunde pe drumul public fără o asigurare prealabilă corespunzătoare și fără a acorda prioritate de trecere autoturismului aflat deja în trafic și condus de inculpatul V.L., determinându-l pe acesta să efectueze o manevră bruscă de frânare pentru evitarea coliziunii, soldate cu producerea unui accident de circulație în urma căruia o persoană a decedat iar alta a suferit vătămări corporale, întrunește elementele constitutive ale infracțiunilor de ucidere din culpă și de vătămare corporală din culpă. Instanța a avut în vedere că acțiunea directă de ucidere și vătămare, respectiv contactul direct cu victimele, a existat doar în cazul inculpatului V.L., însă apreciază că acțiunea inculpatului R.I. de a pătrunde în trafic în condițiile reținute a contribuit în mod direct la producerea rezultatului periculos, existând un raport de cauzalitate directă între acțiune și rezultat. În acest sens instanța a avut în vedere că, în situația în care există o multitudine de condiții în legătură cu rezultatul produs, stabilirea cauzei se realizează cu ajutorul criteriului *sine qua non*, izolându-se fiecare contribuție pentru a se vedea dacă fără aceasta rezultatul s-ar fi produs în același fel și în aceleași proporții. În speță, instanța a constatat că fără acțiunea inculpatului R.I., respectiv apariția autovehiculului acestuia în fața celui condus de inculpatul V.L., acesta din urma nu ar fi frânat, situație în care accidentul nu s-ar mai fi produs, astfel că această acțiune are caracterul unei cauze. De asemenea, instanța va avea în vedere că este necesar să se stabilească și aspectul psihic al legăturii de cauzalitate, respectiv vinovăția cerută de lege pentru existența infracțiunii<sup>32</sup>.

#### ***D. Raportul de cauzalitate în cazul împrejurărilor de altă natură***

**1.** Staționarea unui autovehicul în timpul nopții pe partea carosabilă a drumului, fără semnalizare prin aprinderea luminilor de poziție, dacă are drept

---

<sup>30</sup> A se vedea CSJ, s. pen., dec. nr. 2097/1992, în V. Pușcașu, *op. cit.*, p. 308.

<sup>31</sup> A se vedea Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 490/1981, în V. Pușcașu, *op. cit.*, p. 384.

<sup>32</sup> A se vedea Jud. Brașov, sent. nr. 1023/2011, nepublicată.

urmare producerea unui accident mortal de circulație, este în raport de cauzalitate cu urmările survenite<sup>33</sup>.

2. Inculpații răspund în calitate de autori pentru infracțiunea de ucidere din culpă, atunci când, cu ocazia primului accident de circulație provocat de primul dintre inculpați, s-au cauzat victimei leziuni grave cu șanse probabile de salvare a vieții prin efectuarea unei intervenții chirurgicale, după care, producându-se și al doilea accident de către cel de al doilea inculpat, a survenit moartea victimei, anihilându-se posibilitatea intervenției chirurgicale<sup>34</sup>.

3. Există raport de cauzalitate și răspundere penală a făptuitorului atunci când acceptă ca victima, aflată în stare de ebrietate să fie transportată pe una dintre părțile laterale ale tractorului, iar acesta s-a dezechilibrat, a căzut și a fost călcată de roțile tractorului<sup>35</sup>.

### Concluzii

Raportul de cauzalitate constituie un element obligatoriu în cazul infracțiunilor de rezultat, precum și în situația răspunderii delictuale, fiind indispensabil pentru rezolvarea laturii penale și a acțiunii civile. În cazul infracțiunilor de rezultat acesta constituie o componentă obligatorie a laturii obiective a infracțiunii, fiind necesară stabilirea cauzalității între elementul material și urmarea imediată.

Unele accidente de circulație prezintă dificultăți în privința stabilirii raportului causal între acțiune ori inacțiune și survenirea rezultatului.

Delimitarea cauzelor de condițiile ori împrejurările favorizante trebuie să se realizeze prin stabilirea elementului material necesar și indispensabil pentru survenirea rezultatului, decizia în acest sens revenind organului judiciar, prin examinarea tuturor probelor.

---

<sup>33</sup> A se vedea Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 3489/1971, în *Culegere de decizii pe anul 1971*, p. 308.

<sup>34</sup> A se vedea: Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 1686/1977, în: V. Pușcașu, *op. cit.*, p. 365; V. Papadopol, M. Popovici, *Repertoriu alfabetic de practică judiciară în materie penală pe anii 1976-1980*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1982, p. 387.

<sup>35</sup> A se vedea Trib. Timiș, s. pen., dec. nr. 102/1980, în *Revista Română de Drept* nr. 10/1980, p. 71.



# Pregătirea unei infracțiuni. Consecințe în plan procesual penal

Lect. univ. dr. **Flaviu CIOPEC\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

## **Abstract**

*The present study proposes an analysis of a specific legal term provided by criminal procedural legislation, which has a great potential to challenge the dogmatic approach of legal scholars. Anticipatory offences cannot be acknowledged by the criminal law except in very restricted cases. However, procedural law allows anticipatory offences to be used as a legal base for special investigative methods and techniques with the aim of supplying evidence. An extensive interpretation of the meaning of anticipatory offences may, due to the inherent invasive nature of the methods and techniques able to be applied, infringe the protection of fundamental rights in a serious manner. The reasons of national security are responsible for introducing anticipatory offences as an instrument for the proactive investigation of crimes in that matter. The aim of the study is to mark the differences and limits between the proactive and reactive investigation in order to preserve the protection of fundamental rights status. The debate is important in the current context of global society governed by acute security risks.*

**Keywords:** *anticipatory offences, stages of offence, proactive investigation, reactive investigation, protection of fundamental rights, principle of legality*

## **Rezumat**

*Studiul de față propune o analiză a unui termen utilizat asiduu în legislația procesuală penală și care la prima vedere contrariază modul de gândire dogmatic al unui jurist. Pregătirea unei infracțiuni nu poate avea conotații penale decât în ipoteze foarte restrânse potrivit legii penale și, totuși, figurează în contextul dispunerii unor procedee probatorii cu caracter special prevăzute în Codul de procedură penală. Semnificația ce trebuie acordată expresiei în cauză produce efecte importante cu privire la protecția drepturilor și libertăților fundamentale. O legitimare a utilizării sintagmei poate veni din zona investigației proactive specifice infracțiunilor contra securității naționale.*

---

\* flaviu.ciopec@e-uvt.ro

*O verificare a acestei ipoteze este realizată cu scopul de a marca o delimitare precisă a sferei investigației proactive și a celei reactive, de interes major pentru statusul drepturilor și libertăților individuale. Dezbaterea este importantă în contextul societății globale de astăzi caracterizată de un risc acut de securitate.*

**Cuvinte-cheie:** *pregătirea unei infracțiuni, forme ale infracțiunii, investigare proactivă, investigare reactivă, protecția drepturilor fundamentale, principiul legalității incriminării.*

Mai multe texte din Codul de procedură penală (în continuare C. pr. pen.) prevăd în mod expres, ca o condiție pentru efectuarea unor anumite procedee probatorii, necesitatea existenței unei suspiciuni rezonabile cu privire la „pregătirea unei infracțiuni”. Termenul nu reprezintă o noutate absolută pentru actualul cod. Prima referință legală referitoare la această expresie datează de acum două decenii, când prin Legea nr. 141/1996<sup>1</sup> de modificare și completare a Codului de procedură penală a fost introdusă reglementarea înregistrărilor audio și video, ca procedeu probator. De la o ipoteză mai degrabă singulară, utilizarea expresiei în discuție s-a extins foarte mult, astfel că în noua legislație penală ea se regăsește în nu mai puțin de zece situații. Evident nu aspectul cantitativ este preocupant, cât faptul că ingerința asupra drepturilor fundamentale pare a fi disproporționată. Indicăm mai jos ipotezele legale din noul Cod de procedură penală pentru a putea face o introducere în problema care reprezintă obiectul prezentului studiu.

## Legea

➤ Art. 139 alin. (1) C. pr. pen.: „Supravegherea tehnică<sup>2</sup> se dispune de judecătorul de drepturi și libertăți atunci când sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

a) există o suspiciune rezonabilă cu privire la *pregătirea* (s.n.) sau săvârșirea *unei infracțiuni* dintre cele prevăzute la alin. (2);

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

<sup>1</sup> Publicată în M. Of. nr. 289 din 14 noiembrie 1996.

<sup>2</sup> A se vedea art. 138 alin. (13) C. pr. pen.: „Prin supraveghere tehnică se înțelege utilizarea uneia dintre metodele prevăzute la art. 138 alin. (1) lit. a)-e) C. pr. pen., respectiv a) interceptarea comunicațiilor ori a oricărui tip de comunicare la distanță; b) accesul la un sistem informatic; c) supravegherea video, audio sau prin fotografiere; d) localizarea sau urmărirea prin mijloace tehnice; e) obținerea datelor privind tranzacțiile financiare ale unei persoane.”

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.”

➤ Art. 139 alin. (4) C. pr. pen.: „Raportul dintre avocat și persoana pe care o asistă sau o reprezintă nu poate forma obiectul supravegherii tehnice decât dacă există date că avocatul săvârșește ori *pregătește săvârșirea unei infracțiuni* (s.n.) dintre cele prevăzute la alin. (2).”

➤ Art. 142 alin. (5) C. pr. pen.: „Datele rezultate din măsurile de supraveghere tehnică pot fi folosite și în altă cauză penală dacă din cuprinsul acestora rezultă date sau informații concludente și utile privitoare la *pregătirea* (s.n.) ori *săvârșirea unei alte infracțiuni* dintre cele prevăzute la art. 139 alin. (2).”

➤ Art. 147 alin. (1) C. pr. pen.: „Reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale se poate dispune [...] cu privire la scrisorile, trimiterile poștale sau obiectele trimise ori primite de făptuitor, suspect, inculpat sau de orice persoană care este bănuită că primește ori trimite prin orice mijloc aceste bunuri de la făptuitor, suspect sau inculpat ori bunuri destinate acestuia, dacă:

a) există o suspiciune rezonabilă cu privire la *pregătirea* (s.n.) 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 ori 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.”

➤ Art. 147 alin. (2) C. pr. pen.: „Este interzisă reținerea, predarea și percheziționarea corespondenței sau a trimiterilor poștale trimise ori primite în raporturile dintre avocat și suspectul, inculpatul sau orice altă persoană pe care acesta o apară, cu excepția situațiilor în care există date că avocatul săvârșește sau *pregătește săvârșirea unei infracțiuni* dintre cele prevăzute la art. 139 alin. (2).”

➤ Art. 148 alin. (1) C. pr. pen.: „Autorizarea folosirii investigatorilor sub acoperire se poate dispune de procurorul care supraveghează sau efectuează urmărirea penală, pe o perioadă de maximum 60 de zile, dacă:

a) există o suspiciune rezonabilă cu privire la *pregătirea* (s. n.) sau *săvârșirea unei infracțiuni* [...] ori există o suspiciune rezonabilă că o persoană este implicată în activități infracționale ce au legătură cu infracțiunile enumerate mai sus;

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 ori gravitatea infracțiunii;

c) probele sau localizarea și identificarea făptuitorului, suspectului ori 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.”

➤ Art. 150 alin. (1) C. pr. pen.: „Participarea autorizată la anumite activități în condițiile art. 138 alin. (11)<sup>3</sup> se poate dispune de către procurorul care supraveghează sau efectuează urmărirea penală, pe o perioadă de maximum 60 de zile, dacă:

a) există o suspiciune rezonabilă cu privire la *pregătirea* (s. n.) sau *săvârșirea unei infracțiuni* [...] ori dacă există o suspiciune rezonabilă că o persoană este implicată în activități infracționale care au legătură, potrivit art. 43, cu infracțiunile enumerate mai sus;

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 ori 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.”

➤ Art. 154 alin. (1) C. pr. pen.: „Dacă există o suspiciune rezonabilă cu privire la *pregătirea* (s.n.) sau *săvârșirea unei infracțiuni*, în scopul strângerii de probe ori identificării făptuitorului, suspectului sau a inculpatului, procurorul care supraveghează sau efectuează urmărirea penală poate dispune conservarea imediată a anumitor date informatice, inclusiv a datelor referitoare la traficul informațional, care au fost stocate prin intermediul unui sistem informatic și care se află în posesia sau sub controlul unui furnizor de rețele publice de comunicații electronice ori unui furnizor de servicii de comunicații electronice destinate publicului, în cazul în care există pericolul pierderii sau modificării acestora.”

➤ Art. 170 alin. (1) C. pr. pen.: „În cazul în care există o suspiciune rezonabilă cu privire la *pregătirea* (s. n.) sau *săvârșirea unei infracțiuni* și sunt temeiuri de a se crede că un obiect ori un înscris poate servi ca mijloc de probă în cauză, organul de urmărire penală sau instanța de judecată poate dispune persoanei fizice sau juridice în posesia căreia se află să le prezinte și să le predea, sub luare de dovadă.”

---

<sup>3</sup> A se vedea art. 138 alin. (11) C. pr. pen.: „Prin participarea autorizată la anumite activități se înțelege comiterea unei fapte similare laturii obiective a unei infracțiuni de corupție, efectuarea de tranzacții, operațiuni sau orice fel de înțelegeri privind un bun sau privind o persoană despre care se bănuiește că ar fi dispărută, că este victima traficului de persoane ori a unei răpiri, efectuarea de operațiuni privind droguri, precum și prestarea unui serviciu, desfășurate cu autorizarea organului judiciar competent, în scopul obținerii de mijloace de probă”.

Toate ipotezele legale la care am făcut referire anterior sunt preluate din materia probelor. În plus, există o referință legală și în materia măsurilor preventive ce are legătură cu tema supusă dezbaterii. Astfel, art. 223 alin. (1) C. pr. pen. prevede că: „măsura arestării preventive poate fi luată de către judecătorul de drepturi și libertăți, în cursul urmăririi penale, [...] numai dacă din probe rezultă suspiciunea rezonabilă că inculpatul a săvârșit o infracțiune și există una dintre următoarele situații: [...] d) există suspiciunea rezonabilă că, după punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva sa, inculpatul a săvârșit cu intenție o nouă infracțiune sau *pregătește săvârșirea unei noi infracțiuni* (s.n.)”.

Interpretarea textelor normative sus-citate conduce la **următoarele observații**:

*i)* Procedul probatoriu prevăzut de art. 139 C. pr. pen. (supravegherea tehnică) și respectiv cel de la art. 147 C. pr. pen. (reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale) reprezintă metode speciale de supraveghere de competența unui judecător de drepturi și libertăți;

*ii)* Procedul probatoriu prevăzut de art. 148 C. pr. pen. (investigatorii sub acoperire), art. 150 C. pr. pen. (participarea la anumite activități), art. 154 C. pr. pen. (conservarea datelor informatice) și art. 170 (predarea obiectelor, înscrisurilor sau a datelor informatice) reprezintă metode speciale de cercetare de competența procurorului care supraveghează sau efectuează urmărirea penală;

*iii)* Procedeele probatorii ce se pot utiliza pentru investigarea oricărei infracțiuni, indiferent de natura acesteia, sunt cele prevăzut de art. 147 C. pr. pen. (reținerea, predarea și percheziționarea trimiterilor poștale), art. 154 C. pr. pen. (conservarea datelor informatice) și art. 170 C. pr. pen. (predarea obiectelor, înscrisurilor sau a datelor informatice), cu precizarea că ultimele două sunt totuși calificate prin scopul urmărit, respectiv strângerea de probe ori identificarea făptuitorului, suspectului sau a inculpatului și pentru evitarea pericolului pierderii sau modificării respectivelor date sau identificarea unui obiect ori a unui înscris ce poate servi ca mijloc de probă în cauză;

*iv)* Celelalte procedee probatorii nu pot fi utilizate decât în raport cu anumite infracțiuni, astfel:

- În cazul infracțiunilor contra securității naționale prevăzute de Codul penal și de legi speciale, de falsificare de instrumente de plată electronică și al infracțiunilor care se săvârșesc prin sisteme informatice sau mijloace de comunicații electronice dintre metodele speciale nu se pot dispune decât supravegherea tehnică (art. 139 C. pr. pen.) și utilizarea investigatorilor sub acoperire (art. 148 C. pr. pen.);

- În cazul infracțiunilor contra patrimoniului și infracțiunii de viol nu este admisă decât supravegherea tehnică (art. 139 C. pr. pen.), situație existentă și în cazul infracțiunilor asimilate terorismului sau de finanțare a acestuia când nu se poate dispune decât utilizarea investigatorilor sub acoperire (art. 148 C. pr. pen.);

- O altă grupă de infracțiuni, cea mai numeroasă (infracțiunile de trafic de droguri, trafic de arme, trafic de persoane, acte de terorism, spălare a banilor, falsificare de monede ori alte valori, șantaj, lipsire de libertate, evaziune fiscală, infracțiuni de corupție și asimilate infracțiunilor de corupție, infracțiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene), este compatibilă atât cu supravegherea tehnică (art. 139 C. pr. pen.), cu utilizarea investigatorilor acoperiți (art. 148 C. pr. pen.), cât și cu procedeul participării autorizate la anumite activități (art. 150 C. pr. pen.);

- Accesul la oricare dintre metodele speciale poate fi condiționat și de cuantumul pedepsei închisorii reglementată de lege pentru infracțiunea comisă, fiind prevăzută limita de 5 ani sau mai mare în cazul supravegherii tehnice (art. 139 C. pr. pen.), limita de 7 ani sau mai mare în cazul utilizării investigatorilor sub acoperire (art. 148 C. pr. pen.) și a participării autorizate la anumite activități (art. 150 C. pr. pen.) și niciun fel de limită de pedeapsă pentru ipoteza metodelor avute în vedere de art. 147, 154 și 170 C. pr. pen.;

**v)** Metodele speciale reglementate la art. 139, 147, 148, 150 C. pr. pen., ce au cea mai pronunțată natură invazivă asupra drepturilor și libertăților fundamentale, împărtășesc în comun aceleași set de premise legale: *temeinicia* (existența unei suspiciuni rezonabile), *proporționalitatea* (între restrângerea drepturilor și libertăților, pe de o parte, și particularitățile cauzei, importanța informațiilor sau a probelor ce urmează a fi obținute ori gravitatea infracțiunii, pe de altă parte), *subsidiaritatea* (imposibilitatea obținerii probelor în alt mod) și caracterul de *excepție* (dedus din dificultățile deosebite existente în derularea anchetei sau din prezența unui pericol pentru siguranța persoanelor sau a unor bunuri de valoare);

**vi)** Metodele speciale reglementate la art. 154 și 170 C. pr. pen. au condiționări mai simple: *temeinicia* (existența unei suspiciuni rezonabile) și *urgența* (dedusă din pericolul de a se pierde sau modifica date informatice) sau *pertinența* (aptitudinea unui obiect ori un înscris de a servi ca mijloc de probă în cauză).

## Controversa

Față de observațiile de mai sus, se constată un regim procesual neomogen al procedurilor probatorii prevăzute cu titlu special în Codul de procedură penală, atât sub aspectul condițiilor-premisă, cât și al naturii infracțiunilor la a căror investigare contribuie. Unul dintre puținele elemente comune îl constituie faptul că se pot dispune și în ipoteza *pregătirii unei infracțiuni*. Dacă în situația comiterii unei infracțiuni, utilitatea și admisibilitatea unor asemenea procedee este necontestată, ipoteza în discuție nu este lipsită de controverse.

Controversele pleacă de la interpretarea ce trebuie dată noțiunii de pregătire a unei infracțiuni. Este cert că această expresie descrie contextul în care infracțiunea nu a fost încă săvârșită în sens legal. Prin săvârșirea unei infracțiuni se înțelege comiterea oricăreia dintre faptele pe care legea le pedepsește ca infracțiune consumată sau ca tentativă, precum și participarea la comiterea acestora în calitate de coautor, instigator sau complice (art. 174 C. pen.). Prin urmare, pregătirea comiterii unei infracțiuni se plasează în antecedenta momentului consumării infracțiunii sau a rămânerii infracțiunii în forma tentată (executarea intenției de a săvârși infracțiunea a fost întreruptă ori nu și-a produs efectul – art. 32 C. pen.).

Faptul că interpretarea oficială a legii penale asimilează comiterea unei infracțiuni consumate doar cu tentativa și exclude, implicit, alte forme imperfecte ale infracțiunii, are consecințe imediate în planul principiului legalității. Legea penală prevede faptele ce constituie infracțiuni [art. 1 alin. (1) C. pen.], iar infracțiunea este singurul temei al răspunderii penale [art. 15 alin. (2) C. pen.]. În consecință, numai formele infracțiunii prevăzute de lege (în speță, infracțiunea consumată și infracțiunea tentată) au conotație penală și pot reprezenta temeiuri pentru angajarea de consecințe penale. Formele infracțiunii neprevăzute expres nu pot genera acest efect, întrucât ar contrazice principiul *nullum crimen sine lege*<sup>4</sup>.

Această teorie are o anumită flexibilitate, întrucât permite depășirea unei interpretări aparent foarte rigide (art. 174 C. pen.) prin asimilarea și a altor împrejurări cu una dintre formele de infracțiune recunoscute de lege.

Astfel, potrivit art. 412 alin. (2) C. pen., în cazul infracțiunilor contra securității naționale din Codul penal, se consideră tentativă și producerea sau procurarea mijloacelor ori instrumentelor, precum și luarea de măsuri în vederea comiterii infracțiunilor prevăzute în art. 395-397, art. 401-403, art. 408 și art. 399 raportat la infracțiunea de trădare prin ajutarea inamicului. În mod

---

<sup>4</sup> A se vedea V. Pașca, *Drept penal. Partea generală*, ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 288.

similar, în cazul infracțiunilor contra securității naționale prevăzute în legi speciale [art. 34 alin. (2) din Legea nr. 535/2004<sup>5</sup> privind prevenirea și combaterea terorismului], se consideră tentativă și producerea sau procurarea mijloacelor ori instrumentelor, precum și luarea de măsuri în vederea săvârșirii acestor infracțiuni. De asemenea, o dispoziție similară există și în art. 12 alin. (2) din Legea nr. 143/2000<sup>6</sup> privind prevenirea și combaterea traficului și consumului ilicit de droguri.

Este clar, deci, faptul că și alte forme ale infracțiunii, obiectivate de-a lungul lui *itercriminis*, pot avea relevanță penală. Producerea și procurarea mijloacelor ori instrumentelor sau luarea de măsuri în vederea săvârșirii unei infracțiuni sunt acte de pregătire a unei infracțiuni și totuși primesc conotație penală. Din punct de vedere al calificării doctrinei penale, acestea se numesc acte preparatorii. Legea română a preluat teoria incriminării rezervate a actelor preparatorii, întrucât, așa cum se cunoaște, caracterul echivoc al acestora reprezintă un obstacol serios pentru aplicarea legii penale<sup>7</sup>. Dintre soluțiile preconizate în doctrină privind sancționarea actelor preparatorii nu s-a optat pentru incriminarea autonomă a acestora, ci prin asimilarea cu forma tentativei și numai în cazul infracțiunilor grave<sup>8</sup>. Legislatorul penal a înțeles să aibă ca punct de referință forma imperfectă cea mai aproape de infracțiunea consumată și căreia i se poate asocia o pedeapsă, chiar dacă redusă. Tentativa exprimă mai bine pericolul social decât actele preparatorii *per se*.

Întorcându-ne la obiectul prezentului studiu, conchidem că prin pregătirea unei infracțiuni trebuie să înțelegem actele preparatorii cu relevanță penală indicate anterior. Pentru aceste ipoteze, administrarea unor procedee probatorii precum cele la care am făcut referire mai sus trebuie să o acceptăm ca legitimă, chiar dacă nu s-a consumat efectiv infracțiunea.

Importanța acționării încă din momentul pregătirii unei infracțiuni este evidentă. În confruntarea permanentă cu fenomenul criminalității de generație nouă, tehnicile de investigare tind să se deplaseze tot mai mult în zona anterioară consumării infracțiunilor, pentru a acționa proactiv și a împiedica consumarea acestora. Tehnicile reactive, operabile după consumare, și-au dovedit ineficiența și, uneori, precum în cazul infracțiunilor de terorism, chiar inutilitatea.

Întrebarea care se pune este până unde pot merge aceste tehnici de investigare proactive. Este fără dubiu faptul că metodele speciale de investigare

<sup>5</sup> Publicată în M. Of. nr. 1161 din 8 decembrie 2004.

<sup>6</sup> Republicată în M. Of. nr. 163 din 6 martie 2014.

<sup>7</sup> A se vedea: Fl. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală. Curs universitar*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 468; V. Pașca. *op. cit.*, p. 287.

<sup>8</sup> A se vedea XVIII<sup>th</sup> International Congress of Penal Law (2009). *Resolutions on the expanding forms of preparation and participation*, International Review of Penal Law 80, 3-4, p. 538.



și cercetare identificate mai sus au, în ceea ce privește ipoteza pregătirii unei infracțiuni, caracter proactiv. Într-o interpretare recentă<sup>9</sup>, aceste tehnici ar putea fi utilizate și în cazul actelor preparatorii ce nu au o calificare expresă ca tentativă potrivit legislației penale. Altfel a spune, formele imperfecte ale infracțiunii lipsite de relevanță penală ar putea reprezenta temeuri pentru inițierea tehnicilor de investigare proactivă.

Această interpretare contrazice flagrant principiul legalității și maniera tradițională de incriminare a actelor preparatorii în dreptul penal român. Principiul legalității reprezintă o barieră ce nu poate fi depășită fără a cădea în arbitrar. Dacă legea nu mai reprezintă un criteriu începând de la care există un context penal cu consecințe concrete, atunci este deschisă calea investigării unor fapte *ante delictum*. Simpla concepere a unei infracțiuni, fără obiectivare exterioară, fără pregătiri, fără procurare de instrumente și fără luare de măsuri materiale specifice, ar putea face, conform acestei interpretări, obiectul unei investigații cu caracter penal. Planurile se cuvin a fi precis delimitate. Căderea în desuetudine a principiului *cogitationis nemo punitur* nu poate fi acceptată fără o dezbateră serioasă.

### Legitimarea

Este adevărat că, în contextul societății globale de astăzi, caracterizată de risc de securitate pronunțat<sup>10</sup> (de ex. terorism), o dezbateră asupra chestiunii este necesară. Societatea deschisă promovată ca model ideal are dușmanii ei din totdeauna<sup>11</sup>. Trebuie însă pusă în balanță nevoia de securitate, acută în societatea în care trăim, și fără de care s-ar putea să asistăm dacă nu la disoluția însăși a societății, cel puțin la modificarea radicală a configurației ei, în raport de produsul cel mai important al societăților deschise: preeminența drepturilor și libertăților individuale. Dezbateră este veche: ce este mai important – întregul (societatea) sau partea (individul)? Soluțiile sunt la fel de vechi: filozofia atomistă vs. filozofia holistă<sup>12</sup>. În ultima jumătate de secol, după catastrofa umanitară a celor două războaie mondiale, protecția drepturilor și libertăților fundamentale a devenit filozofia oficială în Europa. Promovată prin instrumente

---

<sup>9</sup> M.B. Balancea în M. Udriou, *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 433.

<sup>10</sup> U. Sieber, *The Paradigm Shift in the Global Risk Society: From Criminal Law to Global Security Law. An Analysis of the Changing Limits of Crime Control*, Prelegere cu ocazia ceremoniei Doctor Honoris Causa la Universitatea de Vest din Timișoara, Timișoara, 2016, p. 51.

<sup>11</sup> K. Popper, *Societatea deschisă și dușmanii ei*, vol. I, Ed. Humanitas, București, 2005, pp. 227-267.

<sup>12</sup> J.M. Bochenski, *Ce este autoritatea?*, Ed. Humanitas, București, 1992, pp. 32 și 33.

supranațională (cea mai reprezentativă fiind Convenția europeană a drepturilor omului, Strassbourg, 1950) această doctrină devenea opozabilă statelor, care pentru prima dată în istoria dreptului internațional, puteau fi chemate în fața unor instanțe judiciare pentru a răspunde pentru violarea drepturilor resortisanților lor.

Nevoia de protecție pare să gliseze astăzi dinspre indivizi spre societate ca întreg. Confruntarea se dă între libertate și securitate<sup>13</sup>. Legea penală reprezintă un instrument important pentru protecția societății, dar trebuie aplicată conform unor criterii, astfel încât să nu aducă atingere drepturilor indivizilor. Principiul legalității incriminării este unul dintre aceste criterii. În acord cu rigorile acestui principiu, absența unei fapte ce poate fi calificată ca infracțiune consumată, tentativă sau acte preparatorii asimilate tentativei, nu permite declanșarea unei investigații. Silogismul este foarte clar și precis.

*Dacă:*

- (x) Urmărirea penală are ca obiect strângerea probelor – art. 285 C. pr. pen.;
- (y) Procedul probatoriu este modalitatea legală de obținere a mijlocului de probă – art. 97 C. pr. pen.;
- (z) Urmărirea penală începe *in rem* cu privire la faptă – art. 305 C. pr. pen.;

*Atunci:*

- (w1) Procedul probatoriu nu se poate dispune în afara urmăririi penale;
- (w2) Procedul probatoriu nu se poate aplica anterior existenței unei fapte cu caracter penal;
- (w3) Metodele speciale de supraveghere și cercetare penală nu se pot iniția în mod legal în asemenea cazuri.

Legea penală un este însă singurul instrument statal apt să asigure protecția societății. Peste tot în lume există autorități a căror atribuții și prerogative țin de identificarea riscurilor de securitate și aplicarea de procedee apte să contracareze asemenea riscuri. La nivel național, Legea nr. 51/1991<sup>14</sup> privind securitatea națională a României reglementează asemenea ipoteze.

Astfel, art. 3 din lege definește situațiile ce constituie amenințări la adresa securității naționale a României – de ex.: planurile și acțiunile care vizează suprimarea sau știrbirea suveranității, unității, independenței sau indivizibilității statului român; acțiunile care au ca scop, direct sau indirect, provocarea de război contra țării sau de război civil, înlesnirea ocupației militare străine,

<sup>13</sup> U. Sieber, *op. cit.*, p. 38.

<sup>14</sup> Republicată în M. Of. nr. 190 din 18 martie 2014.

aservirea față de o putere străină ori ajutarea unei puteri sau organizații străine de a săvârși oricare dintre aceste fapte; trădarea prin ajutarea inamicului; acțiunile armate sau orice alte acțiuni violente care urmăresc slăbirea puterii de stat; spionajul, transmiterea secretelor de stat unei puteri sau organizații străine ori agenților acestora, procurarea ori deținerea ilegală de documente sau date secrete de stat, în vederea transmiterii lor unei puteri sau organizații străine ori agenților acestora, precum și divulgarea secretelor de stat sau neglijența în păstrarea acestora; subminarea, sabotajul sau orice alte acțiuni care au ca scop înlăturarea prin forță a instituțiilor democratice ale statului ori care aduc atingere gravă drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor români sau pot aduce atingere capacității de apărare ale țării, precum și actele de distrugere, degradare ori aducere în stare de neîntrebuințare a structurilor necesare bunei desfășurări a vieții social-economice sau apărării naționale; acțiunile prin care se atentează la viața, integritatea fizică sau sănătatea persoanelor care îndeplinesc funcții importante în stat ori a reprezentanților altor state sau ai organizațiilor internaționale; inițierea, organizarea, săvârșirea sau sprijinirea în orice mod a acțiunilor totalitariste sau extremiste de sorginte comunistă, fascistă, legionară, rasiste, antisemite, revizioniste, separatiste care pot pune în pericol sub orice formă unitatea și integritatea teritorială a României, precum și incitarea la fapte ce pot periclita ordinea statului de drept; actele teroriste, precum și inițierea sau sprijinirea în orice mod a oricăror activități cu acest scop; atentatele contra unei colectivități; sustragerea de armament, muniție, materii explozive sau radioactive, toxice sau biologice din unitățile autorizate să le dețină, contrabanda cu acestea, producerea, deținerea, înstrăinarea, transportul sau folosirea lor în alte condiții decât cele prevăzute de lege; portul de armament sau muniție, fără drept, dacă prin acestea se pune în pericol securitatea națională; inițierea sau constituirea de organizații sau grupări ori aderarea sau sprijinirea sub orice formă a acestora, în scopul desfășurării vreuneia dintre activitățile enumerate anterior, precum și desfășurarea în secret de asemenea activități de către organizații sau grupări constituite potrivit legii.

Din punct de vedere al legii penale, faptele de mai sus se subsumează categoriei de infracțiuni contra securității naționale prevăzute de art. 394-410 C. pen.

Recent, prin Legea nr. 2/2016<sup>15</sup>, au fost calificate ca riscuri de securitate națională și orice acțiuni sau inacțiuni care lezează interesele economice strategice ale României, cele care au ca efect periclitatea, gestionarea ilegală, degradarea ori distrugerea resurselor naturale, fondurilor forestier, cinegetic și

---

<sup>15</sup> Publicată în M. Of. nr. 27 din 14 ianuarie 2016.

piscicol, apelor și altor asemenea resurse, precum și monopolizarea ori blocarea accesului la acestea, cu consecințe la nivel național sau regional.

Pentru toate aceste ipoteze, organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale sunt: Serviciul Român de Informații, Serviciul de Informații Externe, Serviciul de Protecție și Pază, precum și Ministerul Apărării Naționale, Ministerul Afacerilor Interne și Ministerul Justiției, prin structuri interne specializate, organe aflate în coordonarea Consiliului Suprem de Apărare a Țării. În situațiile ce constituie amenințări la securitatea națională, organele specializate pot să desfășoare activități de culegere de informații ce nu presupun restrângerea exercițiului unor drepturi și libertăți fundamentale (art. 13 din lege), ipoteză în care nu este necesară obținerea unei autorizații de la un judecător, de ex. să solicite și să obțină obiecte, înscrisuri sau relații oficiale de la autorități sau instituții publice, persoane juridice de drept privat ori de la persoane fizice; să consulte specialiști ori experți; să primească sesizări sau note de relații; să fixeze unele momente operative prin fotografiere, filmare sau prin alte mijloace tehnice ori să efectueze constatări personale cu privire la activități publice desfășurate în locuri publice, dacă această activitate este efectuată ocazional; să solicite obținerea datelor generate sau prelucrate de către furnizorii de rețele publice de comunicații electronice ori furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului, altele decât conținutul acestora.

Atunci când activitățile de informații presupun restrângerea unor drepturi sau libertăți fundamentale (art. 14 din lege), este necesară o autorizare specifică emisă de un judecător de la Înalta Curte de Casație și Justiție pentru:

a) interceptarea și înregistrarea comunicațiilor electronice, efectuate sub orice formă;

b) căutarea unor informații, documente sau înscrisuri pentru a căror obținere este necesar accesul într-un loc, la un obiect ori deschiderea unui obiect;

c) ridicarea și repunerea la loc a unui obiect sau document, examinarea lui, extragerea informațiilor pe care acesta le conține, precum și înregistrarea, copierea sau obținerea de extrase prin orice procedee;

d) instalarea de obiecte, întreținerea și ridicarea acestora din locurile în care au fost depuse, supravegherea prin fotografiere, filmare sau prin alte mijloace tehnice ori constatări personale, efectuate sistematic în locuri publice sau efectuate în orice mod în locuri private;

e) localizarea, urmărirea și obținerea de informații prin GPS sau prin alte mijloace tehnice de supraveghere;

f) interceptarea trimiterilor poștale, ridicarea și repunerea la loc a acestora, examinarea lor, extragerea informațiilor pe care acestea le conțin, precum și înregistrarea, copierea sau obținerea de extrase prin orice procedee;

g) obținerea de informații privind tranzacțiile financiare sau datele financiare ale unei persoane.

Autorizarea se acordă numai dacă nu există alte posibilități ori sunt posibilități limitate pentru cunoașterea, prevenirea sau contracararea riscurilor ori amenințărilor la adresa securității naționale (*subsidiaritatea*) și dacă activitățile sunt necesare și proporționale, date fiind circumstanțele situației concrete (*proporționalitatea*).

Se observă faptul că pentru urmărirea informativă, iar nu penală, a faptelor ce constituie amenințări la adresa securității naționale se pot dispune aplicarea unor metode de investigare de natură și în condiții foarte similare celor din Codul de procedură penală. Deși există toate aceste similitudini, cele două situații sunt diferite prin premise. Într-un caz investigarea urmărește identificarea de probe cu privire la existența unei infracțiuni, identificarea persoanelor care au comis-o și stabilirea răspunderii acestora și este o investigare în principal reactivă. În cel de-al doilea caz, investigarea are scop informativ, de cunoaștere și în principal proactiv.

### **Transpunerea**

Date fiind riscurile pe care le presupun amenințările la adresa securității naționale, o activitate proactivă este necesară. Organele cu atribuții în domeniul activității de informații au deci posibilitatea să utilizeze mijloace invazive asupra drepturilor și libertăților fundamentale, sub control judiciar, pentru a căuta și obține informații cu privire la pregătirea de infracțiuni în domeniul securității naționale. Persistă întrebarea dacă printr-o asemenea legitimare nu operează, de fapt, o disoluție a monopolului dreptului penal ca instrument de asigurare a politicii penale<sup>16</sup>. Sub masca securității naționale și a protecției ce trebuie asigurată contra amenințărilor globale se ascunde o reacție non-penală împotriva unor fapte ce nu au încetat să-și păstreze caracterul penal.

Datele și informațiile de interes pentru securitatea națională, rezultate din activitățile autorizate, dacă indică *pregătirea* sau *săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală*, sunt reținute în scris și transmise organelor de urmărire penală, potrivit art. 61 alin. (1) lit. c) C. pr. pen., însoțite de mandatul emis pentru acestea, la care se adaugă propunerea de declasificare, după caz, totală sau în

---

<sup>16</sup> A se vedea U. Sieber, *op. cit.*, p. 38.

extras, potrivit legii, a mandatului (art. 21 din lege). La prima vedere, organele informative sunt cele care procură organelor judiciare informațiile de care au nevoie pentru a se începe urmărirea penală. La o privire mai atentă, lucrurile sunt mai complicate.

Furnizarea de informații pare că poate viza atât ipoteza în care este vorba de o infracțiune contra securității naționale, cât și situația unei infracțiuni ordinare. Aceasta întrucât din activitățile de informații autorizate potrivit legii speciale pot rezulta date și într-un caz și în celălalt. De aceea, art. 21 din Legea nr. 51/1991 nu indică expres natura infracțiunii. Să procedăm la o verificare analitică a situațiilor ce ar putea rezulta.

Într-un prim caz, dacă respectivele informații relevă *pregătirea* unei infracțiuni contra securității naționale, terorism spre exemplu, sesizarea organelor judiciare nu este pasul necesar. În acest caz se desfășoară activități de intervenție antiteroristă, conform art. 11 din Legea nr. 535/2004. Măsura se înscrie în logica naturală a lucrurilor: organele judiciare fiind organe reactive, în principal, nu au eficiența de a împiedica iminența unui atac terorist. Această sarcină trebuie lăsată unor organe specializate.

Dacă din informații rezultă *comiterea* unei infracțiuni de terorism, se procedează la intervenția contra-teroristă, în condițiile art. 12 din Legea nr. 535/2004 și potrivit metodologiei elaborate de Serviciul Român de Informații și aprobate de Consiliul Suprem de Apărare a Țării. Sesizarea organelor de urmărire penală va surveni ulterior pentru investigarea infracțiunilor de terorism comise.

Într-un al doilea caz, dacă informațiile obținute prin procedeele autorizate prevăzute de legea securității naționale au legătură cu *pregătirea* unei infracțiuni ce nu intră în sfera securității naționale, ele vor fi transmise organelor judiciare. Informațiile astfel transmise sunt apte să contribuie la formarea suspiciunii rezonabile (condiția de temeinicie a metodelor speciale). Suspiciunea vizează evident pregătirea comiterii unei infracțiuni, de trafic de droguri de exemplu. În absența comiterii unei fapte prevăzută de legea penală, suspiciunea *per se* nu poate justifica începerea urmăririi penale și, în consecință, nici nu se pot dispune metode speciale de supraveghere sau cercetare. Se învederează astfel existența unei relații de corespondență între planul penal și cel procesual penal. Metodele speciale de supraveghere și cercetare, ce permit realizarea unor investigații într-o fază preliminară a procesului penal și care, în esență, sfiideză regulile procedurale clasice, își au echivalent în actele preparatorii, informe în esență, din domeniul penal<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> A se vedea U. Sieber, *op. cit.*, p. 38.

Organele judiciare pot însă organiza un flagrant. Conform art. 293 C. pr. pen., este considerată flagrantă infracțiunea descoperită în momentul săvârșirii, precum și infracțiunea al cărei făptuitor, imediat după săvârșire, este urmărit de organele de ordine publică și de siguranță națională [...] ori prezintă urme care justifică suspiciunea rezonabilă că ar fi săvârșit infracțiunea sau este surprins aproape de locul comiterii infracțiunii cu arme, instrumente sau orice alte obiecte de natură a-l presupune participant la infracțiune. În mod surprinzător, legea de procedură nu se referă la organizarea și constatarea infracțiunii flagrante de către organele judiciare, ci doar la situația constatării de către alte organe (de ordine publică și siguranță națională), care vor întocmi un proces-verbal în acest sens. După constatarea infracțiunii flagrante, organele vor proceda la începerea urmăririi penale, moment de la care orice metodă de investigare este admisă, potrivit legii.

În fine, dacă informațiile transmise se referă de această dată la *comiterea* unei infracțiuni, alta decât cea contra securității naționale, pe baza lor organul judiciar se va putea sesiza din oficiu (art. 292 C. pr. pen.) și va putea dispune începerea urmăririi penale *in rem*. Același este situația și în cazul în care informațiile provin din alte surse prevăzute de Codul de procedură penală (plângere, denunț, sesizare oficială etc.).

În consecință, în toate situațiile analizate mai sus, este contrar legii să interpretăm că informațiile obținute proactiv ar justifica începerea urmăririi penale, în absența comiterii unei fapte cu relevanță penală. Respectivetele informații pot doar facilita începerea unei investigații, prin organizarea unui flagrant. Cu atât mai puțin putem accepta să fie posibilă administrarea unor procedee probatorii pentru a se dispune începerea urmăririi penale sau pentru a obține probe cu privire la o infracțiune ce nu a fost încă săvârșită. O asemenea situație ar fi contrazisă și de condițiile-premisă stipulate de textele ce reglementează respectivetele procedee probatorii. Astfel, cum ar mai putea fi justificat caracterul subsidiar al măsurii din moment ce nu există punct de reper, nefiind începută nicio anchetă oficială și netestându-se niciun mijloc alternativ de investigare.

Fără îndoială avantajul cunoașterii unor informații obținute proactiv, prin mijloace invazive asupra drepturilor și libertăților fundamentale, poate fi decisiv pentru aplicarea unei politici eficiente în domeniul penal<sup>18</sup>. Cunoașterea poate viza, din acest punct de vedere, și aspecte ce nu au fost obiectivate încă potrivit

---

<sup>18</sup> A se vedea K. Mathis, *Efficiency instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Springer, Dordrecht, 2009, p. 187.

exigențelor legii penale, adică inclusiv pregătirea comiterii unor fapte ilicite foarte grave. Așa s-ar explica prevederile art. 142 alin. (5) C. pr. pen., potrivit căruia datele rezultate din măsurile de supraveghere tehnică pot fi folosite și în altă cauză penală dacă din cuprinsul acestora rezultă date sau informații concludente și utile privitoare la *pregătirea* (s.n.) ori *săvârșirea unei alte infracțiuni* dintre cele prevăzute la art. 139 alin. (2).

Eficiența politicii penale nu poate trece, însă, înaintea înfăptuirii justiției. O asemenea modificare de paradigmă ar schimba radical configurația dreptului penal.



# Strict Liability versus Schuldprinzip. Lessons from Common Law\*

Senior Lecturer **Laura STĂNILĂ**\*\*  
West University of Timisoara  
Faculty of Law  
Public Law Department

## Abstract

*Criminal responsibility is a fundamental institution of criminal law, representing along with the institutions of crime and punishment, one of the "three pillars of the criminal law". Criminal liability is usually defined as a form of legal liability which is incident when a person by his conduct, violates the precept of criminal legal norm.*

*Modern criminal law has created a dogma of the principle of subjective criminal liability, but various criminal laws do not fall on the same barricades when they have to explain the subjective element of the offense. In this context the imposition of strict liability in the field of criminal law was thought to be unjustified by the most of the doctrine. Scholars argued that it is wrong to convict an innocent because, a person who did not act with a guilty mind is innocent in the sense of criminal law. The strict liability issue deals also with moral questions which are quite difficult to answer. That's why, strict liability in criminal law was, is and will be a "hot" matter.*

**Keywords:** *strict liability, guilt, culpability, mens rea, Schuldprinzip, criminal intent, correspondence principle*

## Rezumat

*Răspunderea penală reprezintă o instituție fundamentală a dreptului penal, constituind, alături de infracțiune și pedeapsă, unul dintre „cei trei piloni ai dreptului penal”. Răspunderea penală este definită în mod uzual ca fiind o*

---

\* This study was presented at the International Work-shop "German Influences in the Romanian Law. A Comparative Perspective", Bucharest 30-31st of October 2015, in the research project "Constanțele dreptului penal și identitatea normativă a societății românești (1939-1969-2009)", PNII-RU-TE-2012-3-0412, financed by UEFISCDI.

\*\* [laura.stanila@e-uvt.ro](mailto:laura.stanila@e-uvt.ro)

formă a răspunderii juridice ce devine incidentă în momentul în care, prin conduita sa, o persoană încalcă preceptul unei norme penale.

Dreptul penal modern a creat o dogmă a principiului răspunderii penale subiective, dar diferitele legislații penale nu se situează pe aceleași baricade atunci când trebuie să explice elementul subiectiv al infracțiunii. În acest context, angajarea unei răspunderi penale obiective a părut a fi nejustificată pentru majoritatea doctrinei. Autorii au arătat că este greșit a condamna un inocent întrucât, o persoană care a acționat fără o „minte vinovată” este inocentă în sensul dreptului penal. Răspunderea penală obiectivă are de-a face, de asemenea, și cu chestiuni de ordin moral care sunt dificil de rezolvat. De aceea, răspunderea penală obiectivă a fost și va fi în continuare o chestiune „fierbinte”.

**Cuvinte-cheie:** răspundere penală obiectivă, vină, vinovăție, mens rea, Schuldprinzip, intenție, principiul corespondenței

### Summary

- I. Is there something left to learn on the issue of guilt?
- II. The failure of normative theory and the moral blame concept.
- III. Mens rea, moral blame and strict liability – Meanings and confusions
- IV. Strict liability – What's to understand? What's to learn?
- V. Schuldprinzip and strict liability
- VI. Strict liability in Romanian Criminal Law? Realities and appearances.
- VII. Conclusions

#### I. Is there something left to learn on the issue of guilt?

The current trend of international organizations to develop criminal rules that questions both the sacred principle of legality and determination of criminal law<sup>1</sup>, and especially, the principle according to which criminal liability is based on the idea of guilt<sup>2</sup>, led Western doctrine<sup>3</sup> to identify a real crisis of criminal dogmatics. The scholars<sup>4</sup> have shown that, in fact, this trend has been driven in turn by the impasse in which the theory of guilt itself sits, by the ambiguities of normative theory, so extolled and yet so duplicitous.

Most authors show guilt as a condition for general legal liability and for the criminal liability in particular. The principle of criminal liability based on fault is

<sup>1</sup> M.K. Guiu, *Criza dogmaticii penale și teoria vinovăției*, in RDP nr. 2/2010, p. 48.

<sup>2</sup> O. Jerez, *Le blanchiment de l'argent*, Revue Banque Edition, Paris Cedex, 2003, p. 247.

<sup>3</sup> A. Demichel, *Le droit pénal en marche arrière*, Recueil Dalloz, 1995.

<sup>4</sup> M.K. Guiu, *op. cit.*, p. 48.

presented as a dogma of modern criminal law. But unfortunately, the authors have not reached a consensus neither on the terminology used (*Schuld* – German law, *colpevolezza* – Italian law, *faute penale* – French law, *guilt/mens rea* – common law, *vinovăție* – Romanian law), the words having a different meaning, nor the importance of the institution for imposing criminal liability to a person.

German criminal doctrine is considered the "mother" of the normative theory, whose major achievement was the "weaning" of the concept of *guilt* and the abandonment of psychological theory that was worshiped by the scholars for decades. The influence of these achievements on European criminal law was overwhelming. The process was initiated early in the 40s of the twentieth century, although some European criminal legislations (including the Romanian legislation<sup>5</sup>) still define the concept of *guilt* in terms of psychological theory, describing the intellectual and volitional mental processes that precede or accompany physical act. According to psychological theory, guilt is conceived as a psychic link between the agent and his/hers wrongful act in total contrast with the normative theory, according to which the concept of *guilt* nominates a ratio of contrariety between the agent's will and the rule of law<sup>6</sup>.

For decades or even centuries, the issue of guilt is debated both from a philosophical and ethical perspective and a purely legal one, and it is perhaps one of the most debated topics nowadays. Our approach would seem

---

<sup>5</sup> New Romanian Criminal Code – Law no. 286/2009, Art. 16 *Guilt*

(1) An action only constitutes an offense if committed under the form of guilt required by criminal law.

(2) Guilt exists when an action is committed with direct intent, with basic intent or oblique intent.

(3) An action is committed with intent when the perpetrator:

a) can foresee the outcome of their actions, in the expectation of causing such outcome by perpetrating the act;

b) can foresee the outcome of their actions and, while not intending to produce it, nevertheless accepts the likelihood that it will occur.

(4) An action is committed with basic intent when the perpetrator:

a) can foresee the outcome of their actions but does not accept it, believing without reason that such outcome will not occur;

b) cannot foresee the outcome of their actions, though they should and could have done so.

(5) Oblique intent exists when an act, consisting of an intentional action or inaction, causes unintended more serious consequences and is attributable to the perpetrator.

(6) The act consisting of an action or inaction shall constitute an offense when committed with direct intent. The act committed with basic intent constituted an offense only when the law specifically establishes it as such.

<sup>6</sup> G. Antoniu, *Vinovăția penală*, Ed. Academiei Române, București, 1995, pp. 20-36; G. Antoniu, *Vinovăția în perspectiva reformei penale*, RDP no. 2, 2003, pp. 9-28.

superfluous in this light. What novelty could be discovered in this area so treaded and over examined? Our salvation comes from the inevitable of the social life. Society evolves, so does its perception on the basic institutions and values. Change brings new perspectives to approach and proposes new solutions.

## II. The failure of normative theory and the moral blame concept.

Criminal guilt or culpability is defined by art. 2.02. of Model American Penal Code – „*General Requirements of Culpability*” as: „(1) *Minimum Requirements of Culpability. Except as provided in Section 2.05, a person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense*”. In par. (2) of the same article, the American legislator al defines the types of culpability (*Kinds of Culpability Defined*).

In a laborious work, Larry Alexander and Kimberly Kessler Ferzan analyze the concept of culpability in terms of moral guilt (moral blame) and reach the surprising conclusion that the essence of guilt would imply only the acts showing insufficient concern for the interests of others, interests that are legally protected<sup>7</sup>. In this context, carelessness (*negligence*) is not culpable because "we can not be held morally culpable because we take risks that we do not know" and the "obligation to retain, to remember and to be fully informed about any activity that carries risks is an obligation that no man might fulfill. That is why any "breach of that duty does not show a moral defect"<sup>8</sup>.

Common-law doctrine identifies *criminal guilt* with the concept of *mens rea* (*guilty mind*) and, based on the same moral foundation of criminal responsibility, states: "moral culpability, i.e. personal guilt, includes both mens rea and motivation (...). The moral judgment implied in the penal law is absolute: no matter how good the actor's motive, since he voluntarily (mens rea) committed a penal harm, he is, to some degree, morally culpable, sufficiently so to warrant at least control under probation"<sup>9</sup>. From this point of view, criminal liability does not identify with the moral responsibility and criminal guilt is a different concept of moral culpability (guilt). Exclusion of motive from the grounds of theoretical analysis of the concept of mens rea only lead to the exclusion of moral guilt, but not of the legal guilt.

---

<sup>7</sup> L. Alexander, K. Kessler Ferzan, *Crime and Culpability. A Theory of Criminal Law*, Cambridge University Press, New York, 2009, p. 70.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>9</sup> J. Hall, *General Principles of Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Bobbs-Merrill, Indianapolis, NY, 1960, pp. 92 și 93.

*Criminal guilt/mens rea/culpability* can be defined as a set of mental processes underlying the correlation between the wrongful act and the agent (psychological theory) or as a criticism addressed to the agent who failed to adapt his conduct to the requirements of legal order, a normative concept expressing the contrariety between the will of the agent and the rule of law (normative theory)<sup>10</sup>. "Culpability lies in a reproach judgement about the perpetrator of an offense and is the reason for imposing the punishment and, in the same time, the indicator for the measure of punishment"<sup>11</sup>.

The commission of a criminal act with criminal guilt reveals the requirement for culpability as a *sine qua non* condition for the existence of the crime and, for imposing criminal liability on the person who committed it.

Culpability or guilt represents, therefore, a synthetic expression of the subjective aspect of the offense. It involves an act of conscience, an attitude of consciousness in relation to the consequences of the offense and an act of will, under the impulse which the act is performed. Consciousness creates mental causality, while the will creates physical causality<sup>12</sup>.

The concept of criminal guilt has different meanings in the theory of criminal law and in the criminal legislation of various states. Thus, French law uses the term *faute penale* while the Italian law uses the term *colpevolezza*. Both the French criminal justice system and the Italian one examine the guilt issue in the broader area of criminal responsibility, understood as legal liability. A literal translation of the French term *faute* sends signals in the sense of the author's moral attitude towards the act committed. Guilt as judgment of reproach transpires from the term *colpevolezza* in Italian law and from the term *Schuld* in German law<sup>13</sup>. In the English penal system, *guilt* is designated by the expression *mens rea*. "There is no crime without guilty mind" ("no crime without a guilty conscience"). Criminal liability for an offense necessarily implies the existence of a form of imputable guilt<sup>14</sup>.

Even if many German authors continue to explain guilt as a legal "reproach" or a legal "disavowal"<sup>15</sup>, they argue, however, that the accusation of guilt does

---

<sup>10</sup> G. Antoniu, *Vinovăția penală*, ed. a II-a, Ed. Academiei, București 2002, pp. 21 și 27.

<sup>11</sup> C. Rotaru, *Fundamentul pedepsei. Teorii moderne*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 219.

<sup>12</sup> V. Pașca, *Curs de drept penal. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 232.

<sup>13</sup> R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, tome I, Cujas, Paris, 1997, p. 649; F. Mantovani, *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 1992, p. 294; V.G. Fornasari, *I principi del diritto penale tedesco*, CEDAM, Padova, 1993 p. 58.

<sup>14</sup> D. Aikenhead Stroud, *Mens Rea or Imputability under the Law of England*, Sweet & Maxwell Ltd, London, 1914, p. 13, available online at <http://www.archive.org/texts/flipbook/flippy.php?id=mensreaorimputab00strouoft>.

<sup>15</sup> H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1988, p. 384.

not and could not refer to the mental attitude or the way of thinking of the offender (because, if they accept the mental attitude, they would despise his freedom of thought and conscience). The legal reproach refers to the act of the offender, his illegal conduct, revealing a lack or insufficient motivation towards compliance with the rule of law. Guilt was defined by German scholars as an "internal connection between the author – the recipient – and the legitimacy of the rule"<sup>16</sup> under which an "emotional component of deception for violation of norms"<sup>17</sup> occurs. The evaluation of guilt process claims an evaluation of the agent's conduct in relation to the degree of his attachment to the values or "legal goods" protected by the rule of law.

On the other hand, the German authors failed to identify the criterion under which such an evaluation should occur<sup>18</sup>. This led to the division of the German doctrine, part of it showing a tendency to remove the whole concept of guilt and replace it with different "criteria for objective imputation"<sup>19</sup> of the conduct or of the result (eg, "permitted risk", "social role of the citizen", etc.) through which they articulated various "normative theories". Such theories (especially that of the "permitted risk") have made significant contributions to the clarification of matters related to the science of criminal law – for example, specifying the link between the illicit action and the state of mind attributed to the agent. Kindhäuser states, for example, that "the permitted risk" should be considered neither as a justificative cause, nor a cause that eliminates the non-value of a result, but a cause which removes a violation of the duty of care, in case of offenses committed with negligence<sup>20</sup>.

Among German authors, Welzel<sup>21</sup> came to the presentation of criminal guilt as a "judgment of value" starting with a general examination of positive law, which allowed him to observe that the legal rules are the result of a whole series of "judgments of value". By virtue of such an examination, he concluded that the criminalizing rules first involve a determination and a hierarchy of the social values (first judgment), secondly, a determination and a hierarchy of dangerous conducts that perill those values (second judgment) and, thirdly, an assessment of these behaviors depending on the agent's purpose (third judgment). The conclusion is that Welzel saw guilt as an abstract "judgment of value" which is

---

<sup>16</sup> U. Kindhäuser, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Columbia, 1996, p. 34

<sup>17</sup> U. Kindhäuser, *op. cit.*, p. 29

<sup>18</sup> G. Antoniu, *op. cit.*, pp. 28 și 29.

<sup>19</sup> M.K. Guiu, *op. cit.*, p. 49.

<sup>20</sup> G. Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Columbia, Bogotá, 1994, p. 22.

<sup>21</sup> H. Welzel cited by M.K. Guiu, *op. cit.*, p. 50.

inherent the criminalizing rule and has nothing to do with the individual who disregarded this rule. In Welzel's opinion, the individual must remain "loyal" to the scope of the legal rule, be respectful to the values enshrined in it and to always act in respect to the "legitimacy" (justice), which is a feature of the legal rule and not of an individual conduct<sup>22</sup>.

Like psychological theory, normative theory fails because it omits that there is no such a thing as natural offenses and because it overlooks the fact that the law is not descriptive, and will not describe the action or the will of action, but turns them into concepts that invariably distort reality.

### **III. Mens rea, moral blame and strict liability – Meanings and confusions**

J. Hall said that „the principle of *mens rea* is the ultimate evaluation of criminal conduct and, because of that, it is deeply involved in theories of punishment, mental disease, negligence, strict liability and other issues”<sup>23</sup> and a normative definition of this concept is avoided because „there are areas of modern penal law where it is very doubtful, and others where it is certainly not true, that what is forbidden is harmful or that the intention to bring it about is immoral”<sup>24</sup>. In the old cases *mens rea* did involve moral blame and did mean a guilty mind, but in the modern penal law *mens rea* involves criminal intent, necessary to convict normal people acting without compulsion for a crime, other than a public welfare offence which is not based upon negligence and does not require any particular form of specific intent<sup>25</sup>.

The traditional meaning of *mens rea* is its moral connotation expressed in terms of „evil mind” or „evil will” but, in modern criminal law it is expressed in terms of „guilt” or „moral culpability”. The traditional adagium *actus non facit reum nisi mens sit rea* was wrongly translated as „there cannot be such a thing as legal guilt where is no moral guilt”. It is obvious that „there is always a possibility of a conflict between law and morals”<sup>26</sup>. This assumption lead to another problem: „how to make sense of an ethical principle in non-ethical

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>23</sup> J. Hall, *General Principles of Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Bobbs-Merrill, Indianapolis, NY, 1960, p. 70.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>25</sup> F. Sayre, *The present signification of mens rea in the criminal law*, in M.C. Campbell, J.H. Beale, S. Williston, *Harvard Legal Essays*, Harvard University Press, 1934, p. 411.

<sup>26</sup> J.F. Stephen, *A History of Criminal Law of England*, London: Macmillan, 1883, pp. 94-95, available online <https://archive.org/details/historyofcrimina03step>.

law?”<sup>27</sup>. Than no act is a crime if it is done from laudable motives and the immorality element is essential to crime<sup>28</sup>.

In this context, the theory of strict liability has challenged the ethical feature of penal law and made the doctrine change its view on the mens rea concept: „the truth is that there is no single precise state of mind common to all crime (...) The old conception of mens rea must be discarded and in its place must be substituted the new conception of *mentes rea*”<sup>29</sup>.

The conclusion so far is that in early law *mens rea* meant little more than a general immorality of motive while today is quite different, meaning a particular kind of intent, a criminal intent, an intent to do that which, whether the defendant knew it or not, constitutes a breach of the criminal law<sup>30</sup>.

In the common law system the personal guilt is the same thing as moral culpability, including both *mens rea* and motive. So, no matter how good the agent’s motive, since he voluntarily (with *mens rea*) committed a penal harm, he is to some degree morally culpable<sup>31</sup>.

The actual criminal law rests no longer on moral culpability, but on an objective non-moral foundation. In Holmes’ opinion the history of criminal law represents a devolution, a regression from liability based on moral blame to one resting on non-moral criteria: „while the terminology of morals is still retained, the law (...) by the very necessity of its nature, is continually transmuting those moral standards into external and objective ones, from which the actual guilt of the party concerned is wholly eliminated”<sup>32</sup>.

Thus, strict liability seems to be a natural result of the evolution of penal law reflecting the changes of a more industrialized society. This „objective” liability ignores the defendant’s actual state of mind and holds him liable to the standard of a reasonable man.

The area of strict liability concerns minor harms, but was extended to felony-murder, misdemeanor manslaughter, negligence, bigamy or sexual offenses. It is often met in the public welfare offences field (sale of narcotics, traffic offences, etc.). During its development, the doctrine has presented the *pro* and *versus* arguments as a battle between *risk* and *fault*. If a human conduct implies a risk for the society, then it’s strict liability. If a human conduct implies

---

<sup>27</sup> J. Hall, *op. cit.*, p. 73.

<sup>28</sup> J.F. Stephen, *op. cit.*, p. 95.

<sup>29</sup> F. Sayre, *op. cit.*, p. 404.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 412.

<sup>31</sup> J. Hall, *op. cit.*, p. 94.

<sup>32</sup> O.W. Holmes, *The Common Law*, London: Macmillan, 1881, p. 38, available online <https://archive.org/details/commonlaw00holmuoft>.



the agent's fault, the we have *mens rea* as necessary element for „subjective” liability.

As Hamon stated, people don't have free will in order to be held criminally responsible for their acts. They only have the illusion of free will. „Man is responsible because he leaves in the society, and for no other cause than this social existence. (...) Man is responsible exclusively because, in the life of society, every act produces effects and reactions, whether individual or social, which rebound upon the author of the act, and are useful or injurious to him, according as the action itself is useful or injurious to society”<sup>33</sup>. This approach makes sense in regard with strict liability and points to the element of risk as the major argument to justify the institution of strict liability.

The „moral blame” issue is probably more disputed in the Common law system. As a matter of fact, the Common law doctrine speaks about the “elementary moral distinction” between people and their lives. One author, citing Kant said: “a morally perfect person cannot but lead a morally perfect life”. But Kant did not deny, nor show any reason to doubt, that morally imperfect people can live lives that are morally worse or morally better, than those that they deserve to live<sup>34</sup>. So, what should we do?

Can we say that the criminalizing rule is the measure of our own immorality? If we agree with Hegel, the answer is Yes. But the burden of moral blame does not pressure only the persons that have to obey the precept of the punishing rule. It pressures at the same time the State organs which have the duty to impose criminal liability. Is it all right to say that? Can the conduct of a state organ be immoral? That is hard to say. If we agree that every punishing rule is legitimate and just, than the previous question we raised was a nonsense. But if we agree that the law sets abstract models of conduct with an evident objective feature, sometimes the imposing of the criminal liability seems so immoral and so unjust. What is moral in punishing a poor son who stills medicine for his cancerous mother, because that was the only way he could get that medicine (he had no money, no job, no health insurance)? What is moral in punishing a husband who terminates the life of his dying wife, as she repeatedly and consciously asked him to do so and he couldn't see her suffering any longer with atrocious pain. What is moral in punishing a troubled father who kills his

---

<sup>33</sup> A. Hamon, *The Universal Illusion of Free Will and Criminal Responsibility*, The University Press Limited, Watford, London, 1899, p. 59, available online la <http://www.archive.org/stream/universalillusi00hamogooq#page/n8/mode/2up>.

<sup>34</sup> J. Gardner, *Wrongs and Faults*, in A.P. Simester, *Appraising Strict Liability*, Oxford University Press, 2007, p. 51.

daughter's rapist as he noticed that the state organs failed to impose criminal liability for his criminal act?

All we learned in the law school was that the state organs should impose the punishing rule every time a breach of its precept occurs. In doing that, the state organs should verify, in the vision of the Romanian criminal legislator, if the four features of the offense provided by art. 15 NRCC are present – the act is stipulated by criminal law, has been committed under guilt, without justification and for the commission of which a person can be charged –; then, in this case the official act of imposing the criminal liability is just and in consequence, moral. But in the particular situations we exemplified such an act is immoral due to the inherent motivations that led to its commission.

The moral blame is in fact a Sword of Damocles hanging over and threatening both the justification of a human conduct that breaches a criminal rule and the official act of imposing the criminal liability.

In this context we must discuss the issue of strict liability. The imposition of strict liability in the criminal law is widely thought by the scholars to be unjustified, because leads to the conviction of persons who are, morally speaking, innocent. Convicting and punishing those who do not deserve it perpetrates a serious wrong<sup>35</sup>. That is why some authors say that strict liability may be legitimate only in non-stigmatic offences (quasi-criminal regulations) but never in case of stigmatic offences (such as murder). The distinction between the two categories is not identical with the distinction between *mala in se* and *mala prohibita* crimes and offences because, some *mala prohibita* offenses (such as those regulating trades in financial markets) have the stigmatic feature in regard with the social echo of their consequences.

The criminal conviction as the final stage of a criminal trial is, as a matter of fact, a statement of censure in the name of the society for the agent who breaches the punishing rule. By „labeling” the perpetrator as "criminal, murderer", the conviction verdict publicly states that he is a punishing criminal. However, not any offense involves public censure, which is inherent in case of serious deeds, such as murder. Thus, it was shown that "there is a large number of punishing rules that prohibit acts that are not criminal in the real sense of the term, but are prohibited under a criminal penalty on behalf of public interest"<sup>36</sup> although they are not „criminal” in their true nature<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> A.P. Simester, *Is strict liability always Wrong?*, in A.P. Simester, *Appraising Strict Liability*, Oxford University Press, 2007, p. 21.

<sup>36</sup> Judecătorul Wright, în *Sherras v. De Rutzen* (1895), citat de A.P. Simester, *Is Strict Liability...*, p. 23.

<sup>37</sup> Judecătorul Mitchell, în *London Borough of Harrow v. Shah* (2000), citat de A.P. Simester, *Is Strict Liability...*, p. 24.

Undoubtedly, the idea of guilt is based, as the German authors stated, on the assumption that the rule infringed by the agent is legitimate and just (otherwise we could not impute their disregard). In any case, it is a mistake to claim<sup>38</sup>, as these authors do (following the ideas of some illustrious thinkers as Grotius, Hobbes, Spinoza and others), that the rule is legitimate, because it is legal, emanating from a legitimate authority, leading to the conclusion that justice prevails social order. However, in reality, the social order is not superior, but under the law. If we identify, as German authors do, the legitimacy of the rule with its legality, we risk to empty the concept of guilt of any rational content and to assign a false significance.

By thinking so, we can get a wrong conclusion, that the activity of the judges would be reduced to a mechanical application of the legal rules. In fact, the presumption of legitimacy of the rule is a rebuttable presumption – that is, on the one hand, the validity of the rule remains dependent on its rational and, secondly, that its validity must be investigated, every time when the rule has been violated<sup>39</sup>.

#### **IV. Strict liability – What’s to understand? What’s to learn?**

The doctrine stated that, at a first glance, any form of strict liability is the anathema to the Continental criminal lawyer<sup>40</sup>. In the doctrinal context in which he operates, the requirement that fault be established in relation to every element of the *actus reus* flows straightforwardly from the fundamental principle that criminal responsibility be based on culpability. Since the first years in Law School, the future practitioners in the common law system learn about the correspondence principle as a major element of the interpretation of the criminalizing rules. According to this principle, every element of *mens rea* should correspond to every element of *actus reus*.

If a person acted to produce a result, that person will be held responsible even for the worst result of his/hers action. The principle of correspondence was severely criticized in the doctrine on the grounds that it would help create an unnecessary criminalization by the need to establish even artificial guilt of the agent<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> M.K. Guiu, *op. cit.* p. 55.

<sup>39</sup> M. Djuvara, *Enciclopedia juridică*, Ed. All, București, 1995, p. 486.

<sup>40</sup> J.R. Spencer, A. Pedain, *Approaches to Strict and Constructive Liability in Continental Criminal Law*, în A.P. Simester, *Appraising...*, p. 237.

<sup>41</sup> A. Ashworth, *Conceptions of Overcriminalization*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 5:407, 2008, pp. 407-425, available online at [http://moritzlaw.osu.edu/osjcl/Articles/Volume5\\_2/Ashworth-PDF.pdf](http://moritzlaw.osu.edu/osjcl/Articles/Volume5_2/Ashworth-PDF.pdf).

Strict criminal liability therefore is characterized by the absence of subjective premise – guilt/fault – in relation to each element of the actus reus of the offense. The expression "implicit criminal responsibility" is used whenever, in the case of an offense, the defendant's guilt must be determined in relation to an element or elements of actus reus (usually the conduct), but is not required to establish a relationship between guilt and other elements of actus reus (such as a circumstantial or consequential element). The literature has shown that elements of such an offense – constructive crimes – in relation to which fault is not required, are referred to as "strict liability elements" for this constructive offense<sup>42</sup>.

Any analysis of comparative law on the issue of strict criminal liability encounters ab initio major difficulties: doctrinal constructions and the terminology used to express those theoretical schemes have only few similarities or even no equivalent in the Continental criminal law systems. There are major differences between English criminal law, German, French or Italian criminal law, starting, as we have shown, with the basic concepts such as *guilt/fault*. Moreover, the Continental systems can establish boundaries for criminal repression differently from the Anglo-Saxon system: state reactions to a harmful and dangerous conduct are purely administrative (preventive) in the French law, and raise no question of incompatibility with the principles of criminal law, while the same reaction in Common law system will require a criminal conviction.

Under the common law, strict liability is frequently justified under causal, evidentiary or non-culpability theories.

A causal theory justifies strict liability because the defendants have created a dangerous situation. This theory holds that those who profit from engaging in potentially dangerous business ought to ensure the safety of others<sup>43</sup>.

The evidentiary theory holds that, maybe a required mental element of the offence probably exists, but the prosecution needs not to prove that element since requiring such proof would allow many culpable persons to escape conviction or would make their convictions too costly to obtain<sup>44</sup>. In these cases, the agent was at least negligent because he failed to prevent the harm.

A non-culpability theory is purely utilitarian and uses a single criterion to impose criminal liability: the social interest.

---

<sup>42</sup> J.R. Spencer, A. Pedain, *op. cit.*, p. 238.

<sup>43</sup> P.H. Robinson, *Imputed Criminal Liability*, in *The Yale Law Journal*, vol. 93, nr. 4/1984, p. 611.

<sup>44</sup> In Romanian doctrine prof. Antoniu called it "occult strict liability". G. Antoniu, *Vinovăția...*, p. 198.

## V. Schuldprinzip and strict liability – The German Law

German criminal law pays its tribute to the culpability principle (*Schuldprinzip*). In German criminal law doctrine, the culpability principle means that criminal liability requires blameworthiness, and that the reaction of the law must be commensurate with the measure of blame that attaches to the defendant's conduct. According to the German Constitutional Court, which has ascribed a constitutional rank to the culpability principle, the principle is intrinsically linked to the substantive dimension of the rule of law ("Rechtsstaatsprinzip") and rooted in human dignity and in recognition of the human being's capacity for responsible agency, principles which the German Constitution states and protects by art. 1 para. (1) and 2 (1) and which the German legislature has to acknowledge and respect in the formulation of its criminal laws<sup>45</sup>. While the culpability principle has a strong doctrinal basis, the correspondence principle (which in practice prevents German courts from interpreting criminal law provisions as containing strict liability elements) is considered to be a simple rule of statutory interpretation, which emanates from the culpability principle as a matter of course<sup>46</sup>.

Thus, all elements of the actus reus, not just the conduct, combine to constitute the illegality of the act and thus the defendant is liable only to the extent that he is at fault regarding every aspect defining the injustice of his act, in other words, in respect of all elements of the actus reus. For this reason, the German practitioners will not question the need for an element of guilt regarding the victim's age in case of sexual offenses with minors or the nature of an object that the defendant has in his possession, whether drugs or firearms<sup>47</sup>.

In its actual form, the culpability principle is a reflection of the German criminal law theorist's confrontation, and engagement with Kantian, Hegelian and Schopenhauerian philosophical ideas regarding the nature of the human responsibility and the basis for blame. Binding grounded his views on the proper basis of criminal liability firmly on a philosophy of action that defines human conduct as a realisation of an impulse of the will or a willed act. Human deeds are consequently conceptualized as realizations of an impulse of the will, meaning that the realization of the decision to act is the act itself, including its consequences<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> J.R. Spencer, A. Pedain, *op. cit.*, p. 249.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> J.R. Spencer, A. Pedain, *op. cit.*, p. 250.

<sup>48</sup> K. Binding, *op. cit.*, 1872, *apud* J.R. Spencer, A. Pedain, *op. cit.*, p. 251.

The definitive formulation of the culpability principle dates from 1907, thanks to Reinhard Frank. According to Frank, the culpability of an agent comprises three elements: (1) the normal psychological state of the agent; (2) an actual or at least actualizable connection between the agent's state of mind and his deed (intention or recklessness) and (3) the absence of unusual circumstances that affect the moral quality of the actor's conduct, or the expectations society can legitimately have of him (i.e. the absence of exculpatory circumstances). The dimension of blameworthiness consists in what holds these three elements together. Frank stated: „someone can be held criminally responsible for a prohibited act when he can be blamed for having engaged in this behaviour”<sup>49</sup>.

There is only one area of German criminal law in which the implications of culpability principle have long been shrouded in uncertainty while the views on real conditions of culpability principle have changed significantly over time: the liability of the indictor for any harmful, unexpected and unwanted results of its illegal act.

According to the distinction between *versari in re licita* and *versari in re illicita* formulated for the first time in Canon law, our liability for the unintended and unanticipated results depends entirely on the nature and quality of our previous deeds. If we were involved in legal and useful activities and acted reasonably and diligently in performing them, then we can deny responsibility for the damage, however arising. But when our conduct is inherently wrong and forbidden, how can we deny responsibility for the consequences of this behavior? If we choose to do evil or wrong things, "indirectly" we choose to determine and cause the results of our actions<sup>50</sup>.

In 1884, Franz von Liszt described the results of aggravated offenses as "objective conditions of liability", thereby indicating that he viewed them as criteria to which the defendant's *mens rea* need not extend, issue often criticized in the doctrine in the coming decades. But in 1953 the German legislator adopted § 18 StGB, which restricted the defendant's liability for serious consequences of his unlawful acts to those that he brought about at least recklessly<sup>51</sup>.

There are authors that challenge even the limited effect of the results caused by negligence under this law. They admit that criminal liability for

---

<sup>49</sup> R. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in Festschrift für die juristische Fakultät Giessen, Giessen, 1907, p. 3, available online at [www.archive.org/festschriftfrdi00fakugoog/festschriftfrdi00fakugoog\\_djvu.txt](http://www.archive.org/festschriftfrdi00fakugoog/festschriftfrdi00fakugoog_djvu.txt).

<sup>50</sup> J.R. Spencer, A. Pedain, *op. cit.*, p. 254.

<sup>51</sup> *Strafrechtsänderungsgesetz*, 4th of March 1953.

negligent acts is a liability for the harmful consequences of our risky actions; hence, whether or not we become criminally liable for our reckless conduct is essentially a matter of luck<sup>52</sup>. They argue that it is a hidden form of liability for the result of the acts, that really raises questions on the culpability principle. Ludwig von Bar, in his fundamental work "Gesetz und Schuld im Strafrecht"<sup>53</sup> in 1907, notes that "liability for the reckless conduct hinges in many cases purely on coincidence, since, luckily, many even very risky acts remain without harmful consequences"<sup>54</sup>. He argued that in cases of recklessness, the punishment (...) always contains an element of injustice, provided that the recklessness was not extreme<sup>55</sup>.

There are still authors who think that the operation of § 18 StGB is too severe and leads to the imposition of disproportionate punishments. According to them, combinations of intent and recklessness that impose a heavier penalty on an offender than he would receive if convicted under the intent-base offence and a separate outcome-related recklessness-offence, effectively impose a form of outcome liability on defendants that goes beyond what is justified by their moral blameworthiness. Some authors noted that the current positions, which represents the culmination of more than two centuries of academic debate, may still be subject to additional subsequent changes<sup>56</sup>.

## **VI. Strict liability in Romanian Criminal Law? Realities and appearances**

Tributary to *nullum crimen sine culpa* principle (culpability principle), the Romanian legislator does not explicitly admit strict liability. The denial of strict criminal liability meets a long tradition that perpetuated the dogma of liability based on fault postulated by the Classical School of criminal law.

The complexity and ambiguity of this issue have led many Romanian scholars to elegantly bypass the subject, by forgetting to debate on strict liability although it is, as noted in previous sections, recognized and perpetuated by other European legislators. However, there are references to various forms of strict criminal liability in the works of G. Antoniu and V. Pașca and sporadic approach by younger authors such as Fl. Streteanu or S. Bogdan.

---

<sup>52</sup> J.R. Spencer, A. Pedain, *op. cit.*, p. 255.

<sup>53</sup> L. von Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht: Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, vol. I, p. 473, available online at <http://www.archive.org/details/gesetzundschuld00bargoog>.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> L. von Bar, *op. cit.*, p. 475.

<sup>56</sup> J.R. Spencer, A. Pedain, *op. cit.*, p. 255.

In 2002 G. Antoniu stated: "Romanian criminal law does not allow the imposing of criminal liability on a person only for the result of his act. (...) If the Romanian legislation does not expressly provide a strict liability, we are convinced that occult forms of such liability can be found in the practice of judicial bodies". The author vehemently denies an explicit or implicit legislative consecration of strict liability, but accepts it as a practical implication of excessive application of the presumption of fault without in concreto research on the particular circumstances under which the offense was committed<sup>57</sup>.

V. Pașca holds the same view, but he militate for its implicit admition. According to this author, the following situations could be qualified as forms of strict liability in Romanian criminal law: the offense was committed in a state of complete voluntary intoxication with alcohol or other psychoactive substances, when such state was induced with a view to committing the offense [art. 77 lit. f) NRCC] or without it; the imposing of security measures (art. 107-112 NRCC), and forms of occult strict liability encountered in practice by the failure of the judge to respect the principles of criminal procedure. This author argues that if the offense is committed by the agent who acts in a state of complete and voluntary intoxication with alcohol or other psychoactive substances he will be held liable according to the Romanian criminal law, with disregard of the culpability principle. It is scientifically proven, he says, "that in case of complete intoxication with alcohol or other psychoactive substances, there is a complete abolition of cognitive and volitional functions of consciousness"<sup>58</sup>. If we talk about premeditated ingestion of such substances that led to a complete state of intoxication, the criminal thought is previous to the ingestion act. But if the ingestion is not premeditated, but still led to an complete state of intoxication it is very difficult to demonstrate the presence of fault/*mens rea* necessary to impose criminal liability under Romanian criminal law, because its intellectual and volitional functions of consciousness are paralyzed. "In this case, the defendant's *mens rea* slides from the time of the offense to the previous time of intentional ingestion of the substances, moment which is irrelevant for prosecution without the following act of the offence. So in this case the offender is liable only under causal relation between the act and the harmful result"<sup>59</sup>.

NRCC maintains intoxication as a cause of non-imputability if it is accidental and complete. In cases of voluntary complete intoxication, the only logical solution is that the Romanian legislator implicitly provided a form of strict liability.

---

<sup>57</sup> G. Antoniu, *Vinovăția...*, p. 199.

<sup>58</sup> V. Pașca, *op. cit.*, p. 419.

<sup>59</sup> *Idem.*



The second example of strict liability implicitly provided by Romanian criminal law is that of the safety measures that are to be taken if a person commits an act stipulated by the criminal law<sup>60</sup>. The legal provisions indicate „an act stipulated by the criminal law” and not „an offense”. According to the cited author, safety measures are criminal sanctions that are imposed without considering the specific psychological processes of *mens rea*<sup>61</sup>. Author's logic is simple: recognizing causal nexus between criminal liability and criminal sanctions, it must be accepted that, even imposing only a security measure, we impose a form of criminal liability. In order to impose a security measure, two conditions need to be met: the act must be stipulated by the criminal law and, secondly, the existence of a state of social danger of the perpetrator or of the things he holds. However, as just noted, we can not equate the status of social danger with the specific mental state that characterizes *mens rea*<sup>62</sup>.

The legal liability imposed by applying a safety measure is without any doubt, a strict liability with an essential preventive nature<sup>63</sup>.

## VII. Conclusions

As noted throughout this study, strict liability can be imposed in case of commission of an offense if *mens rea* needs not to be identified with reference to at least one of the elements of *actus reus*<sup>64</sup>.

Concerns for defining criminal responsibility goals proved to be, as we have seen, extremely laborious. Eventually, however, we consider that the definition of Stuart P. Green is probably the clearest of them all, because seeks to cover all forms of strict liability<sup>65</sup>. As a matter of fact Green suggests six senses of strict criminal liability that cover all situations where *mens rea* it is not necessary or required only in a very limited extent<sup>66</sup>:

– offences that contain at least one material element for which there is no corresponding *mens rea* element;

– statutory schemes that bar the use of one or more *mens rea* – negating defences;

---

<sup>60</sup> Art. 111 alin. (2) C. pen. 1968.

<sup>61</sup> V. Pașca, *op. cit.*, p. 419.

<sup>62</sup> V. Pașca, *Măsurile de siguranță – sancțiuni penale*, Ed. Lumina Lex, București, 1993, p. 23.

<sup>63</sup> *Idem*.

<sup>64</sup> *Whitehouse v. Gays News*, cited by K. Reid, *Strict Liability: Some Principles for Parliament*, in *Statute Law Review*, vol. 29, nr. 3, p. 173.

<sup>65</sup> S.P. Green, *Six Senses of Strict Liability: A Plea for Formalism*, in A.P. Simester, *op. cit.*, p. 2.

<sup>66</sup> *Idem*.

- procedural devices that require a defendant's intent to be presumed for other facts;
- offenses that require a less serious form of mens rea than has traditionally been required by the criminal law;
- offences that require a less serious form of harmfulness than has traditionally been required by the criminal law;
- offences that require a less serious form of wrongfulness than has traditionally been required by the criminal law.

Even if we remain reluctant to the idea of strict liability, we can certainly identify arguments in favor of strict liability on practical grounds in cases that endanger public health or public safety. In those areas related to public protection and environmental protection, there is a consensus among the authors and judges to support strict liability.

The key issue for a coherent law system is the absence of clear, express provisions that state whether certain offenses lead to strict liability. According to an author, would be even more useful for future interpretations if the moment of criminalizing a human conduct that could lead to strict liability could be preceded by a debate clearly demonstrating that Parliament analysed the issue of mens rea and specifically decided that those offences do not require full mens rea<sup>67</sup>.

Professor Gardner drew attention to significant issues on the grounds of strict liability that deserve, in his opinion, a serious analysis. The author points out that the visions on the fundamentals of strict liability differ and may or may not be reconciled. Thus, some writers regard strict liability as a form legal liability defective of fault. Others think that strict liability occurs for non-intentional acts. Finally, one last category of authors tend to believe that these two ideas are substitutable<sup>68</sup>.

According to Reid, the vision of strict liability depends on the vision on the purpose of the law and on the principles of the criminal justice. These may vary from person to person, reflecting in fact a person's vision on morality. As Norrie argued in another context, it is actually the key background to any discussion referring to mens rea: "these issues, the contradiction between good and evil, come from the moral unstable essence of the *mens rea*"<sup>69</sup>, ignored at its own risk by the dominant subjectivist approach.

---

<sup>67</sup> K. Reid, *op. cit.*, p. 175.

<sup>68</sup> J. Gardner, *Wrongs and Faults*, in A.P. Simester, *op. cit.*, pp. 68 and 69.

<sup>69</sup> A. Norrie, *After „Woollin” 1999*, in *Criminal Law Review* nr. 532, p. 533.

# Cauza Gheorghe Dima c. României.

## Interzicerea torturii. Din nou condamnare la CEDO

Lect. univ. dr. **Magdalena ROIBU\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

### Abstract

On the 19<sup>th</sup> of April 2016, the European Court of Human Rights (hereinafter “the European Court”, “the Court” or briefly, the ECHR), sitting in its Fourth Section, gave the final ruling in the case of Gheorghe Dima vs. Romania<sup>1</sup>, finding in favor of the applicant and unanimously concluded that there occurred a violation of article 3 (Prohibition of torture) of the European Convention of Human Rights (hereinafter “the European Convention” or briefly, “the Convention”). The Court ordered that the Romanian State pay the applicant an amount of 7.500 EUR as moral damages for his suffering, as well as the sum of 1.040 EUR for the legal expenses he had incurred. To these amounts, the legal interest applicable was added.

The present article aims at introducing the reader into the atmosphere of the case, by summarizing its most relevant factual and legal aspects and is assorted with comments meant to draw the attention upon the shadows of a less visible part of criminal justice, i.e. the stage of execution of criminal penalties within Romanian penitentiaries. The importance of the ECHR case-law in the sphere of article 3 of the European Convention is also highlighted.

**Keywords:** Gheorghe Dima vs. Romania; the European Court of Human Rights; prohibition of torture (article 3); inhuman or degrading treatment/punishment; execution of penalties; moral damages

### Rezumat

La data de 19 aprilie 2016, Curtea Europeană a Drepturilor Omului (în continuare „Curtea europeană”, „Curtea” sau, pe scurt, CEDO), în componența celei de-a Patra Camere, a pronunțat hotărârea finală în cauza Gheorghe

---

\* magdalena.roibu@e-uvt.ro.

<sup>1</sup> A se vedea CEDO, cauza Gheorghe Dima c. României (19 aprilie 2016), disponibilă în limba franceză la <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162343>.

*Dima c. României, dând câștig de cauză reclamantului și statuând cu unanimitate că a avut loc o încălcare a art. 3 (Interzicerea torturii) din Convenția europeană a drepturilor omului (în continuare „Convenția europeană” sau, pe scurt, „Convenția”). Curtea a obligat Statul Român la plata către reclamant a sumei de 7.500 euro cu titlu de daune morale pentru suferința sa, precum și a sumei de 1.040 euro reprezentând cheltuieli judiciare suportate de acesta. La aceste sume, s-a adăugat și dobânda legală.*

*Prezentul articol își propune să introducă cititorul în atmosfera cauzei, făcând o sinteză a celor mai relevante aspecte factuale și juridice, fiind însoțit de comentarii destinate să atragă atenția asupra locurilor întunecate din zona mai puțin vizibilă a justiției penale, de ex. faza de executare a pedepselor în penitenciarele din România. De asemenea, este evidențiată importanța jurisprudenței CEDO în materia art. 3 din Convenția europeană.*

**Cuvinte-cheie:** *Gheorghe Dima c. României; Curtea Europeană a Drepturilor Omului; interzicerea torturii (art. 3); tratamente/pedepse inumane și degradante; executarea pedepselor; daune morale*

## 1. Rele tratamente în viziunea jurisprudenței CEDO și în legislația internă.

### Repere

Este cu siguranță surprinzător și destabilizant faptul că o țară membră a Uniunii Europene, semnatară a Convenției europene a drepturilor omului<sup>2</sup>, este condamnată în anul 2016 în fața Curții europene a drepturilor omului pentru încălcarea art. 3 – interzicerea torturii, într-o cauză în care nu se pune nici pe departe problema vreunei implicări a reclamantului în acte de terorism. Nu discutăm aici situațiile ultra-excepționale care ar relativiza aplicarea art. 3 din Convenție și renunțarea la anumite principii consacrate în cazul comiterii sau participării la acte teroriste, întrucât nu acesta este obiectul prezentului studiu.

Cert este că din conținutul art. 3 al Convenției se desprind trei noțiuni esențiale, care corespund de fapt a trei „praguri” de intensitate<sup>3</sup>, și anume *tortura, tratamentul/pedeapsa inumane și tratamentul/pedeapsa degradante,*

<sup>2</sup> Legea nr. 30/1994 privind ratificarea Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și a protocoalelor adiționale la această convenție, publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994.

<sup>3</sup> A se vedea A.-Y. Yutaka, *Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment under Article 3 ECHR*, articol disponibil la <http://www.cor.teidh.or.cr/tablas/r30903.pdf>.

care fac parte, la modul generic, din categoria *relelor tratamente*<sup>4</sup>, ce cad sub incidența acestui articol. Sfera de aplicare a acestui articol este extrem de complexă, iar acest lucru depinde în principal de faptul că relele tratamente sunt definite foarte pe larg<sup>5</sup>.

Relele tratamente trebuie să atingă un minim de gravitate pentru a intra în domeniul de aplicare al art. 3, iar acest lucru se apreciază ținând seama de criteriile precum circumstanțele speței, durata aplicării relelor tratamente, suferințele fizice și psihice, vârsta, genul, starea de sănătate a victimei etc.

Curtea Europeană, în jurisprudența sa constantă, a oferit definiții valoroase pentru cele trei noțiuni din cuprinsul art. 3.

Astfel, *tortura* a fost definită ca fiind acel tratament aplicat deliberat în diverse scopuri (de exemplu, pentru obținerea de informații, mărturisiri) de către un agent al autorității publice sau de orice persoană care acționează la instigarea ori cu consimțământul expres ori tacit al acestuia, de natură a provoca însăși moartea în condițiile unor suferințe psihice și fizice foarte grave<sup>6</sup>. De aici se pot desprinde deja câteva trăsături esențiale ale unui act de tortură: provocarea unei suferințe deosebite, fizice sau mentale; actul producerii să fie intenționat; subiectul activ să fie calificat – un agent al autorității publice sau o persoană care acționează la comanda acestuia; posibilitatea concretă a survenirii decesului ca urmare directă a suferințelor provocate.

Noțiunea de *tratament inuman* se referă la faptul că suferințele au fost induse pe o durată mare de timp, fiind aplicate cu premeditare și cauzând astfel vătămări fizice și suferințe psihice de mare intensitate<sup>7</sup>.

*Tratamentul degradant* reprezintă acel tratament care umilește persoana în fața ei înseși sau în fața altor persoane sau o determină să acționeze contrar voinței sau conștiinței sale<sup>8</sup>.

Prezintă trăsăturile unui asemenea tratament pedepsele fizice degradante precum biciuirea, expulzarea unor persoane dintr-un stat în alt stat unde riscă să fie supuse unor tratamente inumane sau degradante, discriminarea de orice

---

<sup>4</sup> A se vedea C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole, vol. I Drepturi și libertăți*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 204.

<sup>5</sup> A se vedea J.-F. Renucci, *Traité de Droit Européen des droits de l'homme*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2007, p. 98.

<sup>6</sup> A se vedea CEDO, cauza *Salman c. Turciei* (27 iunie 2000), par. 114, disponibilă în limba franceză la <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>7</sup> A se vedea CEDO, cauza *Labita c. Italiei* (6 aprilie 2000), par. 120, disponibilă în limba franceză la <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>8</sup> A se vedea CEDO, cauza *Smith and Grady c. Regatului Unit* (27 septembrie 1999), par. 120-123, disponibilă în limba engleză la <http://hudoc.echr.coe.int>.

natură<sup>9</sup> (religie, naționalitate, sex, condiție socială, rasă etc.) care provoacă suferințe morale și psihice unei persoane. Se consideră, de asemenea, că încalcă prevederile art. 3 din Convenție actele acelor secte religioase care practică tratamente inumane sau degradante.

În jurisprudența instanțelor internaționale, Tribunalul Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie (TPIY) a statuat că „pentru aprecierea gravității actelor de tortură, trebuie luate în considerare toate circumstanțele cauzei, inclusiv natura și contextul provocării durerii, premeditarea și instituționalizarea relexor tratamente, condiția fizică a victimei, metodele utilizate sau poziția de inferioritate a victimei. Este, de asemenea, relevant dacă individul a fost suspus acestor tratamente pe o perioadă îndelungată de timp”<sup>10</sup>.

Legislația română, și în special legislația penală internă, conține prevederi care, cel puțin la nivel teoretic, corespund exigențelor impuse de art. 3 din Convenție. Art. 22 alin. (2) din Constituție prevede că „Nimeni nu poate fi suspus torturii și niciunui fel de pedeapsă sau de tratament inuman sau degradant”. Codul penal de la 1969 incrimina, în art. 267, fapta de rele tratamente („Supunerea la rele tratamente a unei persoane aflate în stare de reținere, deținere ori în executarea unei măsuri de siguranță sau educative se pedepsește cu închisoare de la 1 la 5 ani”) iar în art. 267<sup>1</sup> era prevăzută infracțiunea de tortură [alin. (1): „Fapta prin care se provoacă unei persoane, cu intenție, o durere sau suferințe puternice, fizice ori psihice, îndeosebi cu scopul de a obține de la această persoană sau de la o persoană terță informații sau mărturisiri, de a o pedepsi pentru un act pe care aceasta sau o terță persoană l-a comis ori este bănuită că l-a comis, de a intimida sau de a face presiuni asupra ei ori de a intimida sau a face presiuni asupra unor terțe persoane, sau pentru oricare alt motiv bazat pe o formă de discriminare oricare ar fi ea, atunci când o asemenea durere sau astfel de suferințe sunt aplicate de către un agent al autorității publice sau de orice altă persoană care acționează cu titlu oficial sau la instigarea ori consimțământul expres sau tacit al unor asemenea persoane, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani”]. Art. 5 din Legea nr. 254/2013<sup>11</sup>

<sup>9</sup> A se vedea CEDO, cauzele *Moldovan ș.a. c. României* (12 iulie 2005), paragraful 90 și *Smith and Grady c. Regatului Unit* (precit.), disponibile în limbile română, engleză și franceză la <http://hudoc.echr.coe.int>. De asemenea, cauza *Barbu Anghelescu c. României* (5 octombrie 2004), hotărâre publicată în M. Of. nr. 422 din 19 mai 2005.

<sup>10</sup> A se vedea hotărârea Tribunalului Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie, din cauza *Prosecutor v. Kronjelac* (17 septembrie 2003) în M. Udriou, O. Predescu, *Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 106. Textul hotărârii este disponibil în limba engleză la <http://www.icty.org/x/cases/kronjelac/acjug/en/krn-aj030917e.pdf>.

<sup>11</sup> Publicată în M. Of. nr. 514 din 14 august 2013.

privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, prevede că: „(1) Se interzice supunerea oricărei persoane aflate în executarea unei pedepse sau a unei alte măsuri privative de libertate la tortură, la tratamente inumane sau degradante ori la alte rele tratamente. (2) Încălcarea prevederilor alin. (1) se pedepsește potrivit legii penale”.

În Codul penal actual<sup>12</sup>, se reia infracțiunea de tortură (art. 282) cu un conținut ușor mai articulat față de cel din Codul anterior, fapta fiind atribuită în mod clar unui subiect activ calificat drept funcționar public. La art. 197 NCP este incriminată fapta de rele tratamente aplicate minorului, o reluare cu un regim sancționator mai blând a fostului art. 306 C. pen. anterior. În doctrina penală română<sup>13</sup> s-a apreciat, pe bună dreptate, că infracțiunea de tortură este cea mai gravă formă de lezare „interesată” (de ex., în scopul obținerii de probe) a integrității fizice sau psihice a unei persoane, ea periclitând până la esență legitimitatea autorității de stat.

Nicio împrejurare excepțională, oricare ar fi aceasta, fie că este vorba de starea de război sau de amenințări cu războiul, de instabilitate politică internă sau de orice altă stare de excepție, nu poate fi invocată pentru a justifica tortura. De asemenea, nu poate fi invocat ordinul superiorului ori al unei autorități publice.

## **2. Cauza *Gheorghe Dima c. României*<sup>14</sup>**

### **2.1. Situația premisă**

Reclamantul, Gheorghe Dima, cetățean român, născut în 1980, cu domiciliul în București, a susținut în fața Curții Europene că a fost victima unor rele tratamente, pe care le-a calificat drept tortură, din partea agenților Statului, și a reclamat ineficiența și tergiversarea anchetei penale efectuate de autoritățile naționale în legătură cu această problemă. Astfel, a invocat incidența art. 3 din Convenția europeană.

---

<sup>12</sup> Legea nr. 286/2009 privind Codul penal (modificată), publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009. Noul Cod penal a intrat în vigoare la data de 1 februarie 2014 conform art. 246 din Legea de punere în aplicare nr. 187/2012 (modificată), publicată în M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

<sup>13</sup> A se vedea S. Bogdan (coord.), D.-A. Șerban, G. Zlati, *Noul Cod penal. Partea specială. Analize, explicații, comentarii. Perspectiva clujeană*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 380.

<sup>14</sup> Pentru mai multe cauze anterioare în care România a fost condamnată la CEDO pentru încălcarea art. 3 din Convenția europeană, a se vedea B. Selejan-Guțan, *România și articolul 3 al CEDO în jurisprudența recentă a Curții Europene a Drepturilor Omului*, în revista „Analele Universității de Vest, Seria Drept” nr. 1-2/2008, pp. 131-140.

## 2.2. Circumstanțele speței

La data de 28 august 2002, reclamantul a fost plasat în detenție în vederea executării unei pedepse de 10 ani închisoare pentru comiterea unor infracțiuni de trafic de droguri. Începând cu data de 28 februarie 2008, a fost deținut în secția de maximă siguranță a penitenciarului București-Rahova.

În data de 27 noiembrie 2008, în jurul orei 12:30, reclamantul împreună cu alți 15 deținuți, au fost scoși din celule și escortați de cinci gardieni mascați cu cagule, către curtea închisorii, pentru plimbarea zilnică. Reclamantul era ultimul din rând. În timp ce se aflau încă pe culoarele închisorii, a izbucnit o altercație între doi dintre deținuți, M.Mi și M.Ma, care se aflau la începutul rândului, la o distanță de aproximativ 15 m de reclamant. Deținutul M.Mi l-a atacat pe M.Ma cu un cuțit în zona gâtului. Alți doi deținuți au intervenit în conflict. În timpul acestui incident, reclamantul a suferit o serie de vătămări. Argumentele părților diferă în ceea ce privește sursa acestor vătămări.

Pe de o parte, potrivit susținerilor reclamantului, la izbucnirea conflictului, o echipă de 10 membri ai trupelor speciale de intervenție, de asemenea mascați cu cagule, au imobilizat deținuții, folosind constrângerea fizică. Când s-a procedat la percheziția corporală a deținuților recalcitranți, asupra reclamantului a fost găsit un cuțit artizanal. În acel moment, unul dintre membrii trupelor de intervenție a început să-i aplice lovituri reclamantului, până ce acesta a căzut la pământ. Ulterior, subcomisarul J.I.D. și alți doi agenți mascați l-au lovit și ei pe reclamant. Și celorlalți deținuți, întinși pe podea, le-au fost aplicate lovituri, iar în tot acest timp, șeful secției de deținere, M.V., și alte două persoane din conducerea penitenciarului, L.V.S. și C.R.C., au asistat la incident fără să intervină.

După aproximativ 30 de minute, deținuții au fost escortați la cabinetul medical din incinta penitenciarului, unde, în prezența unei asistente medicale, M.V., i-a fost solicitat reclamantului să scrie o declarație în care să susțină că a fost bătut de alți deținuți, pe care nu putea să-i identifice. Dată fiind starea precară de sănătate în care se afla, reclamantul a acceptat să scrie acea declarație.

De cealaltă parte, versiunea Guvernului român este că, datorită conflictului și tensiunii create, a fost necesară intervenția membrilor trupelor speciale, pentru a restabili situația, aceștia acționând conform art. 159 alin. (4) din H.G. nr. 1897/2006 (*Regulamentul privind organizarea și executarea serviciului de pază, escortare și supraveghere a deținuților din penitenciare*)<sup>15</sup> folosind

---

<sup>15</sup> H.G. nr. 1897/2006 pentru aprobarea Regulamentului de aplicare a Legii nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, publicată în M. Of. nr. 24 din 16 ianuarie 2007. În prezent abrogată de H.G. nr. 157/2016



mijloace de imobilizare, respectiv cătușe, și forța fizică. Intervenția a fost proporțională cu gradul de rezistență fizică a deținuților și a încetat imediat ce nu a mai fost necesară.

La data de 28 noiembrie 2008, la ora 00:36, reclamantul a fost transportat de urgență la Spitalul Universitar din București. În aceeași zi a fost transferat și operat la un spital clinic de urgență din București, unde i s-a stabilit diagnosticul de traumatism lombar stâng, hematom perirenal stâng, precum și multiple contuzii la nivelul trunchiului și membrelor, cu consecința ablațiunii (extirpării) rinichiului stâng, ca nefuncțional.

Reclamantul a rămas internat la spitalul clinic până la data de 5 decembrie 2008, când a fost transferat la spitalul penitenciarului București-Rahova.

La 30 decembrie 2008, după consultarea reclamantului și a dosarului medical al acestuia, reprezentantul IML Mina Minovici a întocmit un certificat medico-legal din care au reieșit următoarele concluzii: „Dima Gheorghe prezintă leziuni traumatiche – ruptură de rinichi stâng cu hematom retroperitoneal, șoc hemoragic, leziuni ce au putut fi cauzate de lovituri cu un obiect contondent. Leziunile ar putea data din 27 noiembrie 2008. Acestea necesită între 30 și 35 zile de îngrijiri medicale. Leziunile suferite au pus pacientului viața în pericol. În urma pierderii rinichiului stâng, pacientul suferă în prezent de o infirmitate post-traumatică” (par. 20).

Reclamantul a fost astfel înscris în categoria persoanelor ce suferă de un handicap major temporar.

La 8 decembrie 2008, reclamantul a formulat plângere penală la Parchetul de pe lângă Tribunalul București împotriva subcomisarilor J.I.D. și M.V., a comisarului C.R.C., a inspectorului L.V.S. și membrilor trupelor de intervenție. Acuzațiile constau în supunerea la rele tratamente și tortură, abuz în serviciu, lovirea sau alte violențe, infracțiuni pedepsite de art. 267, 267<sup>1</sup>, 146 și 182 C. pen. anterior, în vigoare la data derulării faptelor. În cuprinsul plângerii, reclamantul a descris pe larg incidentul din noiembrie 2008 și a arătat că, imediat după conflict, a fost amenințat că nu va beneficia de consultul medical dacă nu declară că a fost bătut de alți deținuți.

Competența de efectuare a urmăririi penale a fost declinată Parchetului de pe lângă Curtea de Apel București. Reclamantul a solicitat în numeroase rânduri, în cursul lunilor februarie, martie și aprilie 2009, ca cercetările să avanseze. La propunerea reclamantului, au fost audiați unii dintre deținuții implicați în incident, o parte dintre aceștia declarând că au văzut când J.I.D. și M.V. l-au lovit

---

pentru aprobarea Regulamentului de aplicare a Legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, publicată în M. Of. nr. 271 din 11 aprilie 2016.

pe reclamant și, de asemenea, că fuseseră bătuți de membrii trupelor de intervenție din penitenciar. Reclamantul a mai arătat că activitatea din penitenciar era monitorizată de camere de videosupraveghere și a solicitat în probatoriu punerea la dispoziția parchetului a înregistrărilor video de la momentul incidentelor. La solicitarea parchetului, printr-o adresă din 19 mai 2009, reprezentantul penitenciarului Rahova a răspuns că înregistrările video nu se păstrează decât 10 zile și că cele din data de 27 noiembrie 2008 au fost deja distruse.

Prin rezoluția din data de 11 ianuarie 2010, procurorul de la Parchetul de pe lângă Curtea de Apel București a dispus neînceperea urmăririi penale față de J.I.D., M.V. și C.R.C. sub aspectul comiterii infracțiunilor de supunere la rele tratamente, tortură și abuz în serviciu. S-a dispus disjungerea cercetărilor cu privire la membrii trupelor de intervenție sub aspectul comiterii infracțiunilor de lovire sau alte violențe. Pentru a ajunge la această soluție, procurorul a apreciat că nu rezulta cu certitudine din declarațiile martorilor dacă reclamantul fusese lovit de către acuzați și că, în acest caz, dubiul trebuie să profite acestora din urmă.

Reclamantul a atacat această rezoluție cu o plângere la Procurorul general al Parchetului de pe lângă Curtea de Apel București, care însă a respins plângerea prin rezoluția din 1 februarie 2010. În temeiul art. 278<sup>1</sup> C. pr. pen. anterior, în vigoare la acel moment, reclamantul a formulat mai departe plângere la judecătorul de la Curtea de Apel București, în care a solicitat începerea urmăririi penale față de făptuitorii indicați. A mai arătat că urmărirea penală efectuată în cauză nu a fost corectă, imparțială și obiectivă, pentru a putea conduce la aflarea adevărului, și a cerut în mod expres să fie audiați martorii în fața judecătorului, să fie depusă la dosarul cauzei înregistrarea video a incidentului și să fie efectuată o nouă expertiză medico-legală.

Prin sentința din 1 aprilie 2010, Curtea de Apel a respins plângerea reclamantului și a menținut soluțiile de neîncepere a urmăririi penale. Împotriva acestei sentințe reclamantul a formulat recurs. Prin decizia definitivă din 7 iunie 2010, Înalta Curte de Casație și Justiție a respins recursul.

La 15 ianuarie 2014, Parchetul de pe lângă Tribunalul București a dispus începerea urmăririi penale *in rem* sub aspectul comiterii infracțiunii de purtare abuzivă. La 18 februarie 2014, același parchet a dispus continuarea urmăririi penale cu privire la membrii trupelor speciale de intervenție sub acuzația de purtare abuzivă. Suspecții au fost informați de calitatea lor, de faptele pentru care erau suspecți și încadrarea juridică a acestora, fiind ulterior audiați.

Parchetul a audiat un număr de 21 de martori. A fost identificată compania care instalase camerele de videosupraveghere în penitenciarul Rahova, fiind

solicitate mai multe informații referitoare la modalitatea și durata de stocare a imaginilor înregistrate.

La 8 august 2014, reclamantul a fost supus unui test cu aparatul poligraf. Răspunsurile acestuia nu au indicat niciun semn caracteristic unui comportament simulat.

Prin ordonanța din 13 octombrie 2014, Parchetul de pe lângă Curtea de Apel București a infirmat rezoluția de neîncepere a urmăririi penale din 11 ianuarie 2010 cu privire la faptele (ne)reținute în sarcina lui J.I.D., valorificând noile declarații ale unora dintre membrii trupelor de intervenție; declarația dată de unul dintre membrii acestor trupe a confirmat versiunea reclamantului, arătând că J.I.D. „a început să îl calce în picioare pe Dima, să-l înjure și să-l întrebe dacă știa cine era el (J.I.D.) în închisoare ca să-i creeze probleme”.

La 14 octombrie 2014 judecătorul de cameră preliminară din cadrul Curții de Apel București a confirmat redeschiderea urmăririi penale, dosarul cauzei fiind restituit Parchetului de pe lângă Tribunalul București pentru continuarea cercetărilor.

Prin ordonanța din 28 ianuarie 2015 a fost pusă în mișcare acțiunea penală împotriva lui J.I.D. pentru comiterea infracțiunii de purtare abuzivă prevăzută de art. 296 alin. (1) și (2) NCP, precum și pentru comiterea infracțiunii de vătămare corporală, prevăzută de art. 194 alin. (1) lit. a) și e) din același cod.

Din informațiile furnizate de părți, cercetările în acest dosar continuă și în prezent.

### ***2.3. Rapoartele Comitetului European pentru prevenirea torturii și a pedepselor sau tratamentelor inumane sau degradante (CPT)<sup>16</sup>***

Raportul CPT din 11 decembrie 2008 adresat Guvernului României, urmare a unei vizite efectuate de reprezentanții acestuia în perioada 8-19 iunie 2006 în diverse penitenciare din România, conține, între altele, următoarele semnale de alarmă: „74. CPT își exprimă îngrijorarea în ceea ce privește prezența permanentă a trupelor speciale de intervenție care poartă cagule, în anumite secții din penitenciar (...). Mai trebuie adăugat că membrii trupelor de intervenție purtau uniforme de culoare neagră, care se evidențiază foarte bine și erau dotați cu bastoane și spray-uri cu gaze lacrimogene la vedere”. În opinia reprezentanților CPT, „purtarea de cagule face imposibilă identificarea unor potențiali suspecți în cazul în care se aduc acuzații de supunere la rele tratamente” (par. 80).

---

<sup>16</sup> Rapoartele vizitelor CPT, reacțiile guvernelor naționale, declarațiile publice și rapoartele generale se pot găsi pe site-ul CPT – <http://www.cpt.coe.int/romanian.htm>.

De asemenea, în perioada 5-16 septembrie 2010 CPT a efectuat o serie de alte vizite în mai multe penitenciare din România, între care secțiile de deținuți plasați în regim de maximă siguranță la penitenciarul Poarta Albă, precum și secția pentru deținuții minori a penitenciarului București-Rahova. În Raportul din 24 noiembrie 2011, adresat Guvernului român, CPT a reiterat câteva dintre semnalele anterioare și a subliniat din nou că „se opune purtării de cagule de către funcționari angajați în incinta penitenciarului. Acest lucru împiedică mai ales identificarea suspectilor în cazul formulării unor acuzații de supunere la rele tratamente de către persoanele private de libertate (...). Comitetul recomandă autorităților române să ia măsurile necesare în contextul observațiilor ce preced. Mai mult, CPT recomandă ca toate intervențiile trupelor speciale să fie consemnate în detaliu într-un registru special. Aceste trupe de intervenție nu ar trebui folosite pentru a îndeplini sarcini ce revin de obicei personalului care asigură paza și supravegherea”.

#### **2.4. Dreptul aplicabil și argumentele CEDO**

Reclamantul s-a adresat Curții Europene, întemeindu-și cererea pe art. 3 din Convenția europeană, potrivit căruia „Nimeni nu poate fi supus torturii, nici pedepselor sau tratamentelor inumane sau degradante”.

Cererea reclamantului a făcut obiectul obișnuitei analize pe chestiuni de admisibilitate, iar Curtea a declarat-o admisibilă (par. 91).

Analizând apoi fondul cauzei, Curtea a reiterat câteva dintre principiile extrase din jurisprudența în materie, aplicabile în speța Gheorghe Dima. În concret, Curtea a statuat că atunci când o persoană susține în mod întemeiat că a suferit, din partea poliției sau a altor autorități similare ale statului, rele tratamente, această situație, coroborată cu obligația generală impusă Statelor de art. 1 al Convenției (de a recunoaște oricărei persoane aflate sub jurisdicția lor – a Statelor Membre – drepturile și libertățile definite de Convenție), presupune automat și efectuarea unei *anchete oficiale efective* (par. 98)<sup>17</sup>. Dacă acest lucru nu s-ar întâmpla, în pofida importanței sale fundamentale, interdicția legală generală a torturii, respectiv a pedepselor sau tratamentelor inumane sau degradante ar deveni lipsită de eficiență practică și ar fi posibil ca, în anumite cazuri, agenții statului să ignore complet drepturile celor care se află sub controlul lor, bucurându-se de o cavsi-impunitate.

Făcând aplicarea principiilor enunțate anterior (efectivitatea anchetei interne, respectul real al interzicerii torturii și pedepselor sau tratamentelor

---

<sup>17</sup> A se vedea, de asemenea, CEDO, cauza *Ion Bălășoiu c. României* (17 februarie 2015), par. 85, disponibilă în limbile română și franceză la <http://hudoc.echr.coe.int>.

inumane sau degradante) la speța de față, Curtea observă că reclamantul a suferit vătămări grave, confirmate de certificatele medico-legale întocmite în cauză, în perioada cât acesta a fost în regim de detenție, timp în care se afla în responsabilitatea agenților statului. Curtea constată că a fost demarată o anchetă penală internă în decembrie 2008, urmare a plângerii reclamantului, însă rămâne de apreciat asupra diligenței cu care aceasta a fost efectuată (par. 101-102).

În acest sens, Curtea constată că, în ciuda faptului că a fost demarată o anchetă împotriva membrilor trupelor speciale de intervenție în decembrie 2008, aceștia nu au fost audiați decât la începutul anului 2010, așadar la mai mult de un an de la momentul faptelor. Și, deși nu există niciun indiciu că în acest interval de timp ar fi existat înțelegeri între aceștia și angajații penitenciarului, la rândul lor vizați de plângerea reclamantului, simplul fapt că nu au fost luate măsurile adecvate pentru a reduce riscul de conivență între aceste persoane a avut un impact negativ asupra diligenței cu care a fost efectuată ancheta (par. 105).

Curtea a mai observat că membrii trupelor speciale de intervenție și-au modificat declarațiile inițiale date în cursul urmăririi penale: astfel, dacă la început au declarat că deținuții s-au agresat între ei și astfel nu au putut observa cine l-a lovit pe reclamant, ulterior, la aproape 5 ani și 3 luni după incident, au declarat în unanimitate că J.I.D. îl lovide pe reclamant. Or, în contextul acestor noi declarații, toată ancheta anterioară s-a dovedit a fi inutilă (par. 106).

Curtea, surprinsă de această schimbare (prea dezinvoltă) de poziție din partea unor agenți ai statului, care ar trebui să adopte o atitudine mai responsabilă, reamintește cât este de important ca, în cazul unor acuzații de supunere la rele tratamente, suspjecții și martorii să fie audiați într-un cadru legal care să garanteze validitatea probelor administrate.

Lipsa de diligență derivă în viziunea Curții și din împrejurarea că și în prezent se desfășoară o anchetă internă, urmare a redeschiderii urmăririi penale împotriva lui J.I.D. și a completării acesteia față de membrii trupelor speciale de intervenție (par. 110).

### **2.5. Daunele materiale și morale acordate**

Reclamantul a solicitat suma de 2.000 euro cu titlu de daune materiale, constând în cheltuielile de spitalizare și cheltuieli judiciare suportate de acesta pe parcursul procesului, precizând că nu a păstrat documente justificative pentru aceste cheltuieli. A mai solicitat, de asemenea, suma de 500.000 euro cu titlu de daune morale pentru suferințele îndurate. Reclamantul a solicitat și suma de

1.000 euro reprezentând onorariul de avocat, pe care nu l-a achitat, menționând că avocatul l-a asistat *pro bono*, consacrand un interval de timp de 14 ore pentru studiul dosarului și susținerea cererii reclamantului.

Curtea a acordat 7.500 euro cu titlu de daune morale și 1.040 euro cu titlu de cheltuieli globale suportate de reclamant pentru a parcurge procedura în fața Curții.

### **3. Remarci de final**

În seria instrumentelor internaționale de protecție a drepturilor omului, bogata jurisprudență a CEDO în sfera art. 3 din Convenția europeană a generat reguli, standarde și chiar principii, pe cât de valoroase, pe atât de funcționale, ce pot ajuta la definirea, în parametri normativi, a unei libertăți față de tortură și de alte forme de rele tratamente.

Autorii Convenției europene s-au dovedit extrem de creativi și sintetici atunci când au sublimat într-o singură frază toată puterea pe care o conține dreptul fundamental la care se referă articolul în discuție, și anume dreptul oricărei persoane de a nu fi supusă torturii, respectiv pedepselor sau tratamentelor inumane ori degradante (art. 3 este, de fapt, cel mai scurt articol al Convenției europene).

Caracterul inderogabil al art. 3 și obligațiile pe care le impune *erga omnes* acreditează ideea că interzicerea torturii și a celorlalte rele tratamente constituie o parte din *jus cogens* în ierarhia normativă a dreptului internațional.

Dincolo de înțelegerea imediată (dar, superficială și inertă, de multe ori) a importanței sale incontestabile în materia protecției drepturilor omului, jurisprudența CEDO în sfera art. 3 trebuie receptată mai ales în latura sa funcțională. Este de reținut că în analiza existenței unuia dintre cele trei praguri de intensitate<sup>18</sup> la care se referă art. 3 – tortură (1), tratament sau pedeapsă inumană (2), tratament sau pedeapsă degradantă (3), Curtea Europeană uzează de o rețetă extrem de clară: pentru a califica un act drept tortură, sunt necesare ingrediente precum: provocarea unei suferințe deosebite, fizice sau mentale; actul producerii să fie intenționat; subiectul activ să fie calificat – un agent al autorității publice sau o persoană care acționează la comanda acestuia; posibilitatea concretă a survenirii decesului ca urmare directă a suferințelor provocate. La intensitate mai redusă, pentru a fi în prezența unui tratament sau pedepse inumane, suferințele trebuie să fi fost induse pe o durată mare de timp,

---

<sup>18</sup> O analiză în trei straturi/nivele de intensitate pentru aprecierea relilor tratamente este elaborată și de Curtea Interamericană a Drepturilor Omului. Pentru detalii, a se vedea A.-Y. Yutaka, *op. cit.*

să fi fost aplicate cu premeditare și să cauzeze vătămări fizice și suferințe psihice de mare intensitate. În fine, pragul cel mai de jos, și cel mai maleabil, de altfel, este reprezentat de tratamentul sau pedeapsa inumană, iar pentru a stabili un astfel de act, se impune a fi în prezența unui tratament care umilește persoana în fața ei înseși sau în fața altor persoane sau o determină să acționeze contrar voinței sau conștiinței sale.

Acest rețetar prezintă avantaje clare. De exemplu, datorită nivelului mai scăzut de intensitate, cerut pentru a i se constata existența, tratamentul sau pedeapsa degradantă permit Curții să abordeze numeroase aspecte, din domeniul diferite, unele dintre acestea neputând fi vreodată calificate drept tortură. Apoi, recunoașterea nivelului de tratament sau pedeapsă degradantă poate conduce la extinderea sferei de aplicare a noțiunii, astfel încât să permită și formularea unor cereri care ar fi fost declarate ca inadmisibile *ratione materiae*, dacă instanța de la Strasbourg s-ar fi oprit la filtrul primelor două praguri de intensitate.

Faptul că poate fi stabilită o scară ierahică a nivelurilor de intensitate a rețetelor de tratament nu împieteză cu nimic asupra substanței dreptului prevăzut de art. 3 din Convenție, nu îi relativizează și nici nu îi erodează efectele juridice.

Raportat la cât de mult respectă autoritățile judiciare române Convenția europeană și, în special, art. 3, jurisprudența abundentă în sfera acestui articol (inclusiv condamnarea României de dată extrem de recentă) este un indicator în sine. Un indicator care ar trebui să dea de gândit. Mult și imediat.





---

*Secțiunea Contribuții studentești*

---



# Considérations sur la notion de proportionnalité en droit français

Drd. **Monica Marcela Dinu-Bakoş**\*  
Universitatea de Vest Timișoara  
Facultatea de Drept  
Université de Nantes  
Faculté de droit et sciences politiques

## Abstract

*Laws are not perfect but perfectible. We need an instrument of reasoning in order to obtain this improvement, and this instrument is called equity or fairness. The origins of the notions of proportion and proportionality date back to the time of the so called "An eye for an eye" Lex Talionis or "the law of retaliation", which contained the very premises of proportionality. Soon after, proportionality became a fundamental notion with regard to the respect of the adequacy between means and the followed goals. In a democratic society, some limitations to rights and liberties are necessary in order to have fair interactions with one another. This article deals, in this respect, with the notion of proportionality, its interpretation and observance.*

**Keywords:** *proportionality, equity as fairness, rights and freedoms, French Constitution, French criminal law, French penal procedure, human rights, control of proportion, control of disproportion*

## Rezumat

*Legea nu este perfectă, însă este perfectibilă. Avem nevoie de un criteriu, sau instrument, care să ajute la îmbunătățiri progresive în legislație și în practica ei. Acest instrument este echitatea, sau a raționa echitabil. Noțiunea de proporționalitate datează încă din timpurile Legii Talionului, care a și cuprins premisele proporționalității. Treptat, proporționalitatea a devenit o noțiune fundamentală ce vizează și vizează respectarea echilibrului între mijloacele folosite și scopurile urmărite. Într-o societate democratică, limitări ale drepturilor și libertăților se dovedesc a fi necesare în vederea obținerii unei coexistențe echitabile a subiectelor de drept, a cetățenilor. Acest articol tratează anumite aspecte cu privire la noțiunea de proporționalitate, ca o componentă a echității, interpretările, abordările, precum și respectarea acesteia.*

---

\* monica.m.dinu@gmail.com

*Cuvinte-cheie: Proportionalitate, echitate, drepturi și libertăți, Constituția franceză, dreptul penal francez, drept procesual penal francez, drepturile omului, control al proporționalității, control al disproporționalității*

La loi n'est pas parfaite, mais elle est perfectible. On a besoin d'un instrument de raisonnement pour obtenir cette amélioration progressive, et cet instrument s'appelle *l'équité*, ou *raisonner de façon équitable*. La loi du Talion «*œil pour œil, dent pour dent*» exprime très clairement les prémices d'une proportionnalité. Très tôt, *la proportionnalité* s'est révélée être une notion fondamentale en ce sens qu'elle met en exergue la nécessité d'une adéquation entre des moyens et un but recherché.

Dans une société démocratique, des limitations des droits et des libertés sont nécessaires afin de vivre équitablement ensemble. Néanmoins, pour être acceptées, ces restrictions doivent être *proportionnées aux buts recherchés*. Par ailleurs, il existe des droits considérés comme absolus (ex. droit de ne pas être soumis à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant), c'est-à-dire qu'ils ne peuvent souffrir d'aucune limitation dans leur substance parce que ce sont des droits indissolublement liés à la personnalité humaine, comme le droit à la vie qui est le plus important et à partir duquel le reste de ces droits découlent.

Pour faire référence au principe de proportionnalité, il est nécessaire de le faire dans le corollaire d'un système démocratique. Pour autant, il n'y a pas de *théorie générale de la proportionnalité* posée par les textes de façon directe, mais il existe plusieurs références à celle-ci par l'intermédiaire des autres principes, comme par exemple celui de légalité<sup>1</sup>. Par ailleurs, cette notion revêt deux aspects: le principe de proportionnalité, qui s'impose au législateur dans l'élaboration des lois, et un contrôle de proportionnalité exercé par les juges dans l'application concrète de la règle. La proportionnalité s'apprécie particulièrement par rapport à la gravité de l'atteinte issue de la restriction portée par le législateur aux droits et aux libertés individuelles. On peut logiquement déduire que la proportionnalité est tout à la fois une *exigence normative* et une *technique de contrôle*. Néanmoins, on peut voir ce concept comme faisant partie d'une autre notion, plus vaste, qui représente l'équilibre, au moins en droit pénal, sinon dans le droit civil aussi, entre les acteurs principaux du «rapport pénal de conflit» cette notion étant l'équité.

---

<sup>1</sup> Emmanuel Dreyer souligne dans son œuvre *Droit pénal général*, 3<sup>e</sup> Edition, LexisNexis 2014, p. 199 et suiv. le fait « qu'une incrimination n'est légitime que si elle s'avère absolument nécessaire: les exceptions au principe de liberté doivent rester d'interprétation stricte...la nécessité de l'incrimination se double alors d'une exigence de proportionnalité dans la sanction retenue ».

La proportionnalité apparaît alors comme une notion centrale<sup>2</sup>, qui occupe une place prépondérante, il n'en reste pas moins qu'elle n'est pas consacrée explicitement et indépendamment dans les textes normatifs français et aussi roumains.

Au niveau des sources de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la Convention Européenne des Droits de l'Homme ne fait pas explicitement et directe référence à la «*proportionnalité*». Cependant, de nombreux adjectifs et phrases y font implicitement référence tels que les termes «*raisonnable*» et «*nécessaire*» qui conduisent la Cour à exercer un contrôle de proportionnalité. Ces termes sont présents dans divers articles de la convention. Par exemple, deux articles: l'article 18 de la Convention, sans mentionner le terme de proportionnalité, fait immédiatement référence au principe. En effet nous pouvons lire que «*Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées aux dits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues*»<sup>3</sup> On peut déduire d'ici l'obligation de maintenir la proportionnalité qui existe, *ab initio*, en ce qui concerne les restrictions, comme étant la limite qu'il ne faut pas dépasser si on veut aboutir à un but spécifique et juste et non pas le dépasser avec des mesures trop dures par rapport au contexte et qui ne s'expliquent pas d'un point de vue équitable pour la partie visée. Egalement, la proportionnalité peut être relevée au sein de l'article 10 de la CEDH: «*L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire*». Ce sont ces différentes références, en tant que base, qui ont permis à la Cour Européenne des Droits des Hommes d'exercer un contrôle de proportionnalité.

Au niveau de la Cour Constitutionnelle française, comme au niveau de la Cour Constitutionnelle roumaine, il n'y a pas de principe général de proportionnalité qui soit imposé par les textes ou déduit d'eux. Cependant,

---

<sup>2</sup> Partie intégrante dans une autre notion centrale – l'équité et du principe de la légalité *grosso modo*.

<sup>3</sup> Convention Européenne des Droits de l'Homme, telle qu'amendée par les Protocoles nos 11 et 14, complétée par le Protocole additionnel et les Protocoles nos 4, 6, 7, 12 et 13 ([http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf)).

certaines dispositions imposent: soit la nécessité<sup>4</sup>, soit la proportionnalité de certaines mesures par rapport au but poursuivi, soit l'adéquation des moyens employés au but poursuivi.

S'agissant de savoir si ce sont des dispositions explicites ou implicites, on peut dire que la majorité des dispositions impliquant un contrôle de proportionnalité figurent dans des textes auxquels renvoie le Préambule de la Constitution française de 1958, comme l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789: «*Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi*»; l'article 11 de la même déclaration: «*La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme: tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.*»<sup>5</sup>; l'article 5 de la Charte française de l'environnement de 2004: «*Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.*» On peut voir dans le dernier exemple une référence législative française explicite tardive, en 2004. Il n'existe pas d'autres références à ce principe puisque les normes de références utilisées par le Conseil se trouvent exclusivement dans le bloc de constitutionnalité.

Par conséquent, la Constitution française prévoit que les droits et les libertés puissent faire l'objet de limitations. Cependant, il n'existe pas de disposition générale à cette fin. Pour autant, les limitations des droits et des libertés dans les textes mêmes qui les instituent sont rares. En réalité, les limitations des droits fondamentaux résultent des nécessités inhérentes à l'exercice d'autres droits fondamentaux de valeur équivalente en l'absence de hiérarchie entre ces droits, mais il est absolument besoin de conserver un équilibre de l'exercice lui-même, par des limites proportionnelles. Enfin, au niveau des sources de la Cour de Cassation française, par la loi de 15 août 2000, le législateur a introduit un article préliminaire dans le Code de Procédure Pénale. Cet article préliminaire pose certains principes fondamentaux et directeurs qui doivent guider l'ensemble de la procédure pénale.

---

<sup>4</sup> Il n'est pas le cas encore en Roumanie, où les juridictions supérieures sont encore assez timides sur cet aspect. De plus, il n'existe pas dans la législation pénale roumaine de référence explicite à cette notion de nécessité d'imposer une mesure restrictive.

<sup>5</sup> Une limitation proportionnelle et légale de la libre expression.

Dans cet article, la loi fait explicitement référence au principe de proportionnalité: «*les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne*». Par l'énonciation de ce principe dans l'article préliminaire du CPP<sup>6</sup>, le législateur souhaite qu'on établisse une limite au-delà de laquelle l'atteinte à la liberté devient inacceptable. En effet, le principe de proportionnalité est essentiel dans le droit pénal de fond et dans la procédure pénale puisqu'il permet de réguler l'intensité de la contrainte. Ainsi, il trouve de nombreux terrains d'application tels que la garde à vue, les perquisitions, la géolocalisation, les écoutes téléphoniques, etc. Cette référence au principe de proportionnalité dans l'article préliminaire du ledit code est l'une de rares sources qui se veut explicite parmi toutes les sources que l'on vient d'évoquer. Ainsi, cette référence explicite est arrivée tardivement, en 2000, et elle se trouve dans une source placée en bas de l'échelle des normes, puisque si on se réfère à la pyramide de Kelsen, la loi est toujours en dessous de la Constitution et des conventions. Cette constatation semble regrettable aux vus de la place prépondérante et de l'importance de ce principe dans les sociétés démocratiques.

Les enjeux de cette notion sont manifestes et criants en ce qu'elle permet de rechercher et trouver un équilibre en procédant à une balance équitable des intérêts en jeu. De fait, la proportionnalité est une forme de garde-fou contre le déséquilibre. Par conséquent, cela peut se résumer par le précepte: «*la fin ne justifie pas toujours les moyens*». Et le facteur d'équilibre qui entraîne la proportionnalité est *lato sensu* ce qu'on appelle l'équité.

**1.** La pluralité d'acteurs du contrôle de proportionnalité en France. Le Conseil constitutionnel français. Le Conseil constitutionnel a été institué par la Constitution de la Ve République en 4 octobre 1958. C'est une juridiction dotée de compétences variées, notamment du contrôle de conformité de la loi à la Constitution, institution qui a ces pouvoirs<sup>7</sup>. Mais, le Conseil n'est pas une cour suprême au-dessus du Conseil d'État et de la Cour de cassation. La compétence du Conseil constitutionnel est délimitée par la Constitution et est précisée et complétée par des lois organiques. Les attributions que lui confient les textes peuvent se ranger en deux catégories: une compétence juridictionnelle, qui comprend deux contentieux distincts: le contentieux normatif qui juge de la

---

<sup>6</sup> CPP abbrev. – Code français de procédure pénale.

<sup>7</sup> Comme notre Cour Constitutionnelle.

constitutionnalité des lois, il exerce soit un contrôle *a priori*, soit un contrôle *a posteriori* et le contentieux électoral et référendaire.

L'autre compétence est celle consultative pour l'avis de mise en œuvre de l'Etat d'urgence, par exemple. Depuis 2010, il a été constaté que le Conseil constitutionnel rend annuellement deux à trois fois plus de décisions qu'avant la réforme de la question prioritaire de constitutionnalité et encore beaucoup plus qu'avant l'ouverture de la saisine aux parlementaires en 1974. Ce formidable essor de la jurisprudence constitutionnelle résulte essentiellement de la conjonction de deux éléments: celui jurisprudentiel: par la reconnaissance de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et Préambule de 1946 dans les normes constitutionnelles de référence la décision *Liberté d'association*<sup>8</sup> est une des grandes décisions du Conseil constitutionnel français, dans laquelle il amorce une «révolution constitutionnelle». Il se positionne aussi en gardien des libertés fondamentales qui était la consécration de son rôle de garant des droits et libertés, et celui institutionnel caractérisé par deux révisions constitutionnelles déterminantes: l'ouverture du droit de saisir d'une loi ordinaire à une minorité de parlementaires<sup>9</sup> en 1974, et la création de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), qui permet à tout justiciable, dans le cadre d'une instance engagée devant une juridiction, de faire valoir que la loi qu'on souhaite lui appliquer est contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution assez récent en France, en 2008. Dans ce cadre il existe désormais la possibilité de saisine du Conseil sur renvoi de la Cour de Cassation française ou du Conseil d'Etat.

2. La Cour de Cassation française. La Cour de cassation est la juridiction située au rang le plus élevé de l'ordre judiciaire français. La finalité essentielle de cette Cour est d'unifier la jurisprudence, de faire en sorte que l'interprétation des textes soit la même sur tout le territoire français. C'est l'unicité de la juridiction qui permet l'uniformité de l'interprétation. Elle ne constitue pas un troisième degré de juridiction. Elle a pour rôle d'examiner les jugements qui lui sont soumis par la voie du pourvoi, afin de déterminer s'ils respectent ou non la loi. Ainsi, la Cour de Cassation n'a pas vocation à revenir sur la l'analyse et la qualification juridique des faits opérées souverainement par les juges du fond. Elle examine seulement si le jugement qui lui est soumis est ou non en conformité avec la loi. C'est pourquoi les français disent usuellement que la

---

<sup>8</sup> Nom donné à la décision n° 71-44 DC, relative à une loi « complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ».

<sup>9</sup> 60 députés ou 60 sénateurs.



Cour de Cassation est un *juge de droit*<sup>10</sup>. Pour constater cela, il suffit de regarder les différents cas d'ouverture de cassation: «manque de base légale», «violation de la loi», «défaut de motif», «contradiction de motifs» et «défaut de réponse à conclusions».

En référence à cette fonction de *contrôleur de légalité*, la Cour de Cassation a parfois été qualifiée de «*bras armé du législateur*». C'est d'ailleurs pour cela que Christophe Jamin a pu constater que la Cour de Cassation jouissait d'une «autorité statutaire»<sup>11</sup>. Cela signifie que puisque la Cour de Cassation est le bras armé du législateur, elle tient son autorité de l'Etat et n'aurait donc pas besoin, en plus du syllogisme et des motivations brèves, des affirmations exclusivement techniques pour être légitime.

Ainsi, la Cour de Cassation se contente de motiver ses arrêts exclusivement en droit en faisant simplement apparaître le syllogisme judiciaire qu'elle a appliqué, c'est-à-dire: détermination de la règle de droit applicable, reprise des faits tels qu'analysés par les juges du fond et application de la règle aux faits. La motivation des arrêts de cassation a donc pour particularité d'être assez succincte, tandis que d'autres cours suprêmes déploient une argumentation détaillée. Christophe Jamin précise que ces différences sont dues au fait que ces deux juridictions s'inscrivent dans deux systèmes juridiques différents et qu'elles ne sont pas de même nature. Suite à cette hypothèse, il est possible de souligner deux problèmes: le premier concerne le fait que la Cour de Cassation ne soit autorisée qu'à juger le droit car elle se trouve dans une situation instable entre les juridictions du fond et la CEDH qui jugent toutes en fait et en droit; la *motivation brève* de ses arrêts peut être remise en question. En effet, on peut se demander si «l'autorité statutaire» de la Cour de Cassation suffit pour légitimer le choix de telle interprétation par rapport à telle autre et si elle ne doit pas se combiner avec une «autorité argumentative» en vertu d'un facteur d'équité face aux acteurs du procès. Ces deux problèmes tendent à être résolus par la mise en œuvre du principe de proportionnalité par la Cour de Cassation, principe qui l'invite à une prise en compte croissante des faits.

Il existe donc une pluralité d'acteurs en France qui sont tous en charge de contrôler la proportionnalité. Nous allons maintenant s'intéresser au contenu même des contrôles.

**3. Plusieurs institutions pour une pluralité de contrôle.** La Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales

---

<sup>10</sup> Par opposition aux juges du fond, qui jugent en fait et en droit.

<sup>11</sup> [https://www.courdecassation.fr/cour\\_cassation\\_1/reforme\\_cour\\_7109/juger\\_motiver.\\_31563.html](https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/juger_motiver._31563.html).

a pour but, comme son nom l'indique, de protéger et de garantir les droits de l'homme et les libertés fondamentales des individus. Au sein de la Convention, plusieurs types de droits sont répertoriés. On y retrouve essentiellement les droits de la première génération: les droits civils et politiques. Parmi ces droits, une distinction peut être faite entre les *droits absolus* et les droits qu'on appelle *conditionnels*. Selon le contenu de cette Convention, il existe en son sein quatre droits absolus: le droit de ne pas être soumis à la torture, à une peine ou à un traitement inhumain ou dégradant<sup>12</sup>, le droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude<sup>13</sup>, le droit de ne pas être condamné pour un comportement qui ne constituait pas une infraction lorsqu'il s'est produit et le droit de ne pas se voir infliger, pour une infraction, une peine plus forte que celle applicable lors de sa commission<sup>14</sup>. Ces droits absolus ne peuvent pas être restreints ou suspendus même en cas de danger public. Alors que les *droits absolus* ne peuvent subir aucune restriction, les droits *conditionnels*, présents aux articles 8 à 11 de la Convention, peuvent faire l'objet d'ingérences de la part de l'État lorsque certaines conditions sont remplies. Ces articles concernant le droit au respect de la vie privée et familiale<sup>15</sup>, la liberté de conscience et de religion<sup>16</sup>, la liberté d'expression<sup>17</sup> et la liberté d'association et de réunion<sup>18</sup>, sont rédigés selon le même modèle: le premier paragraphe énonce le droit garanti et le second énumère les exceptions à ce droit. De ce fait, le contrôle de proportionnalité connaît son application au sein des droits conditionnels présents dans la Convention et dans les différents protocoles additionnels (notamment protocole n°1 dans son article 1<sup>19</sup>). Ce qui est vraiment inquiétant est le fait que le contrôle de proportionnalité est inexistant au sein des droits absolus.

Alors que les articles 8, 9, 10 et 11 peuvent faire l'objet de restrictions qui peuvent trouver leur justification dans le respect de la réputation d'autrui et de ses droits ou lorsqu'il semble nécessaire pour le maintien de l'ordre public et de la sécurité, la Cour Européenne affirme quand même que ces limitations imposées aux droits ne sauraient méconnaître leur essence même. Les juges de Strasbourg vont alors effectuer *un contrôle de conventionalité*. Lorsqu'une

---

<sup>12</sup> Art. 3 CEDH

<sup>13</sup> Art. 4 CEDH

<sup>14</sup> Art. 7 CEDH

<sup>15</sup> Art. 8 CEDH

<sup>16</sup> Art. 9 CEDH

<sup>17</sup> Art. 10 CEDH

<sup>18</sup> Art. 11 CEDH

<sup>19</sup> « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».

ingérence existe, le contrôle consiste à observer: si cette ingérence est prévue par la loi, si elle vise un but légitime et si elle est nécessaire dans une société démocratique.

Sur la notion et la définition de la «loi», dans toute une série d'arrêts sur les articles 8 à 11 de la Convention, la Cour a dégagé trois éléments constitutifs de la notion. La Cour doit constater que: le système juridique interne sanctionne l'infraction, la disposition juridique en cause est accessible au citoyen et que la disposition est suffisamment précise pour permettre raisonnablement au citoyen de prévoir les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé<sup>20</sup>. Concernant le but légitime de l'ingérence, il est constaté que dans des circonstances particulières, celle-ci peut être justifiée par des motifs d'intérêts particuliers énoncés expressément dans la loi<sup>21</sup>. Concernant la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique, la Cour a implicitement identifié certains droits de la convention comme étant les plus essentiels. Pour toute ingérence aux droits considérés comme essentiels des articles 8 à 11, les buts légitimes doivent s'interpréter de façon stricte.

La Cour a notamment affirmé au sujet de la liberté d'expression que *«le pluralisme, la tolérance et l'ouverture d'esprit font parties des fondements essentiels d'une démocratie et que la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité et qu'elle commande un équilibre qui assure à la minorité un juste traitement et évite tout abus d'une position dominante»*<sup>22</sup>. On comprend ainsi que *«la liberté d'expression vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique»*<sup>23</sup>.

Pour ce qui est de la preuve du caractère proportionné de l'ingérence, la Cour Européenne semble exprimer l'idée, dans certaines décisions, que les droits garantis par la Convention ont la priorité et que c'est à l'État qu'incombe la charge de la preuve. Les motifs doivent ainsi apparaître «pertinents

---

<sup>20</sup> Steven Greer, *La marge appréciation: interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Dossiers sur les Droits de l'Homme no. 17, Editions du Conseil de l'Europe, 2000, p. 17.*

<sup>21</sup> Par exemple, dans les articles 8 à 11, les buts légitimes sont expressément prévus aux 2ème alinéas des articles: article 8 alinéa 2 sur le droit au respect de la vie privée et familiale, « les restrictions doivent s'avérer nécessaire pour assurer soit la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

<sup>22</sup> A notre avis, il s'agit d'une définition de l'équité que la Cour a donnée, dans ce contexte.

<sup>23</sup> CEDH *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49

et suffisants», la nécessité d'une restriction doit être «établie de façon convaincante», les exceptions prévues pour restreindre les droits sont d'interprétation stricte et l'ingérence doit répondre à «un besoin social impérieux».

En revanche, dans d'autres décisions, on se rend compte que la Cour préconise la nécessité d'un équilibre entre le droit protégé et son exception. Dès lors, la charge de la preuve reposera sur le requérant qui devra démontrer que l'ingérence était disproportionnée. La Cour oscille donc entre ces deux tendances, tantôt en faveur de la priorité aux droits protégés par la Convention, tantôt en faveur de l'équilibre entre droits et exceptions, et ça nous fait penser que c'est un point faible en ce qui concerne la stabilité de la jurisprudence européenne; qui n'est pas précise en ce qui concerne ce sujet. Par conséquent, la Cour contrôle la finalité de la mesure litigieuse et sa nécessité. De fait, le principe de proportionnalité est au cœur de son contrôle en ce que la mesure attentatoire au droit *doit être proportionnée par rapport au but poursuivi*. Cette Cour Européenne, en charge de ce contrôle, apparaît alors comme *une sorte de quatrième instance*.

Pour apprécier la proportionnalité d'une ingérence dans un droit, le juge doit examiner l'impact sur ce droit, les motifs de l'ingérence, les effets que l'ingérence a eu sur la personne restreinte dans son droit et le contexte particulier de l'affaire. De plus, la Cour Européenne opère systématiquement un contrôle minimal de la proportionnalité mais son intensité variera selon l'espèce. Bien que les Etats doivent respecter les trois limites évoquées précédemment<sup>24</sup>, la Cour n'impose pas une application uniforme de la Convention aux États. Cela signifie qu'elle leur reconnaît une certaine *marge d'appréciation*. A l'origine, cette marge d'appréciation n'était tolérée que pour l'article 15 de la Convention<sup>25</sup>.

Par la suite, à partir de 1976, la jurisprudence de la Cour a étendu cette marge d'appréciation à toutes les clauses de la convention, en consacrant ainsi un véritable principe de subsidiarité. Ce principe défend l'idée selon laquelle les États sont les mieux placés pour assurer la protection effective des droits consacrés par la convention, et si besoin est, pour les restreindre. Une justification normale, en tenant compte du fait qu'une juste individualisation peut se faire en considération du spécifique socio-historique et moral, des traditions et des lois nationales de chaque État, à un moment donné, dans un temps donné. L'arrêt *Lautsi c. Italie* illustre parfaitement cette prise en compte

---

<sup>24</sup> Ingérence prévue par la loi, nécessaire dans une société démocratique et poursuivant un but légitime.

<sup>25</sup> Dérogation en cas d'état d'urgence.

de la marge d'appréciation des États par le juge européen. Il s'agissait en l'espèce de la présence du crucifix dans les établissements scolaires publics.

La Cour Européenne n'a pas sanctionné l'Italie, parce qu'elle a pris en compte la tradition historiquement religieuse de ce pays. L'issue de cette affaire n'aurait pas été la même pour tous les États, mais du fait de l'histoire très religieuse de l'Italie, la Cour tenant au respect du principe de subsidiarité ne l'a pas sanctionnée<sup>26</sup>. Dès lors, certes, la Cour est tenue de respecter une certaine marge d'appréciation des États, mais elle constate également qu'il lui revient, en dernier ressort, de déterminer si le but et la nécessité d'une atteinte aux droits sont compatibles avec la Convention. Il est donc très difficile de prévoir l'étendue de la marge d'appréciation qui sera accordée aux autorités dans certaines affaires. En revanche, concernant les articles 8 à 11, la Cour ne laisse que très peu de place pour les différences nationales, c'est-à-dire la marge d'appréciation des États y paraît plutôt restreinte. Le protocole 15, qui n'a pas été encore ratifié par tous les États, a notamment pour objet de consacrer le principe de subsidiarité, non pas dans le texte même de la Convention mais dans son préambule. Cela constituerait une véritable révolution dans le sens où la Cour Européenne verrait sa marge d'appréciation réduite quant à ses méthodes d'interprétation.

4. La Cour de Cassation et le contrôle qu'elle exerce. La Cour de Cassation est juge de conventionalité, depuis l'arrêt *Jacques Vabres* de sa chambre mixte, du 24 mai 1975<sup>27</sup>. Par cet arrêt, elle reconnaît la primauté des engagements internationaux ratifiés par la France sur la loi nationale<sup>28</sup> et accepte d'exercer le contrôle de conventionalité. Ainsi, la Cour de Cassation a pour rôle de juger si les décisions rendues par les juges du fond sont en conformité avec les engagements que la France a ratifié, notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH).

La Cour de Cassation, en tant que juge de la conventionalité, est amenée à mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité lorsque des droits fondamentaux sont en jeu. Ce contrôle consiste à pondérer les intérêts en présence, sachant que ces intérêts sont propres à chaque espèce. La balance des intérêts consiste à mesurer la portée de chacun des intérêts en jeu intrinsèquement et relativement les uns par rapport aux autres. De nombreux arrêts de cette juridiction française illustrent la mise en œuvre du principe de proportionnalité.

---

<sup>26</sup> <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104040>.

<sup>27</sup> <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006994625>.

<sup>28</sup> Elle affirme ça par rapport à l'ordre juridique communautaire.

Un exemple récent, en matière de procédure pénale française, est l'arrêt de la Chambre criminelle de 8 juillet 2015. Cet arrêt concernait trois choses: une perquisition dans des locaux d'habitation en dehors des heures légales pour l'instruction<sup>29</sup>, une géolocalisation réalisée antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 28 mars 2014 durant la phase d'enquête<sup>30</sup> et la réalisation d'écoutes téléphoniques, pendant l'enquête, successivement sur deux lignes dont était titulaire une même personne<sup>31</sup>. La Cour de Cassation est fortement encouragée par la Cour européenne pour mettre en œuvre ce contrôle de proportionnalité et, donc, prendre en compte les faits dans son raisonnement. La Cour européenne n'a pas d'ailleurs hésité de condamner la juridiction française à plusieurs reprises. Mais, dans ses arrêts, la Cour de Cassation française continue de motiver simplement en droit. Pourtant, il apparaît difficile pour la Cour de Cassation d'exercer équitablement la balance des intérêts, donc le contrôle de proportionnalité, si elle ne prend pas en compte les faits. Ainsi, on peut voir que ce principe amène la Cour de Cassation à briser les frontières entre le droit et le fait et à les prendre en compte tous les deux lorsqu'elle rend ses arrêts.

Par deux arrêts de 2011 et de 2013, la Cour de Cassation prend un tournant concernant la prise en compte des faits de l'espèce. Ces deux arrêts visaient la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité et son implication dans la prise en compte croissante des faits par la Cour de Cassation. Dans un premier temps, par un *arrêt de l'Assemblée plénière de 15 avril 2011*<sup>32</sup>, la Cour de cassation reconnaissait l'autorité interprétative des arrêts de la CEDH<sup>33</sup>. Cette autorité interprétative signifie que les Etats doivent appliquer la solution européenne sans attendre que le législateur veuille bien se donner la peine de l'adopter<sup>34</sup>. Les arrêts de la CEDH, du 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*<sup>35</sup>, et du 13 octobre 2009, *Dayanan c. Turquie*<sup>36</sup>, exigent la présence de l'avocat dès le

---

<sup>29</sup> Défaut de motivation de l'ordonnance du Juge d'instruction. Elle doit être annulée – [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambre\\_criminelle\\_578/3647\\_8\\_32305.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/3647_8_32305.html).

<sup>30</sup> La chambre criminelle met en balance la vie privée des personnes et la sécurité publique. Raisonnement: ingérence (géolocalisation et sa durée) proportionnée par rapport à l'importance des infractions.

<sup>31</sup> Jugée comme n'étant pas disproportionnée car elle était une mesure nécessaire à la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales. Mais dans ce cas précis, la Cour de Cassation interprète la loi à sa manière pour faire pencher la balance dans le sens de sa décision.

<sup>32</sup> Cour de Cassation, Assemblée plénière, 15 avril 2011, 10 17.049 <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023908698>.

<sup>33</sup> *Code de procédure pénale* annoté par Gilbert Azibert, 28<sup>e</sup> Édition 2016, Ed.: LexisNexis, pp. 96 et 97.

<sup>34</sup> Ne pas attendre d'être attaqué ou que la législation soit effectivement modifiée.

<sup>35</sup> <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893>.

<sup>36</sup> <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94940>.

premier stade de la garde à vue<sup>37</sup>. Ils ont une autorité interprétative, c'est-à-dire les Etats doivent appliquer la solution européenne sans attendre que le législateur veuille bien se donner la peine de l'adopter. Le problème était qu'en France le législateur n'avait pas régularisé la situation puisqu'il y avait toujours l'art 63-4, al 1 à 6 CPP (contraire à l'art 6§1 CEDH). Donc, dans son arrêt de 2011, la Cour de Cassation a reconnu que le fait de ne pas bénéficier d'un avocat dès le premier stade de la garde à vue était in conventionnel et elle se fondait sur les arrêts *Salduz c. Turquie* et *Danayan c. Turquie*<sup>38</sup>. Ils existent des exemples très clairs dans la jurisprudence française en ce sens: comme celui du 15 avril 2011<sup>39</sup>.

Ainsi, la Cour de Cassation n'hésite plus à faire jouer le principe de proportionnalité afin d'écarter, pour des raisons factuelles, une disposition de la loi française qui lui paraît, dans le cas de l'espèce, contraire à la CESDH. On voit bien que l'application du contrôle de proportionnalité, et donc la prise en compte des faits, permet à la Cour de Cassation de infléchir la rigidité de la règle de droit, voire l'écarter, lorsque son application apparaît totalement inopportune, au vu des faits. Une bonne chose, si on regarde du côté de l'équité. Mais la révolution amorcée par la Cour de Cassation dans la prise en compte des faits

---

<sup>37</sup> [http://cnb.avocat.fr/La-CEDH-reaffirme-que-le-droit-fondamental-a-un-proces-equitable-exige-l-assistance-d-un-avocat-des-le-premier-stade-de\\_a732.html](http://cnb.avocat.fr/La-CEDH-reaffirme-que-le-droit-fondamental-a-un-proces-equitable-exige-l-assistance-d-un-avocat-des-le-premier-stade-de_a732.html).

<sup>38</sup> Cass. ass. plen., 15 avr 2011, no. 10-17.049: *Bull.* 1.

<sup>39</sup> Quatre personnes de nationalité étrangère en situation irrégulière ont été interpellées puis placées en garde à vue, l'une pour vol, les trois autres pour infraction à la législation sur les étrangers. A l'issue de ces gardes à vue, un arrêté de reconduite à la frontière puis une décision de placement en rétention ont été pris à leur encontre. Le préfet ayant saisi le juge des libertés et de la détention d'une demande de prolongation de la rétention, les personnes retenues ont contesté la régularité de la procédure en soutenant qu'elles n'avaient pas bénéficié de l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue et durant leur interrogatoire. Statuant sur l'appel interjeté contre les décisions du juge qui avaient soit ordonné, soit refusé d'ordonner la prolongation de ces mesures de rétention, le premier président de la cour d'appel de Lyon a considéré la procédure régulière, tandis que le premier président de la cour d'appel de Rennes l'a jugée irrégulière; un autre exemple: Chambre civile 1, 4 décembre 2013: A et B sont mariés. B meurt. A se marie avec C (qui est le père de B). La loi pose un délai de 30 ans pour s'opposer à un mariage incestueux (en l'occurrence entre alliés), art. 184 C. civ. Le mariage a été contesté 22 ans après sa célébration. La contestation est faite dans le délai prévu mais après plus de 20 ans de mariage quand même. La Cour de cassation casse, sous le visa de l'art 8 CESDH, l'arrêt de la cour d'appel, qui avait annulé le mariage. Elle écarte l'application des règles du code civil relevant de l'espèce matrimonial au motif que le prononcé de la nullité du mariage revêtait, à l'égard de la veuve (par rapport au beau-père), le caractère d'une ingérence injustifiée dans sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de 20 ans. La Cour de Cassation met donc en balance la loi au regard de l'opposition matrimoniale avec le droit au respect de la vie privée et familiale de la veuve. Pour faire primer ce dernier, la Cour de Cassation avance des raisons factuelles: union célébrée sans opposition et d'une durée supérieure à 20 ans. On voit donc qu'ici la Cour de Cassation fait grandement dépendre sa décision du contexte factuel.

est encore timide. Il suffit pour cela de se référer aux arrêts de 2015, dans lesquels la Cour de Cassation française se contente encore de motiver ses arrêts uniquement par un syllogisme judiciaire, sans y faire apparaître les faits. Sur ce point, si cette “révolution” se concrétisait, cela permettrait de faire évoluer la motivation des arrêts de cassation. Comme on l’a vu précédemment, le sens que la Cour va choisir de donner au texte va dépendre du résultat de la balance des intérêts qu’elle aura effectué dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Il serait donc opportun que la Cour mette à jour et départage les «considérations juridiques» en «pondérant les intérêts» en jeu, et surtout de *faire voir* comment elle les pondère.

5. Le contrôle de proportionnalité sous l’angle du contrôle juridictionnel exercé par le Conseil Constitutionnel français. Cheminement du Conseil: par le biais de l’art. 34 de la Constitution française, le Conseil rappelle constamment «*qu’il appartient au législateur, en vertu de l’article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l’exercice des libertés publiques*». On en déduit que le législateur doit opérer un travail de conciliation entre les principes constitutionnels susceptibles d’entrer en conflit. Ensuite, la conciliation effectuée par le législateur est contrôlée par le Conseil lorsqu’il est saisi de la loi en cause. C’est ainsi que le Conseil contrôle la conciliation effectuée par le législateur entre par exemple: «le respect de la vie privée» et «la sauvegarde de l’ordre public», ou «les exigences de l’ordre public et la liberté d’expression».

Par conséquent, la place du juge constitutionnel est primordiale dans cet équilibre, car il n’y a pas de principe général de proportionnalité imposé par les textes, ou déduit d’eux. De plus, souvent les textes sont anciens et doivent faire l’objet d’une interprétation ou d’une actualisation à la lumière de conventions internationales de protection des droits fondamentaux. En ce sens, une décision importante est celle du Conseil Constitutionnel du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté<sup>40</sup>: le Conseil y affirme très clairement que les atteintes portées à l’exercice des libertés en cause «*doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l’objectif de prévention poursuivi*». C’est pour la première fois que le Conseil distingue aussi nettement les trois éléments du contrôle de proportionnalité<sup>41</sup>, parachevant par là-même une évolution commencée au début des années 90.

---

<sup>40</sup> [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2008/2008-562-dc/decision-n-2008-562-dc-du-21-fevrier-2008.123\\_18.html](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2008/2008-562-dc/decision-n-2008-562-dc-du-21-fevrier-2008.123_18.html).

<sup>41</sup> Adéquation, nécessité, proportionnalité au sens strict.



La technique utilisée par le Conseil pour contrôler les restrictions apportées par le législateur aux droits et aux libertés est la technique du *triple test*, par laquelle il contrôle *l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité*. Celle-ci n'est pas une technique inventée par le Conseil, ni une technique à laquelle il recourt de façon méthodique et généralisée. Il y a peu de cas où les trois éléments du triple test sont utilisés simultanément pour contrôler la limitation d'un droit ou d'une liberté.

Souvent, seulement un de ces éléments est retenu, parfois deux, et rarement trois. Donc, pour juger de la proportionnalité d'une mesure ou d'une loi, les critères d'appréciation retenus par le Conseil Constitutionnel sont: le contrôle de l'adéquation, qui consiste à vérifier si la mesure décidée par le législateur n'est pas gratuite, c'est-à-dire qu'elle a un lien raisonnable avec l'objectif poursuivi car, sinon, il s'agirait d'un détournement de pouvoir; le contrôle de la nécessité, qui consiste à estimer si la mesure en cause n'est pas excessive par rapport à l'objectif poursuivi, mais il ne recherche pas s'il existe une mesure alternative moins attentatoire. Il trouve à s'appliquer lorsque la sécurité juridique ou une liberté individuelle sont en jeu. Il vise à respecter pleinement l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789<sup>42</sup>, donc l'interdiction de toute rigueur qui ne serait pas nécessaire (par exemple, l'allongement de la durée de la garde à vue en cas de criminalité ou de délinquance organisée). Enfin, le contrôle de la proportionnalité, au sens strict, par lequel il vérifie si les moyens décidés sont équilibrés, proportionnés par rapport à l'importance de l'objectif poursuivi. Cependant, le triple test n'est pas l'unique technique utilisée. En effet, d'autres techniques viennent le compléter ou s'y substituer, telles: le contrôle de l'absence de dénaturation d'un droit ou d'une liberté, qui vise la protection de la substance et qui est un contrôle de moins en moins utilisée de façon explicite; la vérification de l'existence de garanties légales suffisantes, de plus en plus utilisée. Cette vérification de l'existence des garanties légales suffisantes est un complément du contrôle de proportionnalité et un substitut efficace de celui-ci. Elle consiste à vérifier si le législateur n'a pas privé de garanties légales une exigence constitutionnelle, puisqu'il est de son domaine de compétence de modifier ou d'abroger les textes antérieurs et leur substituer d'autres dispositions. Ils y a aussi les réserves d'interprétation, étant donné que le Conseil n'est pas toujours en mesure d'opérer un contrôle complet de la proportionnalité, parce qu'il ne statue pas *in*

---

<sup>42</sup> Art. 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 – *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.*

*concreto*, de sorte que, grâce aux réserves d'interprétation, il pourra confier un tel contrôle au juge qui connaîtra de l'application de la loi.

En fin de compte, la proportionnalité est une technique courante, même si elle n'est pas toujours explicite. S'agissant des principes mis en balance, les exigences de valeur constitutionnelle mises en balance sont nombreuses. Elles sont: la sauvegarde de l'intérêt général<sup>43</sup>, la continuité du service public et l'ordre public. De plus, le contrôle est principalement opéré en matière de droits fondamentaux. Autrement dit, le contrôle de proportionnalité est utilisé dans le cadre du contrôle des lois restreignant les libertés fondamentales garanties dans la Constitution et ce contrôle opère selon les règles suivantes, qui ont comme base la conciliation ou le conflit entre: un droit-liberté et le droit-créance, comme entre le droit pour chacun d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre; le droit-liberté et un objectif de valeur constitutionnelle, par exemple entre la liberté d'expression et la sauvegarde de l'ordre public; un droit-créance et un objectif de valeur constitutionnelle, comme entre la sauvegarde de l'ordre public et le droit de mener une vie familiale normale; pas moins que entre un droit-liberté et l'intérêt général – entre la sécurité juridique, situation légalement acquise et un intérêt général.

En matière pénale, le contrôle de proportionnalité est utilisé mais avec un examen restreint en matière de détermination des délits et des peines en droit pénal de fond, ce qui est tout à fait normal, en tenant compte du détail constitutionnel prévu à l'article 34 de la Constitution française concernant la compétence du législateur et qui établit que «*La loi fixe les règles concernant – les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens et la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats*»<sup>44</sup>.

Il n'existe quasiment pas d'immixtion du Constituant dans le droit pénal de fond, donc, mais il existe un contrôle plus approfondi en matière de procédure pénale. Ce qui est normal, parce que la procédure pénale peut se révéler potentiellement attentatoire aux libertés et, en plus de ça, le Constituant est le garant des libertés individuelles. En revanche, en matière de contrôle de

---

<sup>43</sup> Par exemple, le droit de grève: conciliation entre défense des intérêts professionnels et la sauvegarde de l'intérêt général – DC79-105, 25 juillet 1979, cons. 1; DC 2007-556 du 16 août 2007, cons. 10.

<sup>44</sup> Constitution du 4 octobre 1958, Modifié par la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

conventionalité, il n'existe aucun contrôle, car le Conseil refuse d'exercer un contrôle de conventionalité des lois depuis la décision du 15 janvier 1975 sur la Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse<sup>45</sup>. Par ailleurs, on peut affirmer qu'il y a une différence de politique ainsi qu'une rivalité nette et claire entre la CEDH et le Conseil Constitutionnel français en ce que ce dernier n'a pas comme fondement la CESDH, mais uniquement le bloc de constitutionnalité. Également, en ce que les fondements de leur texte n'ont pas le même objectif. Effectivement la CEDH prévoit un arsenal de garanties procédurales plus grand que la DDHC française de 1789. La dernière affirme surtout l'égalité de l'individu face à l'Etat, puisqu'à l'époque de son élaboration, l'année 1789, le but était d'ériger la liberté de l'individu comme un dôme intouchable et immuable. Avant, les justiciables ne pouvaient avoir accès qu'à la Cour EDH et non pas au Conseil Constitutionnel, sauf depuis l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, en 2008.

En conclusion, le contrôle de proportionnalité est un moyen nécessaire pour assurer le respect des droits, mais son exercice requiert tact et mesure, comme le disait Jean Jaurès, «Il faut aller à l'idéal en passant par le réel», et c'est justement ça que l'équité devrait représenter – un idéal qui soit règlementé (prévu par le texte de la loi) à la vertu d'obtenir un équilibre et de guider des lois qui s'appliquent afin d'obtenir la justice. Comme partie intégrante du principe plus général de légalité en droit pénal de fond, la proportionnalité est un élément qui doit être individualisé et accentué d'un point de vue équitable, car il faut toujours suivre le but de garder le juste en pratique.

**6. Un contrôle des Cours au résultat imprévisible.** Issue imprévisible pour des faits similaires. Dans son article, le professeur français Jamin Christophe expose l'exemple de l'ambulance qu'il emprunte à Herbert HART<sup>46</sup>. Par cet exemple, il souhaite mettre en évidence que le sens du texte (de droit) dépend de la balance des intérêts qu'effectue la Cour de cassation. «Imaginez ce panneau: Pas de véhicule dans le parc!». Interprété hors de tout contexte factuel, on lui confèrera peut-être une portée radicale: «aucun véhicule, quel qu'il soit, n'est autorisé à pénétrer dans le parc. Prenons maintenant le cas où une personne vient de se blesser gravement au milieu du parc et qu'il faille la transporter d'urgence à l'hôpital. Poursuivra-t-on l'ambulancier qui aura pénétré dans le parc avec son véhicule ? J'en doute»<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454dc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454dc.htm).

<sup>46</sup> H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. Par M. van de Kerchove, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, pp. 155-168.

<sup>47</sup> *Contrôle de proportionnalité: "Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux"*, C. Jamin (30.03.15), [https://www.courdecassation.fr/cour\\_cassation\\_1/reforme\\_cour\\_7109/juger\\_motiver.\\_31563.html](https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/juger_motiver._31563.html)

Dans ce cas, différents intérêts sont en jeu: celui relevant de la santé publique qui commande que l'ambulance puisse entrer dans le parc, l'intérêt privé et tout aussi légitime de la personne qui vient de se blesser gravement, la valeur morale qui tient à la nécessité de sauver la vie de quelqu'un, l'intérêt des jardiniers qui devront refaire l'allée de graviers si l'ambulance s'y engage un peu rapidement, la sécurité des enfants dont les pères et mères ne souhaitent pas voir débouler une ambulance dans des allées où jouent leurs enfants, l'intérêt politique du maire de la ville qui ne souhaite pas être embêté par des parents qui sont des électeurs, mais qui ne veut pas non plus se voir reprocher la mort éventuelle d'un individu. On devrait donc procéder à pondérer les intérêts en présence. On pourrait se baser sur l'ancien intuitionnisme, ou l'on pourrait faire appel à l'idée de Rawls concernant *la position originelle*<sup>48</sup>, on va voir, de tout façon, que c'est l'intérêt de sauvegarder la vie qui vient le premier, tout simplement. Certes, la sécurité des enfants est importante, mais elle pèse moins que la valeur morale tenant au fait de sauver une vie en danger. Comme une conséquence, le panneau n'interdira pas à l'ambulance de rentrer dans le parc. Nous avons ici mis en opposition deux considérations en conflit: sécurité des enfants et la préservation de la vie. En présence d'autres considérations, dans un autre contexte factuel, nous donnerons un autre sens au texte. Imaginons que l'on souhaite faire entrer cette ambulance dans le parc pour y transporter une personne âgée qui a du mal à se déplacer. Cette fois-ci, il est possible qu'on fasse prévaloir la sécurité des enfants sur le bien-être de cette personne. Conséquence: le même panneau interdira à l'ambulance d'entrer dans le parc.

Une conclusion concrète que l'on pourrait tirer serait que l'équité existe, mais elle est relative au contexte donné, tout comme on pourrait affirmer que la loi et son application effective ne sont et ne seront pas parfaites et restent toujours perfectibles. Et pour cela, on a besoin d'un code de règles qui peuvent aider les juges à appliquer correctement et de façon adaptée à tous les

---

<sup>48</sup> Rawls se situe dans la tradition du contrat social qu'il entend mener à un plus haut degré d'abstraction. Rawls développe ce qu'il prétend être des principes de la justice par la mise en place délibérée d'une fiction méthodologique qu'il appelle *la position originelle* dans son œuvre *Théorie de la justice*. Dans cette position, chaque participant décide des principes de justice derrière ce qu'il appelle un *voile d'ignorance*. Ce voile est destiné à leur cacher les faits sur eux-mêmes, comme leur situation sociale ou leur talent, qui pourraient obscurcir leur capacité d'arriver à un consensus. Selon Rawls, l'ignorance de ces détails sur soi-même mènera à des principes qui seront *justes pour tous*. Si un individu ne sait pas quelles sont ses chances dans sa propre société, il est probable qu'il ne va pas accorder de privilèges à une classe quelconque d'individus, mais concevoir un système de justice qui traite chacun équitablement. Et ça peut être pareil quant au conflit des intérêts. L'intérêt de sauvegarder la vie vient le premier, tout simplement.

contextes prévisibles à un moment donné, la loi pénale. On a besoin d'un *Code de l'Équité de fond et de forme*. Ce constat concerne également la CEDH. On ne peut pas anticiper les décisions de la Cour Européenne sur le terrain de la proportionnalité, non plus sur celui de l'équité *grosso modo*. Pour reprendre les propos de Nicolas Hervieu «*c'est l'existence d'une incertitude qui tient lieu de seule certitude*»<sup>49</sup>. C'est exactement la situation donnée, de nos jours. La proportionnalité s'évalue par la confrontation aux faits, aucune jurisprudence ne peut donc s'établir sur le fait de savoir le sens dans lequel la CEDH va aller, si tel droit va toujours primer sur telle restriction. Tout est une question de circonstances et de faits. Des exemples seront l'affaire *Perinçek c. Suisse* du 15 octobre 2015, jugée à la Grande Chambre et l'affaire *M'Bala M'Bala c. France* du 10 novembre 2015.

A notre avis, une affaire importante en ce sens est *Morice c. France*<sup>50</sup>, qui représente la situation d'une affaire avec deux issues différentes devant la même Cour Européenne, qui doit être le gardien du respect des droits de l'homme. La Grande Chambre de la Cour Européenne des Droits de l'Homme décèle dans la condamnation pénale de Maître Morice une *ingérence disproportionnée* dans son droit d'expression, ingérence qui n'était pas nécessaire dans une société démocratique. Alors que dans l'arrêt de 2013 la même Cour avait constaté une *ingérence proportionnée* à la liberté d'expression en raison d'une animosité personnelle de Maître Morice envers les deux juges instructeurs, dans l'arrêt de 2015, la même Cour regrette cette décision et constate qu'en présence d'un débat public d'intérêt général et vu le contexte particulier de l'affaire, les bases factuelles rapportées au soutien de ce qu'il évoque étant suffisantes, la liberté d'expression de Maître Morice avait été violée de *manière disproportionnée*<sup>51</sup>.

**Conclusion.** Ainsi, de ces arrêts de la Cour de cassation et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, mettant en œuvre le *contrôle de proportionnalité*, on voit bien que les faits d'une même affaire peuvent conduire à des résultats différents selon l'interprétation des juges. Cette imprévisibilité de l'issue du contrôle de proportionnalité se retrouve également sous une forme différente dans l'évolution du contrôle opéré par le Conseil Constitutionnel.

---

<sup>49</sup> *Liberté d'expression (Art. 10 CEDH): Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à la lutte contre l'extrémisme*, par Nicolas Hervieu, 13 Janvier 2014, <http://revdh.org/category/auteurs/hervieu-nicolas/>

<sup>50</sup> CEDH, *Morice c. France*, 11 juillet 2013.

<sup>51</sup> CEDH, *Morice c. France*, 23 avril 2015, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154264>.

C'est sur le changement de perspective dans le contrôle de proportionnalité du Conseil Constitutionnel français qu'on va concentrer notre analyse.

7. Le changement de perspective dans le contrôle du Conseil Constitutionnel français. Traditionnellement, le contrôle opéré par le Conseil est associé à la conciliation entre les droits et libertés, c'est-à-dire il opère un contrôle de norme à norme entre la loi et la Constitution. Or, dans le cadre du *contrôle de proportionnalité*, on assiste à une évolution de ce contrôle en ce qu'il renvoie à l'examen du juge le degré du lien qui unit deux ou plusieurs éléments de la norme contrôlée. Cela suppose un examen au cœur même de la loi. Il peut devenir un contrôle potentiellement intrusif. Par conséquent, un contrôle de proportionnalité délimité au périmètre de la norme contrôlée signifie que le Conseil n'examine plus strictement le contenu des dispositions législatives par rapport au contenu des dispositions constitutionnelles. Mais, il circonscrit son contrôle dans le périmètre même de la norme contrôlée à travers l'examen de la relation unissant le moyen, qui est une disposition particulière de la loi à l'objectif poursuivi. De fait, on peut parler de *contrôle de proportionnalité interne de la loi*. Par ailleurs, le contrôle du Conseil ne s'est pas adapté à un renouveau de la norme contrôlée, puisque la loi ne s'est pas transformée sous la Ve République, mais il s'agit d'un changement de regard du Conseil sur la loi.

En tout état de cause, la France passe d'un contrôle de constitutionnalité interne de la loi uniforme, qui est articulé autour de la loi et l'exigence constitutionnelle, à un contrôle de proportionnalité interne de la loi multiforme, articulé entre le moyen législatif et l'exigence constitutionnelle à partir de l'objectif législatif. S'agissant des points d'adhérence (moyen, objectif, effet) de son contrôle, c'est au rythme des cas concrets que la Haute instance a pu se prononcer. Le Conseil a pu explorer les différents circuits reliant ces trois éléments et contribuer à la cristallisation de la structure législative. C'est, d'ailleurs, la combinaison «moyen-objectif» qui a trouvé une place privilégiée. Donc, ce changement de perspective s'est traduit dans un *déplacement du centre de gravité du contrôle de constitutionnalité autour de l'objectif du législateur*.

Pendant, il reste à s'assurer que cette intrusion du contrôle du Conseil dans la loi n'est pas autre chose qu'un contrôle de constitutionnalité. Egalement, il faut s'assurer d'un contrôle de conformité de cet objectif à la Constitution avant de procéder à un contrôle de la conformité du moyen (disposition législative) à l'objectif législatif. Cette précaution permet au contrôle de la proportionnalité interne de la loi de ne pas créer de césure avec la norme constitutionnelle de contrôle. De plus, cette mutation du contrôle de

constitutionnalité permet un dédoublement des formes qu'il est susceptible d'emprunter. Autrement dit, le contrôle de proportionnalité interne de la loi se dédouble autour: du contrôle d'appropriation et de disproportion. Il existe un fondement et une portée différents de ces deux contrôles.

Pour ce qui concerne le contrôle d'appropriation, il est fondé sur le sens de la norme contrôlée plus que sur le respect de la norme de contrôle, nous parlons de l'exigence de cohérence intrinsèque de la loi, car une règle de droit positif n'a pas d'existence juridique si ses moyens contredisent ses objectifs. De ce fait, si le moyen n'est pas en lien avec l'objectif poursuivi, le juge ne serait pas obligé à faire le lien entre cet ensemble législatif et la norme constitutionnelle. C'est l'exigence de cohérence intégrée au bloc de constitutionnalité et, quand bien même le Conseil ne l'ait pas toujours reconnue dans sa jurisprudence, l'objectif à valeur constitutionnelle d'*intelligibilité* de la loi constitue un fondement plausible du *contrôle de l'appropriation*.

Concernant le *contrôle de disproportion*, il est fondé sur une exigence de cohérence extrinsèque. Il n'est pas circonscrit dans la norme contrôlée puisqu'il s'agit d'examiner la relation entre le moyen et l'objectif. Dès lors, ici on prend en compte un contexte et des variables qui seront déterminantes du contrôle, par exemple, ces variables vont être: les termes de la norme de référence et de l'importance accordée par le Conseil par exemple. On va moduler de l'intensité du contrôle sur la base de ces variables pour tenir compte de la valeur juridique de l'objectif poursuivi par le législateur et la gravité de l'atteinte portée par le moyen législatif à la norme constitutionnelle. En effet, par le *contrôle d'appropriation* on s'assure que le législateur n'a pas manqué de discernement pour détecter une éventuelle contradiction dans la loi et si, effectivement, il y a une contradiction dans la loi, on passe au *contrôle de disproportion* ou on se demande jusqu'à quel point la poursuite de l'objectif du législateur est en mesure de justifier l'atteinte que ce moyen porte à une exigence constitutionnelle. De plus, ce dédoublement de l'objet du contrôle de proportionnalité interne de la loi gagne à ressortir clairement dans la motivation des décisions du Conseil constitutionnel français.

On peut illustrer cette évolution par les QPC en date du 9 octobre 2014<sup>52</sup> et 21 novembre 2014<sup>53</sup>. Dans ces deux espèces, il s'agissait de la question: de la prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée et du report de l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue en matière de délinquance ou de criminalité organisée.

---

<sup>52</sup> [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014420\\_421qpc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014420_421qpc.htm).

<sup>53</sup> [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014428qpc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014428qpc.htm).

Le Conseil a été saisi de deux QPC relatives à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du 8° bis de l'article 706-73 Code de Procédure Pénale française et de son article 706-88. Ces dispositions permettent la mise en œuvre d'une mesure de garde à vue pouvant durer 96 heures dans les conditions prévues à l'article 706-88 CPP lors des enquêtes ou des instructions portant sur une escroquerie en bande organisée. Dans cette QPC, le Conseil a relevé que le délit d'escroquerie n'est pas susceptible de porter atteinte en lui-même à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes même lorsqu'il est commis en bande organisée. Dès lors, en permettant de prolonger la durée de la garde à vue jusqu'à 96 heures pour un tel délit, le législateur a permis qu'il soit porté une atteinte à la liberté individuelle et aux droits de la défense, qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi et qui n'est pas équitable, du point de vue de l'équilibre des droits des parties du rapport pénal de conflit. Il ne faut pas porter atteinte aux droits de la défense et à la liberté individuelle lorsqu'en on a une infraction contre les biens et non pas contre les personnes. Bref, ces droits et libertés individuelles de l'homme seront toujours plus importants que la protection des biens. Ensuite, le Conseil a déclaré contraire à la Constitution le 8° bis de l'article 706-73 du CPP, tout en reportant les effets dans le temps<sup>54</sup>, car une abrogation immédiate aurait eu pour effet d'interdire le recours aux pouvoirs spéciaux de surveillance et d'investigation dans les enquêtes portant sur l'escroquerie en bande organisée alors qu'ils ne sont pas contraires à la Constitution.

Pour autant, afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée, il a été jugé qu'il ne sera plus possible de prolonger une garde à vue au-delà de 48h dans des investigations sur des faits d'escroquerie en bande organisée à compter de la publication de la décision du Conseil en visant cet aspect. Enfin, il juge que la remise en cause des actes de procédure pris sur le fondement de l'alinéa déclaré inconstitutionnel méconnaîtrait l'objectif à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions et aurait des conséquences *manifestement excessives*. On voit clairement que ici, le conseil tente de sauver les procédures en empêchant la contestation sur le fondement de cette inconstitutionnalité déclarée des mesures de garde à vue prises avant la publication de cette décision et des autres mesures d'investigation prises avant le 1<sup>er</sup> septembre 2015<sup>55</sup>.

Concernant la situation relevée par le QPC du 21 novembre 2014, le sujet était la conformité à la Constitution des 6<sup>ème</sup> à 8<sup>e</sup> alinéas de l'art. 706-88 CPP<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> 1<sup>er</sup> septembre 2015.

<sup>55</sup> [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014420\\_421qpc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014420_421qpc.htm).

<sup>56</sup> CPP – Code de procédure pénale français.



français. Ses sixième à huitième alinéas prévoient que l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue peut être différée pendant une durée maximale de 48h ou, dans certains cas, de 72h. Le Conseil relève que le report ne peut être décidé qu'en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes. Donc, le Conseil se réfère explicitement à des objectifs précis du report. De plus, cette décision présente des gages de sécurité contre l'arbitraire en ce qu'il appartient à un magistrat de prendre cette décision qui doit être écrite et motivée. De même, il y a une graduation des exigences imposées en fonction de la durée de ce report. En effet, par exemple au-delà de 24h, c'est exclusivement un magistrat du siège qui peut prendre la décision. Il y a aussi une impossibilité formelle d'excéder 48h ou 72h en matière de terrorisme. Egalement, le Conseil précise que la personne sous garde à vue est informée de toute une série d'éléments tels: le début de la garde à vue, la qualification ainsi que la date et le lieu présumé de l'infraction, le droit de consulter les documents afférents, et le droit de se taire. C'est ainsi, qu'au regard de l'ensemble de ces éléments, le Conseil a jugé que ces dispositions ne portaient pas une atteinte disproportionnée aux droits de la défense et sont conformes à la Constitution. On parle ici d'une nette mise en balance du moyen pris par le législateur et de l'objectif poursuivi<sup>57</sup>. Par ailleurs, ces deux décisions QPC s'inscrivent dans une lignée jurisprudentielle débutée le 2 mars 2004. Il s'agissait d'un contrôle à priori de la loi du 9 mars 2004 où le Conseil avait été saisi de la conformité de l'art. 706-88 CPP par rapport aux dispositions constitutionnelles. A l'occasion de ce contrôle, le Conseil avait estimé que les 6 premiers alinéas n'étaient pas inconstitutionnels. Donc, au bout du compte, tous les alinéas de l'art. 706-88 CPP sont déclarés conformes.

**Conclusions:** Cette double mutation du contrôle de proportionnalité ne vient pas reconnaître de nouvelles propriétés au droit, mais renforcer l'idée que le droit n'est pas le produit d'une mécanique dont le résultat est connu à l'avance. Donc, on peut même affirmer que les droits sont relatifs, parce que si leur assurance et leur garantie dépend d'un contexte général, nous nous trouvons dans une situation où peut-être il faudra mieux régler des normes techniques pour garder l'équilibre, en plus il est nécessaire aussi une certaine fixité de la norme pénale, et c'est justement cette fixité qui va permettre une juste individualisation et personnalisation de la sanction pénale si

---

<sup>57</sup> [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014428qpc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014428qpc.htm).

on ose à juger un peu plus loin du sujet. La loi pénale ne doit pas être absolument imprévisible, ou, mieux dit, elle ne doit pas être appliquée de façon imprévisible par les juridictions. On a identifié une notion de proportionnalité tout à la fois complexe, malléable et qui permet d'écarter la rigidité des textes. Néanmoins, c'est cette opposition qui vient nourrir et consolider la notion de proportionnalité, qui lui donne son corps et toute son importance en ce que les différents contrôles viennent en établir les frontières et les contours, et c'est justement ici la partie la plus fragile de l'acte de justice, ou soit la loi, soit le juge répressif peuvent cesser de respecter un raisonnement équitable.

# Aspecte teoretice și practice privind culpa în desfacerea căsătoriei

Masterand **Alina Doina TĂNASE\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

## Abstract

*The new Civil Code brings upon a new perspective on the institution of divorce, establishing three types of divorce procedures. Thus, the spouses may end their marriage by way of an administrative procedure or in front of a notary public, in case of mutual consent, or by way of a judicial procedure, when they address directly the competent court.*

*This paper aims at presenting the cases in which the divorce is grounded on the fault of the spouses (the fault divorce cases), the manner in which such cases are regulated within the new Civil Code and some practical issues regarding the role of fault in divorce proceedings.*

**Keywords:** *divorce, administrative procedure, notary public procedure, fault divorce, de facto separation, divorce decree*

## Rezumat

*Noul Cod civil aduce odată cu intrarea sa în vigoare o nouă perspectivă asupra instituției divorțului, conferind soților posibilitatea de a pune capăt căsătoriei apelând fie la procedura administrativă sau notarială, în cazul în care desfacerea căsătoriei are loc prin acordul acestora, fie pe cale judiciară, atunci când soții se adresează direct instanței de judecată.*

*Prezentul articol își propune să prezinte cazurile de divorț bazate pe culpa soților, modul în care sunt ele reglementate în cuprinsul noului Cod civil, dar și câteva aspecte practice privind rolul culpei în desfacerea căsătoriei.*

**Cuvinte-cheie:** *desfacerea căsătoriei, procedura administrativă, procedura notarială, divorț din culpa soților, motive temeinice, separare în fapt, sentință de divorț*

---

\* tanasealinadoina@gmail.com

## 1. Introducere

Prezentul studiu are ca obiect de analiză divorțul din culpa soților din perspectiva noului Cod civil, în comparație cu vechea reglementare reprezentată de Codului familiei, și a jurisprudenței în materie.

*Ab initio*, precizăm că divorțul reprezintă acea modalitate de desfacere a căsătoriei care se dispune, după caz, de notarul public ori de ofițerul de stare civilă (sub condiția ca ambii soți să își exprime acordul în acest sens și să nu aibă copii minori)<sup>1</sup> sau de instanța de judecată, în condițiile prevăzute de lege<sup>2</sup>.

În ceea ce privește motivele de divorț, art. 373 NCC prevede că desfacerea căsătoriei poate avea loc: prin acordul soților, la cererea ambilor soți sau a unuia dintre soți, acceptată de celălalt; atunci când din cauza unor motive temeinice, raporturile dintre soți sunt grav vătămăte și continuarea căsătoriei nu mai este posibilă; la cererea unuia dintre soți, după o separare în fapt care a durat cel puțin 2 ani; la cererea aceluia dintre soți a cărui stare de sănătate face imposibilă continuarea căsătoriei<sup>3</sup>.

## 2. Desfacerea căsătoriei din culpa soților

Divorțul poate avea loc din culpa soților în două situații, și anume: atunci când, din cauza unor motive temeinice, raporturile dintre soți sunt grav vătămăte și continuarea căsătoriei nu mai este posibilă [potrivit art. 373 lit. b) C. civ.]; precum și atunci când soții sunt separați în fapt pentru o perioadă de cel puțin 2 ani, cu intenția de a renunța la viața de familie [potrivit art. 373 lit. c) C. civ.].

Facem precizarea că art. 373 lit. b) C. civ. are un conținut identic cu art. 37 alin. (2) lit. b) C. fam., cu mențiunea că acest din urmă act normativ a fost abrogat în mod expres de art. 230 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

Din analiza prevederilor art. 373 lit. b) C. civ. rezultă că desfacerea căsătoriei din culpa soților poate interveni dacă sunt îndeplinite următoarele condiții cumulative: să existe motive temeinice de divorț; relațiile dintre soți să fie grav vătămăte, iar continuarea căsătoriei să nu mai fie posibilă.

---

<sup>1</sup> Divorțul prin acordul soților pe cale administrativă sau prin procedură notarială este reglementat de art. 375 C. civ.

<sup>2</sup> Instanța de judecată poate dispune desfacerea căsătoriei prin acordul soților, precum și atunci când între soți nu există un asemenea acord, în acest sens fiind art. 379 C. civ.

<sup>3</sup> În mod similar, art. 37 C. fam. prevedea că „divorțul poate avea loc: prin acordul soților, la cererea ambilor soți; atunci când, din cauza unor motive temeinice, raporturile dintre soți sunt grav vătămăte și continuarea căsătoriei nu mai este posibilă; la cererea aceluia dintre soți a cărui stare de sănătate face imposibilă continuarea căsătoriei”.

La fel ca vechea reglementare reprezentată de Codul familiei, noul Codul civil nu enumeră „motivele temeinice” pentru desfacerea căsătoriei, dar în doctrina<sup>4</sup> de specialitate s-a arătat că acestea trebuie să prezintă o gravitate deosebită și să facă imposibilă conviețuirea soților.

Astfel că, în practică, a revenit instanțelor de judecată sarcina de a identifica, de la caz la caz, existența motivelor întemeiate pentru desfacerea căsătoriei.

Cu titlu exemplificativ, în jurisprudență s-a reținut că refuzul nejustificat al unuia dintre soți de a locui cu celălalt soț și părăsirea locuinței familiei justifică desfacerea căsătoriei pentru că, într-o asemenea situație, raporturile dintre soți sunt grav vătămate și continuarea căsătoriei nu mai este posibilă, neavând relevanță durata căsătoriei sau existența copiilor minori<sup>5</sup>. În schimb, s-a decis că trecerea unuia dintre soți la un alt cult religios nu poate constitui un motiv întemeiat pentru desfacerea căsătoriei, dacă această împrejurare nu a determinat, prin ea însăși, deteriorarea iremediabilă a relațiilor de familie.

De asemenea, în doctrina de specialitate<sup>6</sup> și în practica judiciară (anterioară Codului civil din 2009) s-a arătat că reprezintă motive serioase pentru desfacerea căsătoriei: infidelitatea soților, actele de violență<sup>7</sup>, precum și nepotrivirile de ordin fiziologic. De asemenea, apreciem că reprezintă un motiv justificat pentru desfacerea căsătoriei și condamnarea soțului la o pedeapsă privativă de libertate, dacă aceasta este de natură să afecteze grav relația de familie.

Deci, căsătoria se poate desface din culpa soților ori de câte ori aceștia au determinat, prin acțiunile sau inacțiunile lor, vătămarea gravă a relației de familie și imposibilitatea continuării acesteia<sup>8</sup>.

În asemenea situații, soțul nevinovat se poate adresa instanței de judecată pentru a cere desfacerea căsătoriei din culpa celuilalt soț, cu precizarea că acesta din urmă nu are legitimitate procesuală activă pentru a promova acțiunea de divorț, întrucât ar însemna să-și invoce propria culpă, cu încălcarea principiului *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. În acest sens este art. 933 alin. (3) C. pr. civ., care prevede că: „Dacă pârâtul nu a formulat cerere

---

<sup>4</sup> A se vedea Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *Dreptul familiei în reglementarea Noului Cod Civil*, ed. a VII-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 156.

<sup>5</sup> A se vedea M. Avram, *Drept civil. Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 121.

<sup>6</sup> A se vedea A.R. Motica, *Dreptul civil al familiei. Raporturile nepatrimoniale, Curs rezumat, spețe și practică judiciară*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 88.

<sup>7</sup> Astfel, într-o speță s-a decis că un singur act de lovire nu este de natură să justifice respingerea acțiunii de divorț, în cazul în care se face dovada certă că între soți există o atmosferă, având caracter de continuitate, de scandaluri și certuri, toate provocate de pârât.

<sup>8</sup> A se vedea Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *op. cit.*, p. 160.

reconvențională, iar din dovezile administrate rezultă că numai reclamantul este culpabil de destrămarea căsătoriei, cererea acestuia va fi respinsă ca neînte-meiată, cu excepția cazului în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 934 privind pronunțarea divorțului din culpa exclusivă a reclamantului”.

Din analiza acestor prevederi legale se deduce că divorțul pentru motive temeinice se poate pronunța fie din culpa exclusivă a soțului pârât, fie din culpa ambilor soți. În cazul în care s-a stabilit exclusiv culpa soțului reclamant, iar pârâtul nu a cerut, la rândul său, divorțul, formulând cerere reconvențională, divorțul nu se poate pronunța<sup>9</sup>.

Noutatea adusă de Codul civil odată cu reglementarea acestui caz de desfacere a căsătoriei, o constituie posibilitatea continuării acțiunii de divorț de către moștenitori, în anumite situații.

Astfel, potrivit art. 380 C. civ., în cazul în care instanța de judecată este sesizată cu o cerere de divorț prin care i se solicită să constate desfacerea căsătoriei în baza art. 373 lit. b) C. civ., iar soțul reclamant decedează în timpul procesului, moștenitorii săi pot continua acțiunea de divorț, care va fi admisă doar în situația în care instanța de judecată constată culpa exclusivă a soțului pârât.

Instituția analizată reprezintă o veritabilă excepție de la caracterul personal al acțiunii de divorț. S-a afirmat în doctrină că o astfel de reglementare este pe deplin echitabilă<sup>10</sup>, înlăturând paradoxul moral<sup>11</sup> al situației în care soțul vinovat de desfacerea căsătoriei ajungea să-l moștenească pe cel care a introdus acțiunea de divorț, ca urmare a decesului acestuia din urmă, fapt accidental și neprevăzut.

Trebuie să menționăm încă de la început că art. 380 C. civ.<sup>12</sup> se aplică doar în cazul în care s-au invocat ca temei dispozițiile art. 373 lit. b) C. civ.<sup>13</sup>, care reglementează divorțul din culpă pentru motive temeinice. În situația în care

---

<sup>9</sup> A se vedea M. Avram, *op. cit.*, p. 123.

<sup>10</sup> A se vedea F. Emese, *Dreptul familiei în reglementarea NCC*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 131.

<sup>11</sup> A se vedea Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 410.

<sup>12</sup> Acest articol de lege prevede că „În situația prevăzută la art. 379 alin. (1), dacă soțul reclamant decedează în timpul procesului, moștenitorii săi pot continua acțiunea de divorț; acțiunea continuată de moștenitori este admisă numai dacă instanța constată culpa exclusivă a soțului pârât.”

<sup>13</sup> Conținutul acestui articol de lege este următorul: „Divorțul poate avea loc atunci când, din cauza unor motive temeinice, raporturile dintre soți sunt grav vătămate și continuarea căsătoriei nu mai este posibilă.”

reclamantul și-a întemeiat acțiunea de divorț pe dispozițiile art. 373 lit. a)<sup>14</sup> (divorțul prin acord), ale art. 373 lit. c)<sup>15</sup> (divorțul pentru separare în fapt care a durat cel puțin 2 ani) sau ale art. 373 lit. d) C. civ.<sup>16</sup> (divorțul la cererea aceluia dintre soți a cărui stare de sănătate face imposibilă continuarea căsătoriei), nu va mai fi posibilă continuarea acțiunii de către moștenitori după decesul său, iar căsătoria va înceta prin deces cu toate consecințele ce decurg în plan succesoral.

Reușita sau insuccesul demersului moștenitorilor va depinde de probatoriul administrat în cauză. Acțiunea de divorț continuată de moștenitori va fi admisă numai dacă instanța constată culpa exclusivă a soțului pârât, fiind exclusă culpa concurentă (comună).

Efectul principal pe care îl constatăm este stabilirea vocației succesoriale a soțului pârât care, odată dovedită culpa sa în desfacerea căsătoriei, nu va mai putea beneficia de statutul de soț supraviețuitor, întrucât data desfacerii căsătoriei va coincide cu data deschiderii moștenirii.

Prevederea legală este pe deplin justificată, nefiind firesc ca un soț care a determinat desfacerea unei căsătorii, din culpa sa exclusivă, să profite, din punct de vedere al drepturilor sale succesoriale, ca urmare a faptului că pronunțarea divorțului și rămânerea definitivă a hotărârii este împiedicată de decesul soțului reclamant.

Considerăm că legea nu cere expres ca acțiunea să fie continuată de toți moștenitorii defunctului, astfel încât ea va putea fi continuată și numai de către unii dintre aceștia, rezultatul procesului producând efecte asupra tuturor.

Referindu-ne la cele menționate anterior, în opinia noastră, nu ar trebui respinsă cererea unui moștenitor legal dintr-o clasă subsecventă sau având un grad mai îndepărtat de a continua acțiunea de divorț, în cazul în care există descendenți ai defunctului reclamant, atâta timp cât aceștia din urmă nu și-au exercitat dreptul de opțiune succesorală.

Pentru a completa imaginea de ansamblu a instituției divorțului, în continuare ne propunem să aducem în atenție cel de-al doilea caz de desfacere a căsătoriei din culpa soților.

Potrivit art. 373 lit. c) NCC, „divorțul poate avea loc la cererea unuia dintre soți, după o separare în fapt care a durat cel puțin 2 ani”.

---

<sup>14</sup> Potrivit acestui articol de lege, „divorțul poate avea loc prin acordul soților, la cererea ambilor soți sau a unuia dintre soți acceptată de celălalt soț”.

<sup>15</sup> Art. 373 lit. c) C. civ. prevede că „divorțul poate avea loc la cererea unuia dintre soți, după o separare în fapt care a durat cel puțin 2 ani”.

<sup>16</sup> Art. 373 lit. d) C. civ. prevede că: „divorțul poate avea loc la cererea aceluia dintre soți a cărui stare de sănătate face imposibilă continuarea căsătoriei.”

Elementul de noutate pe care îl aduce noul Cod civil odată cu reglementarea cazului de divorț bazat pe culpă, prevăzut la art. 373 lit. c) C. civ., este dat de posibilitatea pronunțării divorțului, chiar dacă culpa aparține în totalitate reclamantului<sup>17</sup>.

Prin excepție, art. 373 lit. c) C. civ. recunoaște, cu titlu de noutate, calitate procesuală activă și soțului vinovat de destrămarea căsătoriei atunci când motivul îl constituie separarea soților pentru o perioadă de cel puțin doi ani, cu intenția acestora de a renunța la viața comună, caz în care instanța va pronunța divorțul din culpa exclusivă a soțului reclamant. Astfel, art. 373 lit. c) C. civ. prevede că: „Divorțul poate avea loc la cererea unuia dintre soți, după o separare în fapt care a durat cel puțin doi ani”. Edificator în acest sens este și art. 934 alin. (1) C. pr. civ., care are următorul conținut: „Când soții sunt separați în fapt de cel puțin 2 ani, oricare dintre ei va putea cere divorțul, asumându-și responsabilitatea pentru eșecul căsătoriei. În acest caz, instanța va verifica existența și durata despărțirii în fapt și va pronunța divorțul din culpa exclusivă a reclamantului.”

În caz contrar, dacă instanța de judecată va constata că nu este îndeplinită condiția separării soților pentru o perioadă de cel puțin doi ani, va respinge cererea de divorț, așa cum rezultă din art. 935 alin. (1) C. pr. civ. Instanța nu va respinge însă acțiunea dacă se invocă motive suplimentare de divorț imputabile soțului pârât ori dacă acesta din urmă „achiesează” la cererea soțului reclamant, situație în care instanța va pronunța divorțul pe temeiul acordului soților, nefăcând mențiune despre culpa acestora, așa cum prevede art. 931 alin. (1) C. pr. civ.<sup>18</sup>

Din această succintă prezentare rezultă o evoluție salutară a reglementării desfacerii căsătoriei din culpa soților, aceasta fiind racordată la nevoile sociale.

### **3. Probarea culpei și a motivelor temeinice pentru desfacerea căsătoriei**

Desfacerea căsătoriei din culpa soților este condiționată de probarea unei legături directe de cauzalitate între conduita nelegală sau imorală a acestora și

---

<sup>17</sup> A se vedea S.P. Gavrilă, *Instituții de dreptul familiei în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 142.

<sup>18</sup> Conținutul acestui articol de lege este următorul: „Când cererea de divorț este întemeiată pe culpa soțului pârât, iar acesta recunoaște faptele care au dus la destrămarea vieții conjugale, instanța, dacă reclamantul este de acord, va pronunța divorțul fără a cerceta temeinicia motivelor de divoț și fără a face mențiune despre culpa pentru desfacerea căsătoriei.” Pentru detalii în legătură cu interpretarea și aplicarea acestu articol de lege, a se vedea F. Emese, *Dreptul familiei. Căsătoria. Căsătoria. Regimuri matrimoniale Filiația*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 200.



deteriorarea gravă și iremediabilă a relației de familie<sup>19</sup>, scop în care este admisibil orice mijloc de probă prevăzut de lege, inclusiv interogatoriul<sup>20</sup> și audierea ca martori a rudelor și afinilor până la gradul al treilea cu soții implicați în procesul de divorț. În acest sens este art. 316 C. pr. civ. care prevede, cu titlu de excepție, că „În procesele privitoare la filiație, divorț și alte raporturi de familie se vor putea asculta rudele și afinii prevăzuți la art. 315, în afară de descendenți”, excluderea acestora din urmă fiind justificată, întrucât copiii soților nu pot fi părtași la diferendele dintre soți<sup>21</sup>.

Regula este că sarcina probei revine soțului reclamant. În situația în care reclamantul și-a dovedit pretențiile, revine rândul pârâtului să dovedească netemeinicia pretențiilor adversarului său. Dacă soțul pârât formulează o cerere reconvențională, reclamantul este cel care va trebui să combată prin probe pretențiile pârâtului.

De asemenea, este admisibilă și proba cu înscrisuri pentru dovedirea motivelor care au stat la baza desfacerii căsătoriei, părțile litigante putându-se folosi atât de înscrisuri autentice, cât și de înscrisuri sub semnătură privată, de pildă scrisori care emană de la unul dintre soți și care sunt adresate celui alt soț sau unor terțe persoane<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Edificator în acest sens este art. 379 alin. (1), în cazul prevăzut la art. 373 lit. b), adică atunci când există motive temeinice care fac imposibilă continuarea căsătoriei, „divorțul se poate pronunța dacă instanța stabilește culpa unuia dintre soți în destrămarea căsătoriei. Cu toate acestea, dacă din probele administrate rezultă culpa ambilor soți, instanța poate pronunța divorțul din culpa lor comună, chiar dacă numai unul dintre ei a făcut cerere de divorț”.

<sup>20</sup> A se vedea, în acest sens, B.D. Moloman, L.C. Ureche, *Noul Cod Civil, Cartea a II-a. Despre familie. Comentarii, explicații și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 364 și 365. Facem precizarea că sub imperiul vechii reglementări, potrivit art. 612 C. pr. civ. 1865, proba cu interogatoriul nu putea fi admisă în dovedirea motivelor de divorț, însă se putea recurge la interogatoriu pentru a combate motivele de divorț, dar și pentru dovedirea cererilor accesorii divorțului. Acest articol de lege a făcut obiectul controlului de constituționalitate, în urma căruia instanța constituțională a statuat că nu există nicio justificare obiectivă și rezonabilă pentru a împiedica accesul soțului reclamant la administrarea unei probe importante în procesul de divorț, respectiv proba cu interogatoriul. Având în vedere că specificul relațiilor de căsătorie îngreunează uneori dovedirea motivelor de divorț, Curtea Constituțională a considerat că este necesară administrarea tuturor probelor care ar putea să ofere instanței de judecată suficiente temeiuri pe baza cărora să soluționeze cauza. (Curtea Constituțională, Dec. nr. 969/2007, publicată în M. Of. nr. 816 din 29 noiembrie 2007)

<sup>21</sup> A se vedea B.D. Moloman, L.C. Ureche, *op. cit.*, p. 366.

<sup>22</sup> În literatura de specialitate s-a opinat că o scrisoare de dragoste a unui soț către amanta sa poate fi un element de probă în procesul de divorț cu soția sa (a se vedea W. Joecks, *Strafgesetzbuch. Studienkommentar*, Ed. C.H. Beck, Muenchen, 2005, p. 638, *apud* S. Bogdan, *Drept Penal. Partea Specială*, ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 395).

În literatura juridică<sup>23</sup> s-a considerat că e-mail-urile pot fi asimilate înscrisurilor sub semnătură privată și pot face dovada împotriva celui care le-a trimis în măsura în care nu se contestă conținutul lor de partea căreia i se opun.

Înscrisurile în format electronic au făcut obiectul de reglementare al Legii nr. 455/2001 privind semnătura electronică<sup>24</sup>, fiind asimilate în privința condițiilor și efectelor cu înscrisurile sub semnătură privată. Chiar dacă e-mail-urile private ale părților din procesul de divorț nu îndeplinesc în totalitate condițiile impuse de prezenta lege, în măsura în care nu sunt contestate sau se coroborează cu alte probe administrate în cauză, vor putea fi folosite de instanță la formarea convingerii privind veridicitatea celor imputate părții de la care se presupune că provin<sup>25</sup>.

Transcrierea înregistrărilor telefonice<sup>26</sup> ale unuia dintre soți a fost admisă ca probă în procesul civil de către instanțele de judecată, fiind asimilată înscrisurilor sub semnătură privată. Partea care alege să se folosească de o astfel de probă trebuie să depună la dosar atât transcrierea înregistrării, cât și suportul de pe care a fost făcută înregistrarea, iar o eventuală contestare a modificării conținutului convorbirii poate forma obiectul unei expertize tehnice de specialitate.

Este util de menționat faptul că pentru administrarea probelor în procesul de divorț poate fi folosită și instituția comisiei rogatorii reglementată de art. 261 alin. (2) C. pr. civ. Astfel, în situația în care este necesară audierea unui martor, iar acesta nu se poate deplasa pe distanțe lungi, se poate solicita ca audierea să se facă de instanța în a cărei circumscripție se află domiciliul său sau în apropierea acestuia.

Având în vedere cele susținute anterior, dar și faptul că noile dispoziții procedurale nu exclud utilizarea anumitor mijloace de probă pentru dovedirea motivelor de divorț și a cererilor accesorii, suntem de părere că în procesul de divorț sunt admisibile orice mijloace de probă.

#### **4. Efectele pronunțării divorțului din culpa exclusivă a unuia dintre soți**

În cazul pronunțării divorțului din culpa exclusivă a unuia dintre soți, instanța de tutelă poate acorda despăgubiri soțului nevinovat, dacă acesta din urmă solicită repararea pagubei care i-a fost cauzată prin desfacerea căsătoriei, sub condiția dovedirii existenței și întinderii prejudiciului.

---

<sup>23</sup> A se vede M. Tăbărcă, *Drept procesual civil*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2005, pp. 534 și 535.

<sup>24</sup> Această lege a fost republicată în M. Of. nr. 316 din 30 aprilie 2014.

<sup>25</sup> A se vedea B.D. Moloman, L.C. Ureche, *op. cit.*, pp. 366 și 367.

<sup>26</sup> A se vedea Trib. Alba, S. civ., dec. nr. 664/1984, publicată în *Revista Română de Drept* nr. 7/1985, p. 55.

În acest sens, art. 388 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil prevede că: „Distinct de dreptul la prestația compensatorie prevăzut la art. 390, soțul nevinovat, care suferă un prejudiciu prin desfacerea căsătoriei, poate cere soțului vinovat să îl despăgubească. Instanța de tutelă soluționează cererea prin hotărârea de divorț.”

Dreptul la despăgubiri consacrat prin art. 388 C. civ. are rolul de a asigura repararea prejudiciului cauzat soțului nevinovat prin desfacerea căsătoriei. Astfel se explică faptul că acest drept nu poate să fie valorificat decât în cadrul procesului de divorț, nu și printr-o acțiune directă, ulterior rămânerii definitive a hotărârii. Neexercitarea dreptului în limitele temporale stabilite atrage decăderea din exercițiul acestuia, adică pierderea posibilității de a fructifica o atare pretenție pe cale judiciară<sup>27</sup>.

În literatura de specialitate<sup>28</sup>, s-a exprimat și opinia diametral opusă, conform căreia dispoziția din teza finală a art. 388 C. civ.<sup>29</sup> nu are caracter imperativ, ci reglementează situația cel mai des întâlnită, respectiv aceea în care cererea de despăgubiri se va soluționa prin hotărârea de divorț. În situația în care prejudiciul apare ulterior, cererea de despăgubire se poate formula separat, în cadrul termenului general de prescripție, care va începe să curgă de la momentul producerii prejudiciului.

Dispozițiile art. 388 C. civ. care reglementează acordarea despăgubirilor sunt aplicabile în cazul în care motivele de divorț s-au ivit după intrarea în vigoare a noului Cod civil.

În consecință, nu faptele prejudiciabile trebuie săvârșite după intrarea în vigoare a noului Cod civil, ci chiar motivele de divorț trebuie să se fi ivit după această dată pentru ca soțul inocent să poată solicita despăgubiri de la soțul vinovat potrivit art. 388 C. civ.

Din interpretarea art. 388 C. civ. rezultă că aceste despăgubiri nu au natura unor prestații compensatorii acordate soțului nevinovat de desfacerea căsătoriei, întrucât acestea din urmă își au izvorul în art. 390 alin. (1) C. civ., care prevede că atunci când „divorțul se pronunță din culpa exclusivă a soțului pârât, soțul reclamant poate beneficia de o prestație care să compenseze, atât cât este

---

<sup>27</sup> A se vedea F. Emese, *op. cit.*, p. 135.

<sup>28</sup> A se vedea C.C. Hageanu, *Dreptul familiei și actele de stare civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 163.

<sup>29</sup> Conținutul acestui articol de lege este următorul: „Distinct de dreptul la prestația compensatorie prevăzut la art. 390, soțul nevinovat, care suferă un prejudiciu prin desfacerea căsătoriei, poate cere soțului vinovat să îl despăgubească. Instanța de tutelă soluționează cererea prin hotărârea de divorț.”

posibil, un dezechilibru semnificativ pe care divorțul l-ar determina în condițiile de viață ale celui care o solicită.”

Legiuitorul român a avut ca punct de reper dispozițiile art. 266 C. civ. fr. Anterior modificărilor survenite în anul 2004 prin Legea nr. 439 din 26 mai, art. 266 C. civ. fr. prevedea doar posibilitatea reparării prejudiciului material sau moral cauzat celuilalt soț prin desfacerea căsătoriei din culpa exclusivă a unuia dintre soți, fără a face vreo mențiunea cu privire la gravitatea prejudiciului.

În prezent, art. 266 C. civ. fr.<sup>30</sup> prevede că daunele-interese pot fi acordate unuia dintre soți pentru repararea consecințelor de o gravitate deosebită pe care le suferă din cauza disoluției căsătoriei.

De asemenea, în dreptul civil francez este recunoscut în același timp și dreptul la despăgubiri pe temeiul răspunderii civile delictuale, pentru orice alte prejudicii pe care soțul nevinovat le suferă, chiar dacă fac parte dintre motivele de divorț sau sunt produse ulterior divorțului.

Astfel a decis instanța franceză care, pe de o parte, a admis cererea în despăgubiri, apreciind că distrugerea imaginii de familie unită și armonioasă de care se bucura cuplul și copilul lor constituie un prejudiciu moral cauzat nemijlocit prin divorț, iar pe de altă parte, a admis cererea aceluiași soț de reparare a prejudiciului cauzat lui constând în aceea că, din cauza comportamentului soțului său (angajat într-o relație de concubinaj și proferând injurii la adresa soției), aceasta a recurs la gesturi extreme, suicidale<sup>31</sup>.

În legătură cu art. 388 C. civ. supus analizei, se ridică întrebarea dacă acesta exclude dreptul de a obține daune-interese pe temeiul răspunderii civile delictuale ulterior desfacerii căsătoriei.

Considerăm că în situația în care desfacerea căsătoriei îl prejudiciază pe unul dintre soți, acesta poate acționa împotriva soțului vinovat de producerea prejudiciului fie pe calea dreptului comun, prevăzută de art. 1357 C. civ., fie pe calea specială prevăzută de art. 388 C. civ.

Prima acțiune poate să fie exercitată între soți atât în timpul căsătoriei, cât și pe parcursul procesului de divorț și poate avea ca obiect despăgubirea pentru orice prejudiciu material sau moral. Fiind vorba de o răspundere civilă delictuală, soțul care solicită această despăgubire trebuie să facă dovada îndeplinirii

---

<sup>30</sup> Conținutul acestui articol de lege este următorul: „Sans préjudice de l’application de l’article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d’une particulière gravité qu’il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu’il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu’il n’avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu’à l’occasion de l’action en divorce.”

<sup>31</sup> A se vedea F. Emese, *op. cit.*, p. 135.

condițiilor pentru antrenarea acestei forme de răspundere, respectiv prejudiciul, fapta ilicită, legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu și vinovăția autorului faptei ilicite.

În situația în care soțul nevinovat de desfacerea căsătoriei pretinde despăgubiri în temeiul art. 388 C. civ., acesta trebuie să facă dovada că prejudiciul pe care l-a suferit a fost produs prin însăși desfacerea căsătoriei. Orice altă pagubă suferită de soțul inocent, care nu este urmarea directă a desfacerii căsătoriei, nu poate fi reparată în baza acestui temei.

Legătura de cauzalitate între desfacerea căsătoriei și prejudiciul suferit se stabilește mai ușor în cazul prejudiciului de natură morală, deoarece trauma emoțională este susceptibilă să argumenteze cererea în despăgubiri a soțului inocent și poate fi amplificată de circumstanțele personale ale soțului îndreptățit, dar și de circumstanțele divorțului în sine.

Un alt aspect ce face dificilă obținerea de despăgubiri se referă la respectarea cerințelor de drept comun privind prejudiciul. Pentru a putea fi reparat, prejudiciul trebuie să îndeplinească anumite condiții: să fie cert, direct, personal și să rezulte din încălcarea sau atingerea unui drept sau a unui interes legitim<sup>32</sup>.

În cazul despăgubirilor reglementate de art. 388 C. civ. prejudiciul este unul viitor; drept urmare, stabilirea caracterului său cert presupune ca prejudiciul viitor să fie unul sigur, atât din punct de vedere al existenței, cât și din punct de vedere al întinderii sale.

În ceea ce privește rolul pe care îl îndeplinesc aceste două instituții juridice în materia desfacerii căsătoriei, apreciem că despăgubirile prevăzute de art. 388 C. civ. au valoarea unei sancțiuni pecuniare aplicate soțului vinovat de desfacerea căsătoriei, iar scopul acestora este acela de a acoperi exclusiv prejudiciul cauzat soțului nevinovat prin desfacerea căsătoriei. Finalitatea prestației compensatorii este de a asigura soțului nevinovat o situație materială similară celei avută în timpul căsătoriei.

Raportat la forma sub care pot fi acordate despăgubirile prevăzute de art. 388 C. civ., în doctrină au fost exprimate două opinii.

Astfel, într-o opinie<sup>33</sup>, pe care o considerăm corectă, s-a susținut faptul că despăgubirile se pot stabili doar în bani potrivit principiului reparării integrale a prejudiciului fără a se ține cont de starea materială a debitorului.

Această opinie este susținută de interpretarea coroborată a dispozițiilor art. 388 C. civ. care se referă doar la despăgubiri și ale art. 1386 alin. (1) C. civ. care disting între repararea în natură a prejudiciului și despăgubiri.

---

<sup>32</sup> A se vedea L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 416.

<sup>33</sup> A se vedea M. Floare, *Unele observații privind despăgubirile în caz de divorț conform art. 388 din Noul Cod civil*, în revista *Studia Universitatis Babeș-Bolyai* nr. 1/2013, p. 154.

În schimb, potrivit altei opinii, prejudiciul poate fi reparat și prin prestații în natură, respectiv acordarea unui drept de uzufruct asupra unui bun al debitorului.

Considerăm că soluția propusă de cea de-a doua opinie reprezintă un artificiu juridic care excede caracterului patrimonial al dreptului la despăgubiri, susceptibil să creeze confuzii și să diminueze frontiera dintre dreptul la despăgubiri și prestația compensatorie.

În ceea ce privește instituția prestației compensatorii la care face referire art. 390 C. civ., aceasta a fost determinată, în mare parte, de același raționament care a dus la instituirea despăgubirilor prevăzute de art. 388 C. civ., și anume înlocuirea obligației de sprijin căreia i-a pus capăt mariajul, cu precizarea că prestația compensatorie are un regim juridic propriu.

Astfel că, independent de posibilitatea solicitării de despăgubiri în temeiul art. 388 C. civ., soțul nevinovat poate pretinde de la soțul vinovat de destrămarea căsătoriei plata unei prestații compensatorii destinate să acopere, pe cât posibil, dezechilibrul semnificativ pe care divorțul îl produce în condițiile de viață ale celui ce o solicită.

Instituția prestației compensatorii este reglementată, cu titlu de noutate absolută în dreptul nostru, de Codul civil, în cuprinsul art. 390-395, și a luat naștere ca o necesitate, ca urmare firească a evoluției societății umane și implicit a dreptului, legiuitorul având ca punct de reper Codul civil francez și Codul civil al provinciei Québec.

Distinct față de regimul despăgubirilor prevăzute de art. 388 C. civ., prestația compensatorie se poate acorda numai dacă soții au fost căsătoriți cel puțin 20 de ani. Această durată se calculează de la momentul încheierii căsătoriei, nefiind necesar să se fi împlinit la momentul promovării cererii, dar este nevoie ca ea să fie împlinită la momentul pronunțării hotărârii de divorț de către instanța de fond.

În ceea ce ne privește, în acord și cu alte opinii exprimate în literatura de specialitate<sup>34</sup>, apreciem că această dispoziție legală poate crea o situație inechitabilă, întrucât ar putea exista soți inocenți care să sufere un dezechilibru semnificativ prin desfacerea unei căsătorii cu o durată mai mică de 20 de ani și care nu ar putea primi o astfel de compensație. În susținerea acestei poziții, arătăm că suferința provocată de un divorț nu poate fi cuantificată sub nicio formă, nici ținând seama de durata căsniciei ce s-a destrămat și nici de manifestarea durerii prin exteriorizare.

---

<sup>34</sup> A se vedea, în acest sens, B.D. Moloman, L.C. Ureche, *op. cit.*, p. 409.

Considerăm că ar fi echitabil ca legiuitorul să renunțe la acordarea compensației exclusiv în asemenea condiții, judecătorul investit cu soluționarea litigiului privind desfacerea căsătoriei urmând să stabilească, ulterior probatoriului administrat, dacă se impune acordarea acesteia, indiferent de durata căsniciei.

Se cuvine să menționăm faptul că prestația compensatorie poate fi solicitată numai odată cu desfacerea căsătoriei. În situația în care acțiunea de divorț trebuia soluționată în temeiul Codului familiei, instanța de judecată nu putea acorda prestația compensatorie întrucât Codul familiei nu prevedea această posibilitate<sup>35</sup>.

Astfel, prestația compensatorie întemeiată pe dispozițiile art. 390 C. civ. poate fi acordată numai pentru acțiunile de divorț înregistrate după intrarea în vigoare a noului Cod civil.

Similar modului în care am abordat instituția juridică a despăgubirilor, în continuare vom prezenta care sunt formele sub care poate fi solicitată prestația compensatorie.

Potrivit art. 392 C. civ., prestația compensatorie poate fi stabilită fie în bani, fie în natură.

În ceea ce privește plata prestației compensatorii, suntem de părere că aceasta poate fi stabilită atât în bani, cât și în natură.

În situația în care prestația compensatorie se fixează în bani, poate îmbrăca forma unei sume globale care se indexează de drept, trimestrial, în funcție de rata inflației sau a unei rente viagere fixată într-o cotă procentuală din venitul debitorului sau într-o sumă de bani determinată, în acest sens fiind important să facem precizarea că renta viageră se stabilește exclusiv în bani, nu și în bunuri fungibile.

În ceea ce privește plata ratelor de rentă, în situația în care instanța de judecată nu stabilește periodicitatea acestora, se va aplica art. 2.248 alin. (1) C. civ., care prevede că acestea se plătesc trimestrial și în avans, iar dacă debitorul prestației compensatorii nu își execută obligația, beneficiarul poate cere executarea silită.

Prestația compensatorie care îmbracă forma rentei viagere se stabilește pe durata vieții beneficiarului sau pe o durată mai scurtă, nefiind posibilă stabilirea ei pe durata vieții unei alte persoane.

În situația în care prestația compensatorie este solicitată de către soțul inocent sub forma rentei viagere sau pe o perioadă limitată în timp, soțul beneficiar are posibilitatea de a cere instanței de judecată obligarea debitorului

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 413.

la constituirea unei garanții reale (gaj, ipotecă imobiliară, ipotecă mobilă) sau la darea unei cauțiuni pentru a asigura executarea rentei.

Constituirea acestei garanții este facultativă, instanța de judecată, în funcție de circumstanțele cauzei, putând aprecia dacă se impune sau nu constituirea garanției ori darea unei cauțiuni.

Așa cum s-a reliefat și în literatura de specialitate<sup>36</sup>, considerăm că instituirea garanției poate avea loc doar atunci când prestația compensatorie s-a stabilit sub forma unei rente, scopul urmărit fiind acela de a asigura plata rentei.

În schimb, dacă prestația compensatorie se stabilește în natură, aceasta poate lua forma uzufructului<sup>37</sup> asupra unor bunuri mobile sau imobile care aparțin debitorului<sup>38</sup>.

La fel ca în situația rentei viagere, uzufructul se poate constitui pe toată durata vieții celui care solicită prestația compensatorie sau pentru o perioadă mai scurtă, care se stabilește prin hotărârea de divorț.

În jurisprudență s-a decis însă că uzufructul asupra unui imobil nu poate să fie acordat cu titlu de prestație compensatorie, în condițiile art. 392 alin. (3) C. civ.<sup>39</sup>, dacă bunul este comun, întrucât cu privire la acest bun soțul interesat poate să ceară partajul<sup>40</sup>.

Spre deosebire de dreptul la despăgubiri reglementat de art. 388 C. civ., prestația compensatorie poate suferi modificări în ceea ce privește cuantumul acesteia, în situația în care se schimbă, în mod semnificativ, mijloacele debitorului și resursele creditorului.

În opinia noastră, simpla modificare a situației mijloacelor debitorului și a resurselor creditorului, fără a avea caracter semnificativ, nu justifică modificarea cuantumului prestației compensatorii.

Instanța de judecată trebuie să aprecieze de la caz la caz caracterul semnificativ al modificării mijloacelor debitorului sau a resurselor creditorului, în funcție de circumstanțele fiecărei cauze și de situația personală a fiecărui debitor și creditor.

---

<sup>36</sup> A se vedea G.C. Frențiu, *Comentariile Codului Civil. Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 344.

<sup>37</sup> Potrivit art. 703 C. civ., „uzufructul este dreptul de a folosi bunul altei persoane și de a culege fructele acestuia, întocmai ca proprietarul, cu îndatorirea de a-i conserva substanța”.

<sup>38</sup> Conform art. 706 C. civ., „pot fi date în uzufruct orice bunuri mobile sau imobile, corporale sau necorporale, inclusiv o masă patrimonială, o universalitate de fapt ori o cotă parte din aceasta”.

<sup>39</sup> Art. 392 alin. (3) C. civ. prevede că „renta și uzufructul se pot constitui pe toată durata vieții celui care solicită prestația compensatorie sau pentru o perioadă mai scurtă, care se stabilește prin hotărârea de divorț”.

<sup>40</sup> A se vedea Jud. Sect. 2 București, sent. civ. nr. 5386/2012, citată în B.D. Moloman, L.C. Ureche, *op. cit.*, p. 415.



**În concluzie**, noul Cod Civil acordă o importanță deosebită vinovăției în pronunțarea divorțului, întrucât efectele desfacerii căsătoriei sunt trecute prin „filtrul culpei”, relevant sub acest aspect fiind dreptul soțului nevinovat la despăgubiri și la prestația compensatorie, în condițiile legii.

În practică există posibilitatea să apară unele probleme privind aplicarea instituției juridice a dreptului la despăgubiri, fiind cauzate de reglementarea concisă care este de natură să creeze confuzii în ceea ce privește îndeplinirea condițiilor pentru angajarea acestei forme de răspundere civilă delictuală.

# Principalele controverse privind caluza de preciput

Masterand **Adella Claudia BOT\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

## Abstract

*This paper analyzes the preciput clause as it is regulated in the new Romanian Civil Code and as it is subject to jurists' debates. Starting from these guiding lines, the paper presents an opinion on certain issues likely to create controversies concerning this family law institution. Situated in between donation and legacy, having effects mortis causa, but subject to reduction, inextricably linked to the matrimonial convention engendering it, the preciput clause has been borrowed from French civil law and brought into the Romanian civil law, where it still plays an important role. Five years after the entry into force of the new Civil Code, the rules governing the preciput clause are open to new interpretations and de lege ferenda proposals, able to establish its normative content and to confer it normality and presence in the patrimonial life of spouses.*

**Keywords:** preciput clause, matrimonial convention, family law, new Civil Code

## Rezumat

*Această lucrare analizează clauza de preciput, astfel cum este ea reglementată în noul Cod civil român și cum este dezbătută în doctrina de specialitate. Pornind de aici, lucrarea formulează o opinie asupra problemelor apte de a crea controverse cu privire la această instituție de dreptul familiei. Aflată la granița dintre donație și legat, cu efecte mortis causa, dar supusă reducăiunii, indispensabil legată de convenția matrimonială în care poate lua ființă, clauza de preciput a fost preluată din dreptul civil francez și introdusă într-un drept civil român, în care încă își mai caută locul. La aproape 5 ani de la intrarea în vigoare a noului Cod civil, normele care guvernează clauza de preciput așteaptă noi interpretări, dar și propuneri de lege ferenda care să stabilizeze conținutul normativ al instituției, conferindu-i acesteia normalitatea și necesitatea de a fi prezentă în viața patrimonială a soților.*

---

\* bot.adella.claudia@gmail.com

*Cuvinte-cheie:* clauza de preciput, convenția matrimonială, dreptul familiei, noul Cod civil

Noul Cod civil român aduce cu sine o nouă ordine în raporturile patrimoniale dintre soți în dreptul familiei, punând în lumină clauza de preciput, ca noutate în ceea ce îi privește denumirea, dar nu și conținutul. Preluată fiind din dreptul civil francez, a fost ruptă din contextul său de origine și transpusă în dreptul nostru civil, fiind aparent necorelată, voit sau nu, cu restul instituțiilor cu care, datorită naturii ei, urmează să intre în coeziune pe măsură ce își va produce efectele juridice.

Denumită în epoca romană drept instituire contractuală, în vechiul drept francez a fost interzisă instituirea de moștenitori pe această cale, fiind însă permisă în contractele de căsătorie. Dunod de Charnage<sup>1</sup> avea să spună că instituirea contractuală era „o asigurare irevocabilă de a moșteni”, titlul de moștenitor era irevocabil dobândit, în timp ce emolumentul succesoral era doar susceptibil de a fi dobândit la data decesului lui *de cuius*. Domat<sup>2</sup> a recunoscut natura mixtă a preciputului, de contract de donație raportat la irevocabilitate, dar și de modalitate de a succede privitor la efectele clauzei și la modul de transmitere a bunurilor.

Clauza de preciput ia ființă prin includerea ei într-o convenție matrimonială<sup>3</sup>, care conferă soților sau viitorilor soți prerogativa de a alege un alt regim matrimonial decât cel legal, legiuitorul oferind acum liberului arbitru al soților trei regimuri matrimoniale: comunitatea legală (de drept comun, pentru care nu se necesită încheierea unei convenții matrimoniale), separația de bunuri și comunitatea convențională, pentru cele două din urma fiind necesară încheierea unei convenții matrimoniale în formă autentică.

Pentru a putea stabili trăsăturile clauzei de preciput trebuie să stabilim în primul rând sediul materiei în care este reglementată și care sunt alte dispoziții incidente: art. 333 C. civ., intitulat „Clauza de preciput”, precum și art. 367 lit. d), denumit „Obiectul convenției matrimoniale”.

Plecând de la reperatele legislative, doctrina a definit clauza de preciput ca fiind acordul de voință al soților sau al viitorilor soți, încheiat în condițiile legii, inclus în convenția matrimonială, stipulând că soțul supraviețuitor va prelua fără

---

<sup>1</sup> J. Ph. Levy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2010, p. 1317, *apud* I. Popa, în *Revista română de drept privat*, nr. 4/2010, p. 169.

<sup>2</sup> J. Ph. Levy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 1322, *apud* I. Popa, *op. cit.*, p. 169.

<sup>3</sup> Reglementată în art. 329 și urm. C. civ., convenția matrimonială este o altă instituție repusă în vigoare odată cu intervenirea noului Cod civil.

plată, înainte de partajul moștenirii, unul sau mai multe bunuri comune, deținute de către soți în devălmășie sau în coproprietate<sup>4</sup>.

În cele ce urmează vom analiza natura juridică (1) a clauzei de preciput, caracterele ei juridice (2), părțile clauzei (3), obiectul acesteia (4), compatibilitatea ei cu regimurile matrimoniale (5) și soluția care intervine în situația în care prin instituirea clauzei se încalcă rezerva moștenitorilor (6).

### 1. Natura juridică

În ceea ce privește natura juridică a clauzei de preciput, literatura de specialitate are opinii controversate, oferind argumente pentru diferitele teze susținute. Art. 333 C. civ. a fost preluat din art. 1515 C. civ. fr., însă, spre deosebire de reglementarea de origine, care prevede expres că „*preciputul nu este o donație*”, noul Cod civil se marginește la a arăta că „*clauza de preciput nu este supusă raportului donațiilor, ci numai reducțiunii*”. Este convergentă soluția doctrinei de a o califica drept liberalitate în ciuda inconsecvenței legiuitorului care, în art. 984 alin. (2) C. civ., dispune că „*nu se pot face liberalități decât prin donație sau legat cuprins în testament*”<sup>5</sup>.

În continuare, s-a spus despre clauza de preciput că posedă toate elementele caracteristice ale instituirii contractuale: are forma unei donații, în sensul că poate fi cuprinsă numai în convenția matrimonială, ce se încheie în forma actului autentic notarial, dar efectele sunt cele ale legatului, neconferind soțului drepturi actuale, ci numai eventuale, care vor lua naștere numai la decesul dispunătorului<sup>6</sup>.

Asupra posibilei naturi juridice s-a susținut în doctrină ideea că nu ar fi îndeplinite condițiile de existență a unei donații<sup>7</sup>, astfel că nu ar exista o micșorare a unui patrimoniu prin executarea clauzei, datorită faptului că bunurile preluate de către soțul supraviețuitor sunt cuprinse în masa bunurilor comune.

---

<sup>4</sup> D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Reglementarea clauzei de preciput în noul Cod civil român*, <http://www.juridice.ro/100156/reglementarea-clauzei-de-preciput-in-noul-cod-civil-roman.html>, consultat în data de 26 aprilie 2016.

<sup>5</sup> N.C. Aniței, *Convenția matrimonială privity noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 69; B.D. Moloman, L.-C. Ureche, *Noul Cod Civil. Comentarii, explicații și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 228.

<sup>6</sup> D. Chirică, *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, pp. 368 și 369.

<sup>7</sup> D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Reglementarea clauzei de preciput în Noul Cod civil român*, în *Pandectele Române* nr. 1/2010, p. 19.

Nu putem fi, însă, de acord că în condițiile arătate mai sus am fi în prezența micșorării unei mase succesoriale, atât timp cât legiuitorul specifică explicit faptul că bunurile vor fi preluate de către soțul supraviețuitor înainte de partajul moștenirii, astfel că acele bunuri nu vor ajunge în masa succesorală a soțului defunct, ci vor ajunge prin efectul clauzei de preciput direct în patrimoniul soțului supraviețuitor, neputând suporta concursul celorlalți moștenitori.

Nu poate fi ignorat nici elementul *alea*<sup>8</sup>, soțul supraviețuitor neputând fi cunoscut la momentul inserării clauzei în convenția matrimonială.

Însuși sistemul de drept de unde a fost preluată această instituție, dreptul francez, exclude posibilitatea asimilării clauzei de preciput cu un legat, specificându-se faptul că termenii „prin preciput” sau „preciputar” trebuie înțeleși ca „în afara părții succesoriale”.

Încadrând cele două tipuri de acte, convenția matrimonială și testamentul, în clasificarea actelor juridice civile, observăm faptul că primul este un act juridic bilateral, un contract, în timp ce testamentul este un act unilateral. Nu s-ar putea concepe instituirea unui legat într-un contract și, cu atât mai puțin, acceptarea lui de către beneficiar încă din timpul vieții testatorului.

Doctrina de specialitate consideră că această clauză nu ar putea fi asimilată niciunei modalități diferite de lichidare a comunității convenionale<sup>9</sup>, și anume o clauză de partaj inegal al bunurilor comune. S-a afirmat, de asemenea, că această clauză ar constitui un avantaj matrimonial distinct, fiind inclusă în convenția matrimonială.

## **2. Caractere juridice**

### **a) Clauza de preciput – act convențional sau unilateral?**

Pornind de la textul de lege observăm includerea clauzei într-o convenție matrimonială, fapt ce ne-ar putea face să credem că ea însăși este un act convențional care conferă soților un drept eventual<sup>10</sup>, a cărui existență, spunem noi, este pusă sub semnul întrebării. Având în vedere că dreptul soțului supraviețuitor de a prelua fără plată bunul se va naște abia în momentul decesului celuilalt soț, până în acel moment fiecare dintre soți are prerogativa de a dobândi acel unic drept de a prelua un bun la moartea celuilalt. Actul – clauza de preciput – este afectat de o condiție casuală și suspensivă<sup>11</sup>, de a cărei

---

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *op. cit.*, <http://www.juridice.ro/100156/reglementarea-clauzei-de-preciput-in-noul-cod-civil-roman.html>.

<sup>11</sup> G. Boroș, C.A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 192.

realizare depinde nașterea (eficacitatea) dreptului subiectiv civil și a obligațiilor corelative, realizarea evenimentului depinzând însă de hazard (de exemplu „preiei apartamentul dacă mor înaintea ta”/„preiau apartamentul dacă mori înaintea mea”).

În doctrină<sup>12</sup> s-a susținut faptul că această clauză de preciput, inclusă fiind în convenția matrimonială, are, în consecință, un caracter accesoriu, fapt ce ar susține indubitabil caracterul convențional al clauzei, excluzând varianta actului unilateral, chiar și atunci când clauza este stipulată numai în favoarea unuia dintre soți, și nu a amândurora. Din aceste cauze considerăm indispensabilă o scurtă analiză a convenției matrimoniale ca tip de act, pentru a putea stabili ce fel de clauze pot fi inserate în aceasta.

Despre convenția matrimonială sau contractul de căsătorie s-a spus că este o convenție complexă atunci când nu se limitează doar la determinarea regimului matrimonial, ci comportă clauze care au și un alt obiect. De exemplu, convenția enunță bunurile care aparțin soților la data celebrării căsătoriei<sup>13</sup>, poate să constate donații între soți sau chiar acte juridice distincte, cum ar fi recunoașterea unui copil<sup>14</sup>.

Complexitatea convenției matrimoniale ridică întrebarea, celebră la sfârșitul secolului trecut în dreptul francez, a divizibilității sau indivizibilității contractului de căsătorie. Termenii săi nu sunt aceiași, după cum în cauză este o problemă de calificare sau de validitate.

Având în vedere faptul că între diferitele avantaje pe care și le fac soții la încheierea unei convenții matrimoniale, există o strânsă legătură deoarece fiecare dintre ele are ca și cauză pe toate celelalte, nefiind o liberalitate veritabilă și constituind un avantaj matrimonial, putem constata că ne aflăm în prezența unei indivizibilități.

Cu toate acestea, nu există indivizibilitate<sup>15</sup> nici în cadrul nulității, nici al validității, deoarece nulitatea unei clauze nu o antrenează în mod necesar și pe cea a celorlalte, la fel cum validitatea unui contract nu antrenează validitatea tuturor clauzelor sale.

Este de menționat faptul că, datorită complexității clauzelor pe care le conține, precum și a efectelor pe care le produce, convenția matrimonială se deosebește net de orice contract ordinar.

---

<sup>12</sup> B.D. Moloman, L.-C. Ureche, *Noul Cod Civil. Comentarii, explicații și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 227.

<sup>13</sup> Este vorba despre declarația de aporturi, mult mai frecventă în secolul trecut, mai mult de 90% din contracte, decât în zilele noastre, aprox. 50% în anul 1962.

<sup>14</sup> A.R., Motica, *Regimurile matrimoniale în diverse sisteme de drept*, Ed. Universității de Vest, Timișoara, 2012, p. 110.

<sup>15</sup> *Idem*.

Prin utilizarea termenului de contract sau de convenție în cadrul normelor juridice care o reglementează și din punctul de vedere al voinței părților care sunt implicate, convenția matrimonială poate fi considerată un act juridic de formație bilaterală.

#### ***b) Act cu titlu gratuit***

Este indiscutabil caracterul gratuit al clauzei, după cum reiese expres din cuprinsul art. 333 alin. (1) C. civ. care arată că soțul supraviețuitor va lua „fără plată, înainte de partajul moștenirii, unul sau mai multe dintre bunurile comune”.

#### ***c) Caracterul translativ de proprietate***

Efectul principal al clauzei îl constituie transmiterea unuia sau mai multor bunuri comune, deținute în devălmășie sau în coproprietate. În fapt, ceea ce se transmite este cota parte a soțului defunct asupra respectivelor bunuri<sup>16</sup>, care sunt astfel scoase de la devoluțiunea succesorală legală ori testamentară ordinară.

#### ***d) Caracterul accesoriu***

Convenția matrimonială reprezintă un tipar juridic în care pot fi înglobate atât aspecte de natură patrimonială decurgând din căsătorie, cât și dispoziții de altă natură, ca, de exemplu, donații reciproce între soți ori donații făcute de terți soților în vederea căsătorie sau recunoașterea unui copil. Actele juridice cuprinse în convenția matrimonială își păstrează natura juridică proprie, chiar dacă sunt cuprinse în convenția matrimonială. Din acest punct de vedere, convenția matrimonială se aseamănă cu testamentul, care la rândul său este un tipar juridic ce poate îngloba mai multe acte juridice cu regimuri distincte.

Convenția matrimonială este un act juridic complex, în care pot fi inserate alte acte juridice, cum ar fi donația sau recunoașterea unui copil, care chiar incluse fiind în convenție, își păstrează caracterul de contract unilateral, respectiv de act unilateral, nealterându-și natura. Plecând de la această idee, ajungem la concluzia că nu se poate absolutiza faptul că o astfel de clauză, odată inclusă în convenția matrimonială, capătă din acel moment trăsăturile actului în care ia ființă. Caracterul bilateral sau un eventual caracter unilateral ar trebui să se poată desprinde chiar din însăși clauza de preciput. Însă, alăturându-ne doctrinei care susține că această clauză este un acord, și nu o manifestare unilaterală de voință, susținem aceasta chiar și în cazul în care este stipulată

---

<sup>16</sup> N.C. Aniței, *op. cit.*, p. 70.

doar în favoarea unuia dintre soți, cu condiția ca acela să supraviețuiască celuilalt. Consecințele care decurg din această accesorialitate sunt acelea că această clauză nu are caracter de sine stătător, ea neputând fi inserată într-un alt tip de contract. Aceasta este soluția adoptată de legiuitor în art. 333 C. civ. coroborat cu art. 367 C. civ. care prevăd includerea clauzei de preciput doar în cadrul convenției matrimoniale. Clauza are natura unui act juridic accesoriu, fără existență de sine stătătoare, soarta sa fiind determinată de soarta actului juridic principal<sup>17</sup>.

#### ***e) Clauza de preciput – act mortis causa***

Din interpretarea literară a art. 333 alin. (1) C. civ. se deduce cu claritate momentul în care clauza de preciput începe să își producă efectele, când dreptul subiectiv se naște în patrimoniul soțului supraviețuitor; fiind vorba despre un soț supraviețuitor (este clar că trebuie să existe), aceasta presupune în mod clar existența decesului celuilalt soț, soțul în viață urmând a intra în posesia bunului – obiect al clauzei – înainte de partajul moștenirii.

În încercarea de a se găsi un loc clar în dreptul nostru, clauza de preciput a fost comparată cu legatul cu titlu particular<sup>18</sup>. Susținem, însă, ideea că singura similitudine o reprezintă efectele și momentul când aceste acte încep să producă efecte, moment în care există un deces, al unuia dintre soți în ceea ce privește clauza de preciput sau al testatorului.

#### ***f) Clauza de preciput – act juridic solemn***

Actul juridic civil principal, în care poate fi inclusă clauza de preciput, nu poate fi încheiat decât în formă autentică, sub sancțiunea nulității absolute, fiind însă necesare o serie de formalități de publicitate suplimentare pentru ca această convenție matrimonială să își producă efectele.

#### ***g) Clauza de preciput – act juridic afectat de modalități***

În ceea ce privește clauza de preciput, putem afirma că este un act juridic civil inseparabil de modalități, astfel că aceasta este afectată de o condiție casuală și suspensivă, urmând a-și produce efectele la momentul decesului unuia dintre soți.

#### ***h) Clauza de preciput – act juridic subiectiv***

Având în vedere faptul că soții pot decide atât în ceea ce privește încheierea convenției și, implicit, stipularea unei clauze de preciput, cât și referitor la

---

<sup>17</sup> G. Boroș, C.A. Angheliescu, *op. cit.*, p. 121.

<sup>18</sup> I. Popa, *op. cit.*, p. 176.



conținutul clauzei (care dintre bunuri să facă obiectul clauzei), această clauză este un act juridic subiectiv.

### ***i) Clauza de preciput – caracter aleatoriu***

Caracterul aleatoriu al clauzei de preciput derivă din faptul că suntem în prezența unui drept eventual al soților, care se va concretiza abia la împlinirea condiției suspensive de care este afectat. În momentul în care unul dintre soți decedează se va putea stabili cu exactitate care este soțul beneficiar al clauzei și cui îi revine bunul deținut până atunci în comun.

### ***j) Clauza de preciput – act juridic cu caracter patrimonial***

Chiar dacă s-a spus în literatură de specialitate că o clauză de preciput nu este afectată de intenția de a gratifica<sup>19</sup> (*animus donandi*), caracterul patrimonial al actului este inerent, stabilindu-se prin această clauza soarta unui bun.

## **3. Părțile**

Clauza are un caracter specific raporturilor patrimoniale de familie<sup>20</sup>, întrucât doar soții sau viitorii soți pot să încheie o convenție matrimonială. Se va putea oare încheia o convenție matrimonială având ca obiect exclusiv o clauză de preciput înaintea împlinirii termenului de un an, din moment ce soții au ales la momentul căsătoriei regimul comunității convenționale? În opinia noastră, s-ar putea încheia o asemenea convenție, dacă nu se încalcă regulile instituite de Codul civil, în sensul că nu se modifică regimul matrimonial existent. Adică regimul matrimonial existent este cel al comunității convenționale ales încă de la momentul încheierii căsătoriei, iar soții încheie o nouă convenție matrimonială prin care nu se aduce atingere regimului matrimonial existent, dar se inserează o clauză de preciput.

## **4. Obiectul**

Obiectul clauzei, după cum este precizat explicit în dispozițiile Codului civil, îl reprezintă bunurile comune, acestea putând fi deținute de către soți fie în coproprietate, fie în devălmașie, legea nefăcând distincție între bunurile mobile sau imobile, iar *ubi lex non distinguit, necque nos distinguere debemus*, astfel că oricare dintre aceste bunuri pot forma obiectul clauzei. Prin urmare, subliniem

---

<sup>19</sup> D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Reglementarea clauzei de preciput în Noul Cod civil român*, în *Pandectele Române* nr. 1/2010, p. 19.

<sup>20</sup> N.C. Aniței, *op. cit.*, p. 70.

faptul că bunurile proprii nu vor putea forma în niciun caz obiectul preciputului, urmând a intra în masa succesorală a lui *de cuius*.

Se pune problema în legătură cu modul în care soții pot dispune asupra bunului, având în vedere că în doctrină s-au susținut diferite teze, printre care și aceea că soții vor dispune de întregul bun, privit *ut singuli*, și nu doar de partea care le aparține, respectiv cota-parte pe care o dețin<sup>21</sup>. Dar oare în ce măsură poate o persoană să dispună de un bun în condițiile în care discutăm de o coproprietate, de exemplu, dacă aceasta urmează să facă un act de dispoziție doar asupra cotei care îi aparține, și nu asupra cotei-părți care aparține de drept celuilalt soț, care oricum se află în patrimonial său.

Dacă e să analizăm art. 333 alin. (3) C. civ., vom observa că bunul nu este scos din gajul general al creditorilor comuni ai soților, astfel că aceștia pot urmări bunul în cazul în care vor fi nevoiți să își satisfacă creanțele pe calea executării silite. Dar pot oare soții să dispună oricând de bunul respectiv și să lase clauza de preciput fără obiect? Trebuie avut în vedere faptul că dispozițiile Codului civil prevăd cazuri exprese de caducitate ale clauzei de preciput: când comunitatea încetează în timpul vieții soților; când soțul beneficiar a decedat înaintea soțului dispunător ori când soții au decedat în același timp; când bunurile care au făcut obiectul ei au fost vândute la cererea creditorilor comuni. Observăm că nu este enumerată aici situația în care soții ar fi de acord să vândă bunul. Nu există temei legal pentru a considera că un bun care face obiectul clauzei de preciput ar fi afectat de o clauză de inalienabilitate, așadar soții ar putea dispune de comun acord de bunul care a făcut obiectul clauzei de preciput. Prin urmare, în opinia noastră, situația înstrăinării bunului obiect al clauzei de preciput reprezintă un alt caz de caducitate a acesteia, ajungând astfel la concluzia că enumerarea din art. 333 alin. (4) C. civ. nu este una limitativă, ci exemplificativă.

## 5. Clauza de preciput și regimul matrimonial

Punându-se în doctrină întrebarea dacă o clauză de preciput ar putea avea caracter principal<sup>22</sup>, în sensul încheierii unei convenții în cadrul regimului matrimonial al comunității legale, s-a răspuns negativ acestei întrebări, prin prisma faptului că o convenție matrimonială se încheie doar în cazul alegerii regimului comunității convenționale sau al separației de bunuri.

Considerăm, însă, că întrebarea se formulează în mod greșit, impunându-se o reformulare a întrebării în felul următor: ar putea clauza de preciput să aibă un

<sup>21</sup> B.D. Moloman, L.-C. Ureche, *op. cit.*, p. 227.

<sup>22</sup> I. Popa, *op. cit.*, p. 173.

caracter principal, în sensul dacă poate constitui obiectul exclusiv al unei convenții matrimoniale? Susținem opinia doctrinei<sup>23</sup> care răspunde afirmativ, în sensul că preciputul poate constitui obiectul exclusiv al convenției matrimoniale, adăugând aici faptul că atunci când auzim de convenția matrimonială părăsim tărâmul regimul comunității legale și ne situăm în prezența unuia dintre celelalte două regimuri care pot fi constituite prin convenție. Ducând raționamentul mai departe, putem afirma, bazându-ne pe art. 367 lit. d) C. civ., că includerea clauzei de preciput într-o convenție matrimonială transformă automat, prin însăși voința legiuitorului, regimul comunității legale într-un regim de comunitate convențională. Faptul că există un text expres de lege, care ne spune că doar „în cazul în care se adoptă comunitatea convențională” în convenția matrimonială se poate include clauza de preciput, ne obligă să excludem varianta regimului separației de bunuri, chiar dacă și în acel tip de regim matrimonial întâlnim bunuri deținute în coproprietate, bunuri care ar putea face obiectul clauzei de preciput îndeplinind condițiile acesteia.

Prin raționamentul de mai sus am răspuns indirect întrebării dacă este compatibilă oare clauza de preciput cu convenția matrimonială prin care soții sau viitorii soți au optat pentru regimul separației de bunuri. Chiar dacă acest regim matrimonial se instituie tot prin convenție matrimonială și chiar dacă în cadrul sau regăsim tipul de bunuri care ar putea forma obiectul clauzei de preciput, prin voința legiuitorului clauza de preciput este specifică doar regimului matrimonial al comunității convenționale.

În doctrină se conturează și opinia conform căreia clauza de preciput ar fi compatibilă cu regimul separației de bunuri. Argumentele s-au susținut pe ideea că această clauză poate avea ca obiect atât bunuri comune deținute în devălmășie, cât și bunuri în coproprietate, bunuri pe care, de altfel, le regăsim ca fiind specifice regimului separației de bunuri. Un alt argument a fost acela că alegerea regimului separației de bunuri se face tot prin convenție matrimonială, astfel că dacă nu ar fi posibilă inserarea unei clauze de preciput chiar și în aceste condiții, s-ar crea soților care aleg acest tip de regim matrimonial o situație defavorabilă în raport cu cei care ar opta pentru regimul comunității convenționale.

Raportat la regimul comunității legale, nu suntem de acord cu o asemenea opinie, spunând aici că nu este vorba de nicio discriminare, așa cum s-a afirmat în doctrină<sup>24</sup>, între soții care se căsătoresc și aleg regimul comunității legale în

---

<sup>23</sup> D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *op. cit.*, <http://www.juridice.ro/100156/reglementarea-clauzei-de-preciput-in-noul-cod-civil-roman.html>.

<sup>24</sup> *Idem*, <http://www.juridice.ro/100156/reglementarea-clauzei-de-preciput-in-noul-cod-civil-roman.html>.

raport cu cei căsătoriți în regimul comunității convenționale, tocmai prin faptul că legiuitorul permite și în timpul căsătoriei alegerea unui alt regim matrimonial printr-o convenție matrimonială având preciputul drept obiect exclusiv.

## 6. Ineficacitatea clauzei de preciput – caducitate și nulitate

Atât timp cât clauza de preciput nu poate fi inserată decât în convenția matrimonială, prin prisma principiului accesorialității, situațiile care atrag nulitatea sau caducitatea convenției matrimoniale, se răsfrâng și asupra clauzei de preciput<sup>25</sup>.

În situația în care o convenție matrimonială nu este urmată de încheierea unei căsătorii, actul juridic încheiat devine caduc, el nu își va mai putea produce efectele niciodată, condiția suspensivă nefiind îndeplinită. În acest caz, caducitatea se răsfrânge și asupra clauzei de preciput, aceasta devenind, de asemenea, caducă.

Similar se întâmplă și în cazul nulității sau anulării căsătoriei. În prezența unei căsătorii nule și convenția matrimonială va fi considerată nulă, lipsind rațiunea pentru care a fost încheiată<sup>26</sup>.

Legiuitorul român a ales să prevadă expres în art. 333 alin. (4) C. civ. trei cazuri exprese de caducitate a clauzei de preciput. Primul caz îl constituie încetarea comunității în timpul vieții soților. Încetarea regimului matrimonial în timpul vieții soților poate avea loc prin divorț, prin declararea nulității căsătoriei acestora sau prin schimbarea regimului matrimonial în timpul căsătoriei. În momentul în care comunitatea de bunuri încetează să mai existe, bunurile care au făcut obiectul preciputului devin bunuri proprii ale soților. Desigur că soții pot să includă o altă clauză de preciput în convenția matrimonială nou încheiată.

O altă situație de caducitate este reprezentată de decesul simultan al soților (comorienți sau codecedați)<sup>27</sup> sau de decesul soțului în beneficiul căruia s-a stipulat clauza. În primul caz nu mai există soț supraviețuitor, comorienții sau codecedații neavând capacitatea de a se moșteni reciproc, astfel că nu mai există beneficiar al clauzei de preciput. În cel de al doilea caz, chiar dacă există un soț supraviețuitor, în favoarea sa nu există stipulată o clauză de preciput.

---

<sup>25</sup> C.M. Nicolescu, *Clauza de preciput în reglementarea noului Cod civil român. Abordare comparativă*, în RRDP nr. 6/2011, p. 151.

<sup>26</sup> D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Reglementarea clauzei de preciput în Noul Cod civil român*, în Pandectele Române nr. 1/2010, p. 46.

<sup>27</sup> *Idem*.

Cea din urmă situație de caducitate o constituie vinderea bunurilor comune care au făcut obiectul clauzei la cererea creditorilor comuni ai soților. Prin inserarea unei clauze de preciput într-o convenție matrimonială nu se scoate din gajul general al creditorilor comuni bunul care face obiectul ei, aceștia putând urmări bunul pentru a-și satisface creanțele în caz de executare silită.

### **7. Efectele aplicării clauzei de preciput. Încălcarea rezervei prin instituirea clauzei**

Dreptul francez legiferează preciputul ca un *avantaj matrimonial*, acest lucru având o deosebită însemnătate având în vedere faptul că se poate încălca rezerva succesorală a moștenitorilor rezervatari, specificându-se expres însă în art. 1515 C. civ. fr., faptul că „*preciputul nu este o donație*”, evitând în acest fel discuțiile doctrinare din dreptul nostru autohton. După cum reiese din opțiunea reglementării franceze de excludere a preciputului din categoria donațiilor, se ajunge la posibilitatea ca prin instituirea clauzei de preciput să poată fi încălcată rezerva succesorală fără a atrage aplicabilitatea reducățiunii asupra excesului.

Dreptul românesc, depărtându-se de legislația franceză și lăsând o oarecare incertitudine asupra naturii juridice a clauzei de preciput, nu i-a conferit nici statutul de avantaj matrimonial. Așadar, inclusiv soluția referitoare la eventualele încălcări ale rezervei este diferită.

Analizând art. 332 C. civ., ultimul alineat, reiese că nu ar putea exista situația încălcării rezervei succesorale, pentru simplul fapt că nu este permis soților să intervină în devoluțiunea succesorală legală prin încheierea unei convenții matrimoniale. Legiuitorul ocrotește în acest mod dreptul moștenitorilor rezervatari la rezerva care de drept li se cuvine și arată în ce măsură acest lucru va fi realizabil. În consecință, această clauză nu este supusă raportului donațiilor, ci numai reducățiunii. Datorită faptului că preia trăsături atât de la donație, cât și de la legat, se pune problema în ce măsură va opera reducățiunea în privința clauzei de preciput și în ce ordine.

Fiind supusă reducățiunii, asemeni celor două tipuri de liberalități din dreptul nostru, considerăm că legiuitorului îi rămâne soluția de a include expres preciputul printre actele care sunt calificate expres ca fiind liberalități. În momentul în care își va face loc în categoria liberalităților, nu se va mai da curs opiniilor atât de divergente legate de ordinea în care va opera reducățiunea. Până atunci însă suntem de părere că trebuie avute în vedere efectele *mortis causa* și importanța lor în asemănarea clauzei cu unul dintre tipurile de liberalități. Considerăm astfel că o clauză de preciput care ar încălca rezerva succesorală s-ar reduce precum legatele, în ordinea instituită de Codul civil în art. 1096 alin. (1) și (2).

Stipularea unei asemenea clauze ar putea conduce la un avantaj al soțului supraviețuitor în defavoarea copilului din afara căsătoriei al soțului predecedat, în cazul în care aceștia ar dori să intre în posesia unui bun, cum ar fi o amintire de familie<sup>28</sup>, nefiind în situația de a se fi încălcat rezerva succesorală.

Având în vedere că soțul supraviețuitor preia bunul înainte de partajul moștenirii, acest lucru nu îl împiedică ca mai apoi să intre în concurs cu orice clasă de moștenitori pentru a lua cota din moștenire care i se cuvine în calitate pe care o deține.

## 8. Concluzii

Noul Cod civil a reglementat clauza de preciput ca o instituție *sui generis* de devoluțiune convențională. Însă, modul în care a ales să o preia din sistemul de drept francez în care avea o anumită tradiție și noimă nu a fost cel mai fericit. Au rămas anumite lacune normative care, cel mai probabil, vor conduce la o jurisprudență neunitară. Pentru lămurirea și alinierea acesteia legiuitorul ar trebui să intervină prin calificarea clauzei ca fiind o liberalitate sau un avantaj matrimonial, concepție consacrată în dreptul francez. Oricare dintre cele două opțiuni ar da sens unei concepții unitare care ar tranșa discuțiile referitoare la natura și, mai ales, la efectele juridice ale clauzei de preciput. De asemenea, ar fi binevenită și o precizare a modului în care va opera reducățiunea clauzei excesive.

---

<sup>28</sup> D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Reglementarea clauzei de preciput în Noul Cod civil român*, în *Pandectele Române* nr. 1/2010, p. 50.

## *II. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE*





## Conferințele Facultății de Drept

1. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, Cercul de Drept Comparat și Interdisciplinaritate, a organizat în ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, Drept și Literatură, în luna ianuarie 2016, prelegerea susținută de **Andrei Drăgan**, „*Despre moarte*”.

2. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a organizat în zilele de 8-11 martie 2016, în ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, seria de cursuri ***From Electronic Money to Internet Finance***, suținute de dr. **Rainer Kulms**, Senior Research Fellow, de la Max Planck Institute of Comparative and International Private Law (Hamburg).

3. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a organizat în data de 24 martie 2016, în ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, Conferința ***Jurisprudența Curții de la Strasbourg privind tratarea trecutului comunist***, susținută de: conf. univ. dr. **Gabriel Andreescu**, Facultatea de Științe Politice – Școala Națională de Studii Politice și Administrative, București; lect. univ. dr. **Diana Botău**, Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca; prof. univ. dr. **Valentin Constantin**, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara.

4. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a organizat, în colaborare cu Facultatea de Sociologie și Psihologie, Departamentul de Asistență Socială, Conferința internațională ***Multidisciplinary perspectives in the quasi-coercitive treatment of offenders – Probation as a fiels of study and research: From person to society***, care a avut loc în zilele de 31 martie - 1 aprilie 2016.

La conferință au participat: Professor **Ioan Durnescu**, Conference Chairman; **Willem Van der Brugge**, General Secretary CEP; **Ioana Mihaela Morar**, Deputy General Director, National Administration of Penitentiaries; **Mihai Dima**, General Director, National Directorate of Probation; Associate professor **Mihaela Tomiță**, Head of the Conference Organizing; Professor **Ulrich Sieber**, director at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg, Germany – *Confederation of European Probation and it's network in Europe – Cybercrime and Criminal Information Law*; Professor **Fergus McNeil**, University of Glasgow, UK – *Probation, Rehabilitation and Society*; Professor **Ioan Durnescu**, University of Bucharest, Romania – *Towards a process theory of*

reentry; Professor **Rob Canton**, De Montfort University, Leicester, UK – *Probation and the Limits of Criminal Justice*; Professor **Viorel Pașca**, West University of Timisoara, Romania – *Decriminalization of reduced gravity acts – an issue of Constitutionality*; Associate professor **Zoran Pavlović**, Head of the Department for Criminal Law, Faculty of Law, University of Business Academy, Novi Sad – *House arrest – the normative basis of efficiency of criminal*; Senior Researcher **Johanna Rinceanu**, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg, Germany – *Coping with freedom: The implementation of probation in Germany*; **Esther Montero Pérez de Tudela**, Deputy Director of Huelva Penitentiary Center, Spain – *Jihadists in the Spanish prison. A criminological perspective*; **Florentina Olimpia Muțiu** – *European policies on fighting against trafficking in human beings. Challenges for Romania*; **Marko Novaković LL.M., Mihajlo Vučić LL.M.** – *Plea bargain in theory and practice – example of Serbia*; **Ioana Morar, Mihai-Bogdan Iovu** – *Profile of autoaggressive behaviour by inmates in romanian correctional facilities*; **Flaviu Ciopec** – *The protection of public interest – a risky business?*; **Ramona Lăcrămioara Bălăiță** – *Probation in transition. Child on probation*; **Magdalena Roibu** – *Youth, crime and justice – is the Code of criminal procedure child-friendly?*; **Rachel Goldhill** – *Videoing supervision – messages for probation practice*; **Laura Stănilă** – *The legal consequences of the criminal behavior reiteration in case of juveniles who are criminally responsible*; **Petru Tărchiță** – *The factors which influence the law and its judicial norms*; **Hakan A. Yavuz** – *Short probation experience of Turkey: Challenges and lessons learned*; **Madara Orlovska, Emils Kalis, Indra Krumina** – *Abrogation and appropriation of language on auctorial and fictional. The individualization of non-custodial educational measures in the relationship between participation in probation programs and the impact of deferred sentence on Romanian probation practice. The „Cindrela snow white” syndrome. East european women and the panoptic. The importance of resilience in the probation officers activity. Social inclusion policies, ethnicity and radicalization – a theoretical. Roma criminality: between tradition and modernity. Economic crimes and capital markets*; **Roxana Ungureanu, Mihaela Alida Tomiță** – *Costs and „benefits” of drug use and trafficking. A pathway to resilience for juvenile delinquents*; **Ioana Darjan, Mihaela Tomiță, Mihai Predescu** – *Parental alienation as a risk factor for delinquency. Trauma and juvenile delinquency – a developmental perspective. Curricular adaptations for hearing disabled students. Development of the attitudes toward positive discipline scale*; **Mihai Predescu, Mihaela Tomiță** – *The education, the main factor in preventing juvenile deviance and main help and resources for the firsts three months after release. The case of released inmates*

from Jilava prison, Bucharest. Disability, delinquency and social exclusions; **Ioana Cristina Talpoș Niculescu, Veronica Argeșanu, Raul Mikloș Kulcsar, Mirella Anghel, Ion Silviu Borozan, Andrei Zoltan Farkaș, Laurentiu Tiru** – *Prison perception before and after liberation. Institutionalized children – a really special case. Can thermography be a functional diagnostic method?*; **Cristian Neghină** – *Scientific evidence – Means of proof in the legal process, between demonstration, speculation and experience*; **Iosif Csatlos-Dima** – *The efficiency of the probation activity in timis county probation service*; **Silviu Gabriel Barbu, Alexandru Silviu Goga** – *Unconstitutionality of the new criminal and penitentiary laws*; **Constantin Todiriță** – *Narrative perspectives in the field of probation*; **Marian Badea** – *Between the probationers` life histories and the probation data base: a comparative study*; **Victor Nicolăescu** – *Humanitarian assistance to war victims – beyond the borders*; **Victor Nicolăescu, Adrian Marcel Iancu** – *Socio-economic integration of migrants in EU – crisis and current challenges*; **Daniela Nicolăescu** – *Child well-being – prospects and challenges*; **Minodora-Ioana Rusu** – *The individualization of non-custodial educational measures in the romanian criminal law*; **Sorina Poledna** – *Researching practice and practicing research in probation. Some reflections.*

5. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a organizat în data de 8 aprilie 2016 Conferința de drept bancar, ediția a V-a, cu tema *Supraîndatorarea consumatorilor de credite bancare. Cauze, efecte, soluții.*

La conferință au participat: prof. univ. dr. **Silviu Cerna**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Economie și Administrare a Afacerilor, fost membru al Consiliului de Administrație al Băncii Naționale a României – *Politica monetară a Băncii Centrale Europene și stabilitatea financiară a României*; prof. univ. dr. **Bogdan Dima**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Economie și Administrare a Afacerilor – *Piața resurselor financiare împrumutate în România. Evoluții recente*; prof. univ. dr. **Lucian Bercea**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – *Instrumentele normative de protecție a consumatorului. (Din nou) despre convergență și concurență normativă (Câte săbii intră într-o teacă?)*; Dr. **Ianfred Silberstein**, Președintele Asociației Europene pentru Drept Bancar și Financiar, România (AEDBF – România) – *Se poate vorbi de eficiența inițiativelor legislative pentru relația dintre consumator și creditor profesionist?*; prof. univ. dr. **Gheorghe Piperea**, Universitatea din București, Facultatea de Drept – *Riscul unei noi crize financiare*; **Cristina Dumitrașcu**, Șef al Departamentului de Consultanță Bancară, Direcția Juridică, Banca Comercială Română – *Fiabilitatea procesului legislativ în domeniul protecției consumatorului*; **Alexandru Păunescu**, Director, Direcția Juridică, Banca Națională a

României – *Soluționarea extrajudiciară a litigiilor din domeniul financiar-bancar*; lect. univ. dr. **Florina Popa**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – *Reprezintă mecanismele SAL un remediu efectiv al supraîndatorării consumatorului român de credite?*; **Bogdan Dumitrache**, Formator INM, Executor judecătoresc – *O nouă cauză de stingere a obligației: darea în plată a imobilului ipotecat*; lect. univ. dr. **Sergiu Golub**, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, Facultatea de Drept – *Darea în plată – panaceul creditărilor patologice?!?*; conf. univ. dr. **Florin Mangu**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – *Despre natura juridică a dării în plată a imobilelor în vederea stingerii obligațiilor asumate prin credite*; conf. univ. dr. **Radu Rizoiu**, Universitatea din București, Facultatea de Drept – *Când toată lumea vrea (să scape): Preluarea bunului mobil ipotecat în contul creanței*; **Stan Tîrnoveanu**, Avocat partener, Zamfirescu, Racoți & Partners – *Discuții privind unele diferențe și asemănări între darea în plată și iertarea de datorie*; conf. univ. dr. **Florin-Aurel Moțiu**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept, Secretar de stat, Ministerul Justiției – *Insolvența persoanei fizice în Uniunea Europeană și în România*; prof. univ. dr. **Lucian Săuleanu**, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept – *Eficiență și eficacitate în procedura insolvenței persoanelor fizice*; **Cornel Popa**, Avocat partener, Țuca, Zbârcea & Asociații – *Influența insolvenței persoanelor fizice asupra negocierii și executării contractelor*.

6. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a organizat în perioada 25-27 aprilie 2016, în ciclul „Conferințele Facultății de Drept”, seria de cursuri ***The Supreme Court of the United States at work: D.C. v. Heller***, suținute de profesorul **Pierre Legrand**, Universitatea Paris I Pantheon-Sorbonne.

De asemenea, dl. profesor Pierre Legrand a susținut în data de 26 aprilie 2016, în cadrul Conferinței „Diaspora în Cercetarea Științifică și Învățământul superior din România-Diaspora și Prietenii săi”, 2016, Workshop-ul: Cultură, Drept și Dezvoltare economică, intervenția cu titlul *The rule of law does not exist (Thankfully)*.

7. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a organizat, în colaborare cu Facultatea de Drept din cadrul Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, Conferința Națională de Drept Comercial, ***Contractele nenumite în afaceri***, în perioada 3-4 iunie 2016.

La conferință au participat: prof. univ. dr. **Marian Nicolae**, Universitatea din București – *Dreptul comun al contractelor nenumite*; conf. univ. dr. **Adriana**

**Almășan**, Universitatea din București – *Arhitectura contractelor nereglementate (reguli de construcție și amenajare)*; prof. univ. dr. **Lucian Bercea**, Universitatea de Vest din Timișoara – *Standardizarea clauzelor secundare în contractele nenumite*; lect. univ. dr. **Lucian Bojin**, Universitatea de Vest din Timișoara – *Contractele relaționale. Are conceptul vreo utilitate pentru sistemul de drept românesc*; prof. univ. dr. **Dan Chirică**, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Contractul-cadru – contract numit sau nenumit? Calificare juridică și efecte. Răspundere pentru neexecutare. Studiu de caz*; conf. univ. dr. **Șerban Diaconescu**, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Provocări juridice în arhitectura contractelor de distribuție*; lect. univ. dr. **Sergiu Golub**, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Câteva considerații despre fiduciile „nenumite”*; **Cornel Popa**, Avocat partener, Țuca, Zbârcea & Asociații – *Contractul de lângă contract. Aplicații practice ale simulației în relațiile de afaceri*; conf. univ. dr. **Radu Rizoiu**, Universitatea din București – *Ipoteca asupra participațiilor societare – un contract (doar) numit sau (chiar) nenumit?*; conf. univ. dr. **Lavinia Tec**, Universitatea de Vest din Timișoara – *Natura juridică a contractului de cesiune de părți sociale sau acțiuni*; lect. univ. dr. **Florina Popa**, lect. univ. dr. **Flaminia Stârc-Meclejan**, Universitatea de Vest din Timișoara – *Limitele libertății de a contracta în afaceri: în căutarea unor repere în materia „bunelor moravuri”*; **Flavius Moțu**, Președintele Tribunalului Specializat Cluj – *Acționarul secret și societatea pe acțiuni de tip închis*; prof. univ. dr. **Radu Catană**, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Orientările principale ale dreptului actual al societăților*; lect. univ. dr. **Alina Oprea**, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Eficacitatea convențiilor atributive de jurisdicție în raporturile de afaceri în spațiul european*; lect. univ. dr. **Sergiu Popovici**, Universitatea de Vest din Timișoara – *Caracterul nenumit al contractului comercial internațional și legea aplicabilă acestuia: direcții și interferențe*; **Simona Petrișor**, Avocat Partener, Bondoc & Asociații în alianță cu White & Case – *Scurte considerații privind contractul de factoring*; **Mihaela Sărăcuț**, Judecător, Curtea de Apel Cluj – *Factoringul – alternativă modernă de finanțare în insolvență*; **Stan Tîrnoveanu**, Managing Partner, Zamfirescu, Racoți & Partners – *Contractul de factoring și tratamentul acestuia (inclusiv în procedura insolvenței)*; prof. univ. dr. **Ion Turcu**, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Contractul comercial de creație a unei opere*; prof. univ. dr. **Gabriel Olteanu**, lect. univ. dr. **Adrian Ilie**, Universitatea din Craiova – *Dileme cu privire la caracterul nenumit al contractului de comandă a unei opere viitoare*; lect. univ. dr. **Alin Speriusi-Vlad**, Universitatea de Vest din Timișoara – *Obiectul tranzacțiilor din domeniul proprietății intelectuale: creațiile intelectuale sau drepturile asupra acestora?*; **Mihai Selegean**, Director, Direcția juridică, Banca Română de Dezvoltare –

*Dematerializarea documentației de credit. Obstacole juridice și practice; conf. univ. dr. **Emöd Veress**, Universitatea „Sapientia” Cluj-Napoca – *Limitele libertății contractuale și contractele nenumite*; prof. univ. dr. **Radu Bufan**, dr. **Natalia Șvidchi**, Universitatea de Vest din Timișoara – *Cumpărarea în scop de revânzare. Proba faptelor de comerț din perspectivă fiscală*; conf. univ. dr. **Vasile Nemeș**, Universitatea „Nicolae Titulescu” București – *Aspecte controversate privind transmiterea proprietății și suportarea riscurilor în materia vânzării bunurilor viitoare*; **Mădălina Cotruț**, Avocat, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD) Amsterdam – *Aspecte relevante ale contractelor de cash pooling*; dr. **Marian Bratiș**, Judecător, Curtea de Apel Timișoara – *Efectele multivalente ale contractelor mixte*; conf. univ. dr. **Florin Moțiu**, Universitatea de Vest din Timișoara, Secretar de stat, Ministerul Justiției – *Probleme privind intermedierea în asigurări și reasigurări*.*

**8.** Baroul Timiș, INPPA Centrul teritorial Timișoara, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a organizat cu ocazia Zilei Avocatului, în data de 24 iunie 2016, Conferința cu tema „**Avocatul în procesul penal**”.

La conferință au participat: av. **Francois Roux**, membru al Baroului Montpellier, Franța – *Justiția penală internațională-întrebări, provocări, rolul apărării*; prof. univ. dr. **Florin Streteanu**, Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Aspecte privind amânarea aplicării pedepsei*; prof. univ. dr. **Viorel Pașca**, avocat în Baroul Timiș, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara.

### *III. EVENTIMENTE*





## **Acordarea titlului de Doctor Honoris Causa**

În data de 30 martie 2016, a avut loc ceremonia de acordare a titlului de Doctor Honoris Causa Legum Scientiae dlui prof. dr. dr. h. c. mult. Ulrich Sieber, Director, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg (Germania), care s-a desfășurat în Aula Magna „Ioan Curea” de la Universitatea de Vest din Timișoara.

## **ANALELE UNIVERSITĂȚII DE VEST DIN TIMIȘOARA – SERIA DREPT**

### **Criteria de tehnoredactare**

Materialele destinate publicării se transmit de către autori numai pe suport electronic la adresa: [claudia.rosu@e-uvv.ro](mailto:claudia.rosu@e-uvv.ro).

Materialele trimise de autori trebuie să se conformeze exigențelor referitoare la structura articolelor, studiilor, comentariilor.

Textele trimise trebuie să fie redactate în conformitate cu cerințele standard ale revistei „Dreptul” editată de Uniunea juriștilor din România.

Textul trebuie însoțit de un rezumat și de 3-5 termeni-cheie în limbile română și engleză.

Privitor la materialele care se publică, redacția își rezervă dreptul de a face sugestii, propuneri, modificări autorilor, iar dacă aceștia nu se conformează, să decidă nepublicare articolelor.

Colaboratorii sunt obligați să respecte legislația privind drepturile de autor evitând total orice formă de plagiat. În cazul preluării unor idei din alte lucrări, colaboratorii sunt obligați să le citeze și, când este cazul, să treacă între ghilimele unele pasaje din lucrările citate.

Redacția revistei nu-și asumă nicio răspundere pentru nerespectarea de către colaboratori în caz de plagiat și în general a oricărei nerespectări de către aceștia a reglementărilor din legislația privind drepturile de autor.

În caz de plagiat, parțial sau integral, întreaga răspundere, atât juridică (penală, contravențională, civilă), cât și deontologică revine în exclusivitate autorului care a săvârșit plagiatul, redacția revistei neasumându-și vreo răspundere pentru încălcarea legislației privind dreptul de autor și drepturile conexe de către persoanele care înaintează revistei materiale în vederea publicării.

*Prof. univ. dr. **Claudia ROȘU**  
Redactor-șef*

# Cuprins

## I. STUDII – ARTICOLE – COMENTARII

### SECȚIUNEA DE DREPT PRIVAT

Abuse of right within the civil law and beyond Dr. Ágnes JUHÁSZ Ph.D .....	5
Considerații cu privire la nulitatea testamentului conjunctiv Lect. univ. dr. Juanita GOICOVICI.....	27
Paralelismul înțelegerii și aplicării dispozițiilor Legii nr. 17/2014, între teorie și practică Conf. univ. dr. Adina Renate MOTICA, Masterand Oana-Elena BUZINCU.....	39

### SECȚIUNEA DE DREPT PUBLIC

Raportul de cauzalitate în accidente de circulație Prof. univ. dr. Tiberiu MEDEANU.....	63
Pregătirea unei infracțiuni. Consecințe în plan procesual penal Lect. univ. dr. Flaviu CIOPEC.....	73
Strict Liability versus Schuldprinzip. Lessons from Common Law Senior Lecturer Laura STĂNILĂ .....	89
Cauza Gheorghe Dima c. României. Interzicerea torturii. Din nou condamnare la CEDO Lect. univ. dr. Magdalena ROIBU .....	107

### SECȚIUNEA CONTRIBUȚII STUDENȚEȘTI

Considérations sur la notion de proportionnalité en droit français Drd. Monica Marcela DINU-BAKOȘ .....	123
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

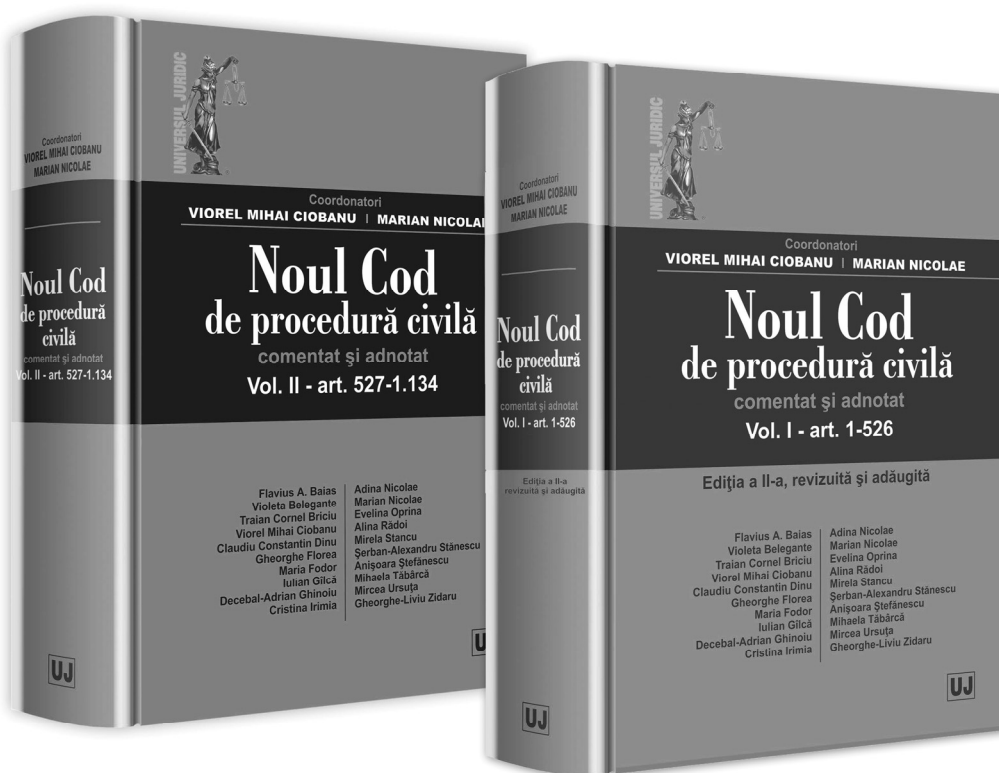
Aspecte teoretice și practice privind culpa în desfacerea căsătoriei Masterand Alina Doina TĂNASE.....	147
Principalele controverse privind caluza de preciput Masterand Adella Claudia BOT.....	162
II. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE	
Conferințele Facultății de Drept .....	177
III. EVENIMENTE	
Acordarea titlului de Doctor Honoris Causa .....	185



Editura Universul Juridic

**Ofertă pachet**  
**Noul Cod de procedură civilă**  
**Vol. I. Ediția a II-a – art. 1-526**  
**Vol. II – art. 527-1.134**

*Coord.: Viorel Mihai Ciobanu, Marian Nicolae*  
*Autori: Flavius-Antoniou Baias, Traian Briciu,*  
*Evelina Oprina, Mihaela Tăbărcă, Mircea Ursuța*



Precomandă acum!

**-25%**  
Reducere

Preț: 650 lei  
**487,50 lei**

Format: Academic,  
cartonat  
Pagini: 1316, 2000

Precomandă rapid și comod: 021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro | www.ujmag.ro



**Editura Universul Juridic**

## **Noul Cod de procedură civilă adnotat. Include doctrină și jurisprudență**

*Viorel Terzea*

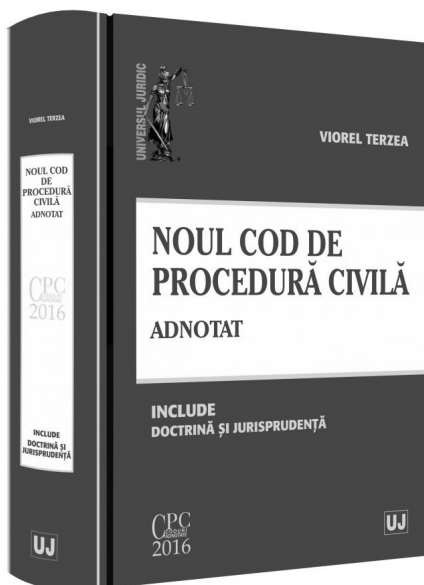
Lucrarea își propune să fie un ghid în aplicarea corectă a dispozițiilor cuprinse în noua lege.

Pentru atingerea acestui deziderat au fost selectate cele mai reprezentative hotărâri judecătorești pronunțate, în principal după data de 1 februarie 2013 și până în prezent, și care evidențiază modul de aplicare de către instanțele de judecată a dispozițiilor cuprinse în noul Cod de procedură civilă.

De asemenea, sunt prezentate extrase din articole apărute în revistele de specialitate, prin care, la nivel doctrinar, s-au oferit anumite interpretări ale dispozițiilor legii procesual civile.

Totodată, sunt evidențiate minutele de practică unitară întocmite la nivel național sau, după caz, la nivelul curților de apel, prin care s-a stabilit, în concret, modul de interpretare a unor dispoziții din noul Cod de procedură civilă.

În plus, în cuprinsul lucrării sunt prezentate și hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului, Curții de Justiție a Uniunii Europene și ale Curții Constituționale a României prin care se ilustrează modul de interpretare a unor dispoziții din noul Cod de procedură civilă.



**Precomandă acum!**

**-20%**  
Reducere

Preț: 475 lei  
**140 lei**

Format: Academic  
Pagini: 1200

**Precomandă rapid și comod: 021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro | www.ujmag.ro**

# Librăria ta de carte de specialitate juridică, economică și business

Din 2008 suntem  
alegerea lor...

**TU?**



Cursuri universitare • Tratamente • Monografii • Coduri • Legislație • Jurisprudență • Reviste de specialitate

**[www.ujmag.ro](http://www.ujmag.ro)**

**ujmagro**  
UNIVERSUL JURIDIC MAGAZIN

Bd. Iuliu Maniu nr. 7, clădirea Cotroceni Business Center corp C,  
sector 6, București (lângă AFI MALL)

021.312.22.21 | 0733.673.555 | [comenzi@ujmag.ro](mailto:comenzi@ujmag.ro)



## Portalul universuljuridic.ro:

- ✓ timp de 15 ani am investit în cele mai înalte standarde de informare;
- ✓ a venit momentul să dedicăm un portal profesionist celei mai competitive și mai performante comunități: comunitatea juriștilor;
- ✓ puteți accesa informație juridică reală, certificată editorial, necesară activității dvs., în orice moment;
- ✓ furnizăm conținut pentru cele mai exigente profesii, sub semnătura specialiștilor recunoscuți în domeniu.

[www.universuljuridic.ro](http://www.universuljuridic.ro)