

UNIVERSITATEA ECOLOGICĂ DIN BUCUREȘTI
FACULTATEA DE DREPT
CURSURI DE MASTER

PROBAȚIUNEA ÎN PROCESUL CIVIL

prof.univ.dr. MARIA FODOR

PARTEA I. PARTEA GENERALĂ: CONSIDERAȚII GENERALE CU PRIVIRE LA PROBELE ÎN PROCESUL CIVIL

CAPITOLUL I. PRECIZĂRI INTRODUCTIVE

1. Noțiunea de „probă”. Importanța probelor în procesul civil. În practica judiciară, adeseori, termenul „probă” este folosit atât în sensul de dovadă, cât și în sensul de mijloc de probă sau de fapt probator, iar uneori, de rezultat obținut prin folosirea mijloacelor de probă. În sens restrâns, prin probă se înțelege fie mijlocul legal pentru dovedirea unui fapt sau mijlocul cu care se probează (sens avut în vedere, de pildă, prin art. 250 C. pr. civ., care enumeră, în mod exemplificativ, mijloacele de probă), fie faptul probator, adică un fapt material care, fiind dovedit printr-un mijloc de probă, este folosit, la rândul său, pentru a dovedi un alt fapt material, determinant în soluționarea cauzei. Codul de procedură civilă nu definește noțiunea de „probă”, dar, din ansamblul dispozițiilor legale în materie (în special cele care consacră obiectul probei și mijloacele de probă), rezultă că *probele sunt entități de fapt extraprocesuale (i.e., există în afara procesului), care vizează însă obiectul procesului civil, iar prin administrarea lor, în desfășurarea procesului, ele dobândesc caracter procesual*. Probele au o importanță hotărâtoare în procesul civil și, în general, în domeniul juridic. Ele sunt mijloacele prin care se asigură realizarea drepturilor împotriva celor care le nesocotesc. Fără probe, drepturile contestate ar fi simple posibilități teoretice.

2. Reglementarea probelor. Subsecțiunea a 3 a, Titlul I al Cărții a II a, Capitolul II, art. 249-388 C. pr. civ., dispoziții care reprezintă dreptul comun în materie, întrucât dispoziții referitoare la probe și probațiune se găsesc și în alte acte normative.

3. Aplicarea normelor juridice referitoare la probe

3.1. Aplicarea în timp a normelor juridice referitoare la probe. Potrivit principiului neretroactivității, legea civilă se aplică numai situațiilor ce se ivesc în practică după intrarea ei în vigoare, iar nu și situațiilor anterioare, regulă exprimată prin adagiul *tempus regit actum* și consacrată în art. 15 alin. (2) din Constituție, potrivit căruia „Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile”. Suntem în prezența unei reguli imperative și de ordine publică de la care nu se poate deroga în materie civilă, indiferent că este vorba de legi materiale sau legi procesuale.

3.3. Aplicarea în spațiu a normelor juridice referitoare la probe. Art. 28 C. pr. civ. stabilește, în primul său alineat, că „Dispozițiile legii de procedură se aplică tuturor proceselor care se judecă de către instanțele române, sub rezerva unor dispoziții legale contrare”. Pe plan extern, deci în procesele cu element de extraneitate (cetățenia străină a uneia sau a ambelor părți, încheierea actului juridic sau producerea faptului juridic care a dat naștere raportului juridic într-o țară străină etc.), adică atunci când se ivește un conflict între legea română și legea străină, se pune problema determinării legii aplicabile. În acest sens, art. 28 alin. (2) C. pr. civ. stabilește, printr-o normă de trimitere, că „în cazul raporturilor procesuale cu element de extraneitate, determinarea legii de procedură aplicabile se face potrivit normelor cuprinse în cartea a VII a”, intitulată „Procesul civil internațional”.

4. Subiectul, obiectul și sarcina probei

4.1. Subiectul probei. Probele se administrează în proces pentru a l convinge pe judecător despre existența sau inexistența raportului juridic dedus judecății. Ca atare, subiectul probei este judecătorul.

4.2. Obiectul probei. Obiectul probei îl formează faptele juridice în sens larg, din care izvorăsc drepturile și obligațiile cu privire la care părțile sunt în litigiu, deci izvoarele dreptului pe care îl pretind, iar nu dreptul subiectiv invocat și nici elementele de drept care reprezintă temeiul dreptului invocat .

4.3. Sarcina probei. Răspunsul la această întrebare ni l oferă chiar legiuitorul, în art. 249 C. pr. civ., text prin care preia regula înscrisă în art. 1169 C. civ. din 1864, admitând, totodată, și excepții de la regula respectivă. Astfel, sub denumirea „Sarcina probei”, art. 249 C. pr. civ. stabilește: „Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

5. Clasificarea probelor:

- a) după cum probele sunt efectuate în fața instanței, în cadrul procesului sau în afara acestuia, ele sunt judiciare sau extrajudiciare ;
- b) în funcție de natura lor, probele sunt clasificate în probe personale și probe materiale ;
- c) în funcție de caracterul lor original sau derivat, probele se împart în probe primare sau nemijlocite și probe secundare, derivate sau mijlocite ;
- d) după cum faptul probator duce ori nu direct la stabilirea faptului principal sau după caracterul legăturii dintre probă și faptul care urmează să fie stabilit , probele se clasifică în probe directe și probe indirecte;
- e) după modul în care judecătorul percepe faptele sau după raportul dintre judecător și fapte, probele sunt împărțite în: probe care sunt rezultatul percepției personale a faptelor de către judecător și probe care sunt rezultatul percepției faptelor de alte persoane.

CAPITOLUL II. REGULI COMUNE CU PRIVIRE LA ADMISIBILITATEA, ADMINISTRAREA ȘI APRECIEREA PROBELOR ÎN PROCESUL CIVIL

1. Reguli referitoare la admisibilitatea probelor:

- faptele ce trebuie dovedite să fie contestabile și contestate de partea adversă, adică tăgăduite, căci de ce să mai dovedești un fapt deja mărturisit sau recunoscut;
- faptele a căror existență trebuie dovedită să nu fie socotite de lege ca adevărate, deoarece proba acestora este inutilă;
 - proba să nu fie oprită de lege;
 - proba să fie verosimilă;
 - proba să fie pertinentă;
 - proba să fie concludentă.

2. Reguli referitoare la administrarea probelor

2.1. Propunerea probelor. Legiuitorul stabilește la nivel de principiu al procesului civil obligația părților de a și proba pretențiile și apărările [art. 10 alin. (1) C. pr. civ.] și, în același timp, dreptul acestora de a propune probe, ca o componentă importantă a dreptului la apărare [art. 13 alin. (3) C. pr. civ.]. trebuie să adăugăm rolul activ al judecătorului în probațiune . În acest sens și în aplicarea principiului consacrat în art. 22 alin. (2) C. pr. civ., art. 254 alin. (5) teza întâi C. pr. civ. stabilește că instanța va dispune ca părțile să completeze probele, în situația în care dovezile propuse nu sunt îndestulătoare pentru lămurirea în întregime a procesului .

2.2. Încuviințarea probelor. Instanța va aprecia dacă probele propuse pot fi utile cauzei. În acest sens, art. 258 alin. (1) C. pr. civ. prevede că „probele se pot încuviința numai dacă sunt întrunite cerințele prevăzute la art. 255 (...)”, adică, dacă probele sunt admisibile conform legii și dacă ele pot să ducă la soluționarea procesului, la dezlegarea pricinii.

2.3. Administrarea propriu-zisă a probelor:

- a) administrarea probelor se face în fața instanței de judecată sesizată, în ședință publică, dacă legea nu dispune altfel [art. 261 alin. (1) C. pr. civ.];
- b) administrarea probelor se face în ordinea stabilită de instanță [art. 260 alin. (1) C. pr. civ.];

c) probele vor fi administrate înainte de începerea dezbaterilor asupra fondului, dacă legea nu prevede altfel [art. 260 alin. (3) C. pr. civ.].

3. Administrarea probelor de către avocați sau consilieri juridici. Procedura administrării probelor de către avocați sau consilieri juridici a fost introdusă în Codul de procedură civilă prin O.U.G. nr. 138/2000, în art. 2411 art. 24122, însă ulterior, prin O.U.G. nr. 59/2001, reglementarea a fost abrogată, fiind reintrodusă, apoi, prin Legea nr. 219/2005 de aprobare a O.U.G. nr. 138/2000 pentru modificarea și completarea Codului de procedură civilă.

a) art. 366 C. pr. civ. reglementează domeniul de aplicare a dispozițiilor referitoare la administrarea probelor de către avocați, respectiv a art. 366 388 C. pr. civ., stabilind că ele sunt incidente tuturor litigiilor, cu excepția celor ce privesc starea civilă și capacitatea persoanelor, relațiile de familie, precum și orice alte drepturi asupra cărora legea nu permite a se face tranzacție ;

b) procedura administrării probelor de către avocați sau consilieri juridici are caracter facultativ, și nu obligatoriu, întrucât părțile pot opta pentru aceasta, neputând fi obligate în acest sens de către instanță;

c) de asemenea, din textul citat, rezultă că procedura administrării probelor de către avocați sau consilieri juridici necesită acordul de voință al părților, trăsătură ce reiese și din dispozițiile art. 368 C. pr. civ. d) legiuitorul stabilește, totodată, forma și locul exprimării consimțământului. Astfel, potrivit art. 368 alin. (2) teza întâi C. pr. civ., consimțământul poate fi exprimat de către părți fie în fața instanței, la primul termen de judecată, personal sau prin mandatar cu împuternicire specială.

e) o altă caracteristică a procedurii în discuție este, așa cum am mai precizat, aceea că administrarea probelor se poate face de către avocații sau consilierii juridici ai părților numai dacă toate părțile sunt asistate și reprezentate de către avocați sau consilieri juridici;

f) procedura instituită în Subsecțiunea a 4 a „Administrarea probelor de către avocați sau consilieri juridici”, Capitolul II, Titlul I din Cartea a II a a Codului de procedură civilă este derogatorie de la procedura de drept comun a administrării dovezilor;

g) procedura administrării probelor de către avocați reprezintă o excepție de la principiul nemijlocirii, întrucât administrarea propriu zisă a probelor (cu excepția anumitor probe) se face de către avocații sau consilierii juridici ai părților, în cabinetul unuia dintre aceștia sau în orice alt loc convenit, dacă natura probei impune aceasta;

h) deși, aparent, rolul judecătorului este diminuat, în realitate acesta poate fi exercitat pe tot parcursul procedurii. De altfel, procedura administrării probelor de către avocați se desfășoară sub controlul instanței de judecată, căreia îi revine competența să soluționeze incidentele ivite pe tot parcursul procedurii (art. 370; 375; 382; 386 C. pr. civ.). De asemenea, principiile disponibilității, dreptului la apărare și contradictorialității se manifestă deplin în cadrul procedurii administrării probelor de către avocați sau consilieri juridici.

Anterior administrării propriu zise a probelor trebuie îndeplinită o procedură prealabilă, în cadrul căreia instanța și părțile au anumite obligații, nu înainte însă ca judecătorul să încerce împăcarea părților, dispozițiile art. 227 C. pr. civ. fiind aplicabile [art. 370 alin. (3) C. pr. civ.] .

Potrivit art. 372 alin. (3) C. pr. civ., „probele pot fi administrate în cabinetul unuia dintre avocați sau în orice alt loc convenit, dacă natura probei impune aceasta”, legiuitorul determinând astfel locul administrării probelor prin avocați.

În cursul administrării probelor de către avocați se pot ivi și alte incidente decât cele prevăzute în art. 371 C. pr. civ., însă judecătorul trebuie să manifeste un rol activ și să limiteze apariția unor astfel de incidente care ar duce la tergiversarea judecării .

Sunt excluse din sfera de aplicare a dispozițiilor art. 366 368 C. pr. civ. cercetarea la fața locului, luarea interogatoriului și prezumțiile, astfel că administrarea acestora se va face numai de către instanța de judecată.

După administrarea tuturor probelor încuviințate (adică atât a celor administrate de către avocați, cât și a celor administrate de instanță), reclamantul, prin avocatul său, va redacta concluziile scrise privind susținerea pretențiilor sale, pe care le va trimite, prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire sau le va înmâna în mod direct, sub luare de semnătură, celorlalte părți din proces și, când este cazul, Ministerului Public. De asemenea, după primirea concluziilor scrise ale reclamantului, fiecare parte, prin avocatul său, va redacta propriile concluzii scrise, pe care le va comunica în modalitatea menționată

mai sus reclamantului, celorlalte părți, precum și, dacă este cazul, Ministerului Public (art. 383 C. pr. civ.);

După redactarea și comunicarea concluziilor se va proceda la alcătuirea dosarului, textul art. 384 C. pr. civ. impunând avocaților părților obligația de a întocmi pentru fiecare parte câte un dosar și unul pentru instanță, în care vor depune câte un exemplar al tuturor înscrisurilor prin care, potrivit legii, se constată administrarea fiecărei probe.

Primind dosarul, instanța va fixa termenul de judecată pe care l va da în cunoștință părților, termen care nu va putea fi mai lung de 15 zile de la data primirii dosarului [art. 386 alin. (1) C. pr. civ.].

Potrivit art. 387 alin. (2) C. pr. civ., la cererea avocatului sau a părții interesate, instanța poate lua măsura amenzii judiciare și obligării la plata de despăgubiri, în cazurile și condițiile prevăzute de dispozițiile art. 187-190.

Procedura menționată nu ar putea fi utilizată pentru administrarea probelor în apel, întrucât, de vreme ce în apel s a cerut refacerea sau completarea probelor administrate în primă instanță ori administrarea de probe noi, se presupune că părțile au fost nemulțumite de modul în care s au administrat probele în primă instanță, astfel că reluarea procedurii reglementate în art. 366 368 C. pr. civ. nu are sens .

4. Aprecierea probelor în procesul civil. Această operațiune mintală o face judecătorul (instanța) pentru a determina puterea doveditoare și valoarea fiecărei probe în parte, precum și a probelor în ansamblul lor . Aprecierea probelor are loc după ce s au administrat probele și s au pus concluzii pe fond, adică după închiderea dezbaterilor, când instanța se retrage pentru deliberare. Spre deosebire de admisibilitatea și administrarea probelor, care sunt supuse dezbaterilor contradictorii, aprecierea probelor se realizează în secret, în etapa deliberării judecătorilor asupra hotărârii ce urmează să pronunțe.

5. Regimul juridic al probelor în procesul civil internațional. Referitor la probe, în doctrina contemporană vechii legislații în materie există două calificări:

a) într o calificare, se consideră că probele sunt strâns legate de dreptul subiectiv litigios și sunt folosite pentru a atesta existența acestui drept, așa cum exprimă și adagiile *da mihi factum dabo tibi jus* (dă mi faptele, îți voi da dreptul) și *idem est non esse aut non probari* (este același lucru a nu fi cu a nu fi dovedit).

În această calificare, proprie și sistemului nostru de drept, probele sunt supuse legii fondului (*lex causae*) .

b) în cea de a doua calificare, se consideră că probele sunt legate de formarea convingerii intime a judecătorului, că ele interesează procedura de judecată.

În această calificare, proprie sistemelor de drept *common law*, probele sunt supuse legii forului (*lex fori* sau *lex processualis fori*).

În general, probele preconstituite sunt supuse regulii *locus regit actum*, adică legii locului unde s a încheiat actul.

Aceste aserțiuni sunt valabile și în contextul reglementării actuale, de vreme ce noile codificări preiau, în esență, dispozițiile Legii nr. 105/1992. De asemenea, așa cum se poate observa, din distincțiile ce urmează, probele sunt supuse și sub imperiul reglementării actuale mai multor legi: legii forului, legii locului încheierii, legii fondului.

A. Proba actelor și faptelor juridice:

- Obiectul și sarcina probei sunt legate de fondul raportului juridic, astfel că aceste aspecte sunt guvernate de *lex causae*. De altfel, cu privire la sarcina probei, art. 18 din Regulamentul Roma I și art. 22 din Regulamentul Roma II reglementează expres aplicarea *lex causae*.

- În ceea ce privește admisibilitatea probelor, art. 1091 C. pr. civ. stabilește:

a) mijloacele de probă pentru dovedirea unui act juridic și forța probantă a înscrisului constatator sunt cele prevăzute de legea aleasă de părți, când legea locului încheierii actului juridic le acordă această libertate; în lipsa acestei libertăți sau când părțile n au uzat de ea, se aplică legea locului încheierii actului juridic [alin. (1)];

b) probațiunea faptelor este supusă legii locului unde ele s au produs ori au fost săvârșite [alin. (2)];

c) în cazurile de mai sus, va fi aplicabilă legea română (*lex fori*), dacă aceasta admite: alte mijloace de probă decât cele prevăzute de legile stabilite conform art. 1091 alin. (1) (2) C. pr. civ., pentru proba actelor juridice sau, după caz, a faptelor juridice; proba testimonială și proba cu prezumții judiciare,

chiar și în situațiile în care aceste mijloace de probă nu ar fi admisibile conform legii străine declarate aplicabile [alin. (3)].

Prin urmare, admisibilitatea mijloacelor de probă preconstituite pentru dovedirea actului juridic este supusă regulii *locus regit actum*.

•Cât privește administrarea probelor, legea consacră principiul admis în general, potrivit căruia această operațiune este guvernată de legea română, ca lege a forului [art. 1091 alin. (5) C. pr. civ.].

Legiuitorul stabilește condițiile în care un act oficial public (străin sau român) poate fi utilizat ca mijloc de probă în România sau, după caz, în străinătate. Astfel, potrivit art. 1093 C. pr. civ., actele publice întocmite sau legalizate de o autoritate străină sau de un agent public străin pot fi produse în fața instanțelor române numai dacă sunt supralegalizate, pe cale administrativă ierarhică în statul de origine și apoi de misiunea diplomatică sau oficiul consular român, pentru certificarea autenticității semnăturilor și sigiliului aplicate pe acestea [alin. (1)]. Supralegalizarea pe cale administrativă este supusă procedurii stabilite de statul de origine al actului, urmată de supralegalizarea efectuată fie de către misiunea diplomatică română sau oficiul consular român din acest stat, fie de către misiunea diplomatică sau oficiul consular în România ale statului de origine și, în continuare, în oricare dintre cele două situații de către Ministerul Afacerilor Externe [alin. (2)]. Legiuitorul consacră și excepții de la regula menționată, stabilind la art. 1093 alin. (3) C. pr. civ. că „scutirea de supralegalizare este permisă în temeiul legii, al unui tratat internațional la care România este parte sau pe bază de reciprocitate”. Deși textul nu prevede, în mod corect s-a apreciat că scutirea de supralegalizare poate fi dispusă în temeiul dreptului Uniunii Europene, de pildă, al Regulamentului (CE) nr. 1215/2012 (art. 61), Regulamentului (CE) nr. 1393/2007 (art. 4), Regulamentului (CE) nr. 1206/2001 (art. 4), Regulamentului nr. 2201/2003 (art. 52) etc.

S-a apreciat că scutirea de supralegalizare pe bază de reciprocitate ar fi dispusă în mod direct de către instanța de judecată sau de către o altă autoritate română în fața căreia înscrisul a fost prezentat. Întrucât legea nu impune vreo condiție specială, înseamnă că o simplă reciprocitate de fapt este suficientă pentru a fi aplicabile dispozițiile art. 1093 alin. (3) C. pr. civ. . Îndeplinirea condiției reciprocității de fapt este prezumată până la dovada contrară care se stabilește de Ministerul Justiției, prin consultare cu Ministerul Afacerilor Externe [art. 2561 alin. (2) C. civ.]. Regimul juridic al administrării probelor în străinătate se analizează, așa cum este firesc, din perspectiva dreptului Uniunii Europene, a Convenției privind obținerea de probe în străinătate în materie civilă sau comercială și a Legii nr. 189/2003 privind asistența judiciară internațională în materie civilă și comercială.

a) În ceea ce privește administrarea probelor conform dreptului Uniunii Europene, reglementarea cadru în materie o reprezintă Regulamentul (CE) nr. 1206/2001 al Consiliului privind cooperarea între instanțele statelor membre în domeniul obținerii de probe în materie civilă și comercială. Acest regulament este aplicabil statelor membre ale Uniunii Europene, cu excepția Danemarcei, și prevalează asupra dispozițiilor ce se aplică în această materie conținute în convențiile internaționale încheiate de statele membre.

Regulamentul (CE) nr. 1206/2001 este aplicabil în materie civilă sau comercială, atunci când instanța unui stat membru, în conformitate cu prevederile legale statului respectiv, solicită: instanței competente a unui alt stat membru să procedeze la un act de cercetare sau să procedeze direct la un act de cercetare într-un stat membru (pe teritoriul altui stat membru).

Cererea de administrare nu trebuie să vizeze obținerea de mijloace de probă care nu sunt menite să fie utilizate într-o procedură judiciară angajată sau care urmează a fi angajată (art. 1 din Regulament). Prin urmare, textul instituie două proceduri de obținere (administrare) a probelor în străinătate, proceduri dezvoltate în secțiunea a 3 a sau, după caz, în secțiunea a 4 a a Regulamentului.

Procedura indirectă (sau Comisiile rogatorii internaționale) presupune coope-rarea instanțelor desemnate de statul solicitant și statul solicitat, în vederea administrării probelor. Art. 2 alin. (1) din Regulament prevede că cererile prin care se solicită îndeplinirea procedurii indirecte (sau a procedurii directe) se transmit direct de către instanța înaintea căreia procedura este angajată sau urmează a fi angajată (instanța solicitantă) instanței competente a altui stat membru (instanța solicitată), în vederea îndeplinirii actului de cercetare solicitat.

Fiecare stat membru întocmește o listă a instanțelor pentru a se proceda la actul de cercetare conform prevederilor regulamentului. Lista indică, de asemenea, competența teritorială și, dacă este cazul, competența specială a acestor instanțe [art. 2 alin. (2) din Regulament]. În conformitate cu acest text, România a desemnat ca „instanță solicitantă” instanța română de judecată care solicită obținerea de

probe în străinătate. Această instanță transmite cererea direct instanței desemnate de statul solicitat. De asemenea, România a desemnat ca „instanța solicitată” să primească sau să efectueze comisiile rogatorii cerute de instanțele altor state membre judecătoria în a cărei circumscripție urmează să se obțină proba [art. 33 alin. (1) lit. a) și b) din Legea nr. 189/2003 privind asistența juridică internațională în materie civilă și comercială] .

Cererea de obținere a probelor (de îndeplinire a unui act de cercetare) se efectuează folosind formularul A din anexa Regulamentului (sau formularul I din anexa Regulamentului, în cazul îndeplinirii directe a actului de cercetare), formular ce trebuie să conțină mențiunile prevăzute la art. 4 din Regulament . Cererea și eventualele comunicări se formulează în limba oficială a statului membru solicitat și se transmit prin mijloacele cele mai rapide, pe care statul membru solicitat le a indicat ca putând fi acceptate, cu condiția ca documentul primit să reflecte cu acuratețe conținutul documentului expediat și ca toate mențiunile să fie lizibile (art. 5 6 din Regulament). În termen de 7 zile de la primirea cererii, instanța solicitată transmite instanței solicitante o confirmare de primire (art. 7 din Regulament). Instanța solicitată îndeplinește actul de cercetare în termen de maximum 90 de zile de la primirea cererii, în conformitate cu dreptul statului din care face parte [art. 10 alin. (1) și (2) din Regulament], i.e., conform *lex fori*. Îndeplinirea actului de cercetare poate avea loc în prezența și cu participarea părților și, dacă există, a reprezentanților lor, dacă legislația statului membru al instanței solicitante prevede această posibilitate. Dacă este compatibil cu legea statului membru al instanței solicitante, reprezentanții acesteia au dreptul de a fi prezenți la îndeplinirea actului de cercetare de către instanța solicitată (art. 11 12 din Regulament).

În principiu, jurisdicția solicitată instrumentează în conformitate cu legislația sa națională, dar jurisdicția solicitantă poate cere ca măsura de investigare să fie efectuată conform unei forme speciale prevăzută de dreptul al cărui stat ea îl specifică. Există deci posibilitatea de alegere între procedura locală a jurisdicției solicitate și procedura străină a jurisdicției solicitante, de exemplu, în ceea ce privește modalitatea de interogare a martorilor, foarte diferită de la o țară la alta. Însă jurisdicția solicitată poate să refuze utilizarea unei forme (proceduri) străine, dacă forma respectivă nu este compatibilă cu dreptul Statului membru al jurisdicției solicitate sau din cauză de dificultăți practice majore. Totuși, aceasta nu este o ipoteză frecventă, întrucât Convenția de la Haga din 1970 privind obținerea de probe nu a dat loc (naștere) la astfel de refuzuri .

Procedura directă de îndeplinire a actului de cercetare presupune administrarea probei de către instanța solicitantă într-un alt stat membru, după ce organismul central competent desemnat de către statul membru solicitat a dat autorizarea prealabilă .

Îndeplinirea directă a actului de cercetare (i.e., administrarea probei chiar de către instanța solicitantă) nu este posibilă decât dacă acest lucru poate avea loc pe bază voluntară sau, altfel spus, nu poate presupune recurgerea la măsuri de constrângere. Mai mult, în cazul în care îndeplinirea directă a actului de cercetare implică audierea unei persoane, instanța solicitantă informează persoana respectivă că audierea va avea loc pe bază voluntară [art. 17 alin. (2) din Regulament].

Administrarea directă a probei se face de către un magistrat sau de către orice altă persoană abilitată, de pildă, un expert, desemnat conform legii Statului membru al instanței solicitante. Instanța solicitantă execută cererea (îndeplinește actul de cercetare) în conformitate cu legea statului membru din care face parte [art. 17 alin. (3) și (6) din Regulament]. Referitor la această posibilitate de executare directă a actului de cercetare de către jurisdicția solicitantă, în doctrină, unii autori s-au întrebat chiar dacă aceasta nu anunță „ștergerea mult mai semnificativă (considerabilă) a frontierelor în ceea ce privește relațiile intracomunitare care ar conduce, mai devreme sau mai târziu, statele membre să abdice de la autonomia procedurală tradițională bazată pe suveranitatea lor națională, pentru a face cooperarea judiciară în sânul Uniunii mai rapidă și mai eficace”. Aceeași autori s-au exprimat în sensul că: „a admite ca o jurisdicție să execute o măsură de investigare direct pe solul unui Stat străin este deja o revoluție” .

Organismul central sau autoritatea competentă a Statului solicitat nu poate refuza executarea directă a măsurii de investigare decât în cazurile limitative enumerate în art. 17 alin. (5) din Regulament: când cererea este în afara sferei de aplicabilitate a regulamentului; sau când cererea nu conține toate informațiile necesare; sau când executarea directă cerută este contrară principiilor fundamentale ale dreptului Statului membru solicitat.

Din raportul Comisiei europene cu privire la aplicarea Regulamentului (CE) nr. 1206/2001 , rezultă, printre altele, că utilizarea formularelor tip este considerată foarte pozitivă. În schimb, Comisia subliniază utilizarea insuficientă a tehnologiilor moderne de comunicare (videoconferință ...). Cu

siguranță, o evoluție rapidă din acest punct de vedere a avut loc. Una dintre problemele pe care le a ridicat regulamentul constă în lipsa de definire a noțiunii de „probă”, care a condus la interpretări, câteodată, divergente ale regulamentului, în special în materie de prelevare de eşantioane ADN sau de sânge. Comisia promovează o interpretare autonomă a noțiunii de către CJCE . Comisia a concluzionat să amelioreze și să accelereze cooperarea în materie de probe între Statele membre, subliniind disparitățile dintre State, încurajând folosirea în mai mare măsură a posibilităților oferite de tehnologiile de comunicare, precum și acelea de executare directă a unui act de investigare (administrare), încă puțin folosit.

b) În ceea ce privește administrarea probelor în străinătate conform prevederilor Convenției de la Haga din 18 martie 1970 , reținem următoarele:

- convenția este aplicabilă în cazul în care administrarea probelor va avea loc pe teritoriul unui alt stat contractant, care nu este stat membru al Uniunii Europene, concluzie desprinsă din prevederile art. 21 din Regulamentul nr. 1206/2001;

- convenția instituie, la fel ca Regulamentul nr. 1206/2001, două proceduri de obținere a probelor în străinătate: o procedură indirectă (prin comisie rogatorie); o procedură directă (prin reprezentanții diplomatici sau consulari ai statului solicitant ori de către o persoană desemnată în acest scop);

- obținerea (administrarea) de probe în străinătate prin procedurile menționate se poate realiza dacă sunt îndeplinite cumulativ cerințele art. 1 din Convenție, și anume: obținerea de mijloace de probă să fie necesară într o procedură judiciară angajată sau care urmează a fi angajată, cu observația că procedura directă este aplicabilă numai în cazul unei proceduri pendinte în statul solicitant (art. 15 17 din Convenție); procedura judiciară să vizeze „materia civilă sau comercială”, sintagmă interpretată prin prisma dreptului național .

În accepțiunea Convenției de la Haga din 1970, procedura indirectă de obținere a probelor în străinătate (comisia rogatorie) se solicită prin intermediul unei autorități centrale desemnate de fiecare stat contractant. România a desemnat, prin Legea nr. 175/2003, Ministerul Justiției ca autoritate centrală competentă să primească și să transmită cererile de comisii rogatorii formulate în baza Convenției de la Haga din 1965 .

Cererea de comisie rogatorie este scutită de supralegalizare și de orice altă formalitate echivalentă [art. 3 alin. (3) din Convenția de la Haga din 1970].

Art. 9 alin. (3) din Convenție prevede că procedura indirectă (comisia rogatorie) se îndeplinește de urgență, fără a preciza însă vreun termen. Procedura de administrare a probelor este gratuită, afară de onorariile experților și interpreților, precum și de cheltuielile ocazionate de utilizarea unor proceduri speciale la cererea autorității solicitante [art. 14 din Convenție].

La cererea sa, autoritatea solicitantă este informată asupra datei și locului administrării probei, pentru ca părțile interesate sau reprezentanții acestora să poată participa. Magistrații autorității solicitante pot asista la desfășurarea procedurii indirecte, dacă statul contractant solicitat a făcut o declarație în acest sens (art. 7 8 din Convenție). România a declarat, prin art. 2 lit. b) din Legea nr. 175/2003, că magistrații autorității solicitante pot asista la executarea unei comisii rogatorii, dacă s a făcut informarea prealabilă a autorității centrale competente.

În schimb, procedura directă de obținere a probelor în străinătate se realizează fără concursul autorităților statului solicitat, de către: a) agentul diplomatic sau funcționarul consular al statului solicitant pe teritoriul statului solicitat cu privire la probe ce îi vizează pe cetățenii statului solicitant, într o procedură judiciară pendinte în acest stat; administrarea probelor nu poate implica măsuri de constrângere (art. 15 din Convenție); b) agentul diplomatic sau funcționarul consular al statului solicitant pe teritoriul statului solicitat cu privire la probe ce îi vizează pe cetățenii unui stat terț, fără a implica măsuri de constrângere, într o procedură judiciară pendinte în acest stat (art. 16 din Convenție) ; c) o persoană desemnată ca împuternicit, pentru a obține probe într o procedură judiciară pendinte în statul solicitant, fără a recurge la mijloace de constrângere (art. 17 din Convenție) .

c) Administrarea probelor în străinătate în condițiile Legii nr. 189/2003

În ipoteza în care nu sunt incidente prevederile Regulamentului (CE) nr. 1206/2001 sau ale Convenției de la Haga din 1970, ori în completarea acestor reglementări, procedura de solicitare a obținerii în străinătate a probelor încuviințate de instanțele române sau de administrare în România a probelor solicitate de instanțele străine este reglementată de Legea nr. 189/2003, în condiții de reciprocitate. Potrivit art. 2 alin. (3) din această lege, simpla reciprocitate de fapt este suficientă; îndeplinirea condiției reciprocității de fapt este prezumată de legiuitor până la proba contrară. Această dovadă se solicită

Ministerului Justiției, care stabilește situația reală prin consultare cu Ministerul Afacerilor Externe [art. 2561 alin. (2) teza a doua C. civ.].

Legea nr. 189/2003 instituie: procedura indirectă de administrare a probelor prin comisie rogatorie, de către autorităților statului solicitat; procedura indirectă de administrare a probelor de către misiunile diplomatice sau oficiile consulare ale statului solicitant pe teritoriul statului solicitat.

Autoritatea centrală competentă să transmită în străinătate cererile de comisii rogatorii și să primească astfel de cereri prezentate de autoritățile judiciare străine este Ministerul Justiției (art. 18 și art. 24 din Legea nr. 189/2003).

Cererea prin care se solicită o comisie rogatorie în străinătate, primită de la autoritatea judiciară română, se transmite de către Ministerul Justiției autorității centrale competente din statul solicitat sau, în caz de urgență, misiunii diplomatice ori consulare a României în statul solicitat, prin intermediul Ministerului Afacerilor Externe, dacă legea acestuia o permite. Misiunile diplomatice sau consulare ale României în străinătate pot fi solicitate și să efectueze comisii rogatorii pentru persoane care au cetățenia română. La cerere, aceste persoane pot fi asistate de un apărător. Comisia rogatorie devine probă în dosarul cauzei în care a fost solicitată, având aceeași valoare ca și când actul judiciar ar fi fost îndeplinit de către o autoritate judiciară competentă (art. 18 și art. 23 din Legea nr. 189/2003).

Similar, cererea de comisie rogatorie primită din străinătate este transmisă de Ministerul Justiției judecătorei în a cărei rază teritorială urmează a se efectua actul judiciar solicitat. Autoritatea judiciară română execută comisia rogatorie conform regulilor procedurale stabilite de legea română sau, la cererea autorității judiciare solicitante, conform unei proceduri speciale, dacă aceasta nu contravine legii române. Autoritatea judiciară solicitantă va fi informată despre data și locul efectuării comisiei rogatorii, la cerere, putând fi permisă participarea magistraților străini.

Misiunile diplomatice sau oficiile consulare străine pe teritoriul României pot efectua comisii rogatorii solicitate de autoritățile statului pe care îl reprezintă, dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele cerințe: comisia rogatorie se îndeplinește numai pentru cetățenii având naționalitatea statului respectiv; există autorizarea prealabilă a Ministerului Afacerilor Externe (care solicită și avizul Ministerului Justiției); regulile procedurale aplicate nu sunt interzise de legea română; persoanele străine audiate pot fi asistate, la cerere, de un apărător (art. 24-28 din Legea nr. 189/2003).

Așadar, procedura și formele de îndeplinire a comisiilor rogatorii sunt determinate de legea țării unde se aduc la îndeplinire, cu observarea reglementărilor de mai sus. Dacă legile locale interzic efectuarea unui act sau stabilirea unui fapt cerut prin comisie rogatorie, acesta nu va fi îndeplinit.

Referitor la admisibilitatea comisiilor rogatorii, în cazul în care nu s-a încheiat o convenție internațională, în doctrina vechii legislații în materie au fost reținute următoarele condiții:

- a) instanța rogantă trebuie să încuviințeze în mod neechivoc administrarea probei în străinătate;
- b) cererea de asistență juridică trebuie să arate obiectul precis al probei, numele și adresa persoanelor implicate sau al reprezentanților lor;
- c) documentele se întocmesc, de regulă, în limba țării rogate;
- d) cererea de comisie rogatorie se transmite în străinătate pe cale legală;
- e) existența reciprocității în relațiile de asistență juridică între statul solicitant și cel solicitat;
- f) să nu se depășească obiectul unei comisii rogatorii în materie civilă;
- g) comisia rogatorie să nu contravină ordinii publice în dreptul internațional privat al statului solicitat.

Inițial, instanțele judecătorești erau singurele participante la efectuarea comisiilor rogatorii. Ulterior, s-a asigurat accesul la comisiile rogatorii și altor organe. De exemplu, Convenția de asistență juridică încheiată cu Austria prevede că ea se aplică și notariatelor, precum și autorităților tutelare din țara noastră.

Curtea de Arbitraj de la București nu are calitatea de a însărcina în nume propriu o instanță de judecată din străinătate cu administrarea unor probe într-un litigiu aflat pe rol, ci se va adresa instanței de judecată competentă teritorial, care, apreciind, poate dispune și cererea va fi transmisă în străinătate pe căile legale. În situația în care între statele în cauză nu există o convenție, în practica țării noastre s-a procedat astfel: instanța solicitantă din România trimite comisia rogatorie, prin Ministerul Justiției, la Ministerul Afacerilor Externe, care pe căile diplomatice o transmite în străinătate. Similar, în cazul primirii comisiei rogatorii, instanța solicitată din țară trebuie sesizată prin mijlocirea Ministerului Justiției, care a fost solicitat, în prealabil, fie direct, fie prin intervenția Ministerului Afacerilor Externe, de către misiunea diplomatică de la București a statului rogant (solicitant).

• Puterea doveditoare a mijloacelor de probă este supusă legii care guvernează și admisibilitatea acestora .

• Legiuitorul nu face nicio referire la aprecierea probelor, însă, având în vedere că această operațiune ține de formarea convingerii intime a judecătorului, considerăm că ea este supusă legii forului (lex fori).

B. Proba legii străine:

În ceea ce privește dovada legii străine, în doctrină s-a apreciat că soluția diferă după cum legea străină este o problemă de fapt sau o problemă de drept. Deși, în cazul în care este considerată problemă de drept, teoretic n-ar trebui să se pună în discuție proba legii străine, întrucât cunoașterea dreptului de către judecător este presupusă, practic, judecătorul nu se poate dispensa de dovada acesteia . În privința dreptului străin nu operează principiul jura novit curia, consacrat în art. 252 alin. (1) C. pr. civ. (aplicabil în ceea ce privește dreptul în vigoare în România) , ceea ce înseamnă că este necesară dovada legii străine . În acest sens, legiuitorul român consacră, indirect, principiul conform căruia judecătorul nu este obligat să cunoască dreptul străin . Într-adevăr, art. 253 teza întâi C. pr. civ. prevede doar posibilitatea cunoașterii din oficiu, de către instanța de judecată, a dreptului unui stat străin, în măsura în care se invocă incidența acestuia . Art. 1091 C. pr. civ. nu face nicio referire la proba dreptului unui stat străin. Însă, art. 253 teza a doua C. pr. civ. prevede, printr-o normă juridică de trimitere, că proba legii străine se face conform dispozițiilor Codului civil referitoare la conținutul legii străine. Astfel, potrivit art. 2562 alin. (1) (2) C. civ. „Conținutul legii străine se stabilește de instanța judecătorească prin atestări obținute de la organele statului care au edictat o, prin avizul unui expert sau printr-un alt mod adecvat. Partea care invocă o lege străină poate fi obligată să facă dovada conținutului ei”. Rezultă că stabilirea conținutului legii străine revine instanței, întrucât aceasta are obligația de a aplica legea străină , dacă legea respectivă este lex causae în speță . Obligația părților de a proba dreptul străin este subsidiară obligației instanței, legiuitorul precizând că „partea (...) poate fi obligată să facă dovada conținutului” legii străine pe care o invocă.

6. Cutuma și proba acesteia din perspectiva dreptului român și a dreptului comparat. Prima formă de reglementare a raporturilor dintre oameni a fost cutuma. Izvorâtă din tradiție, cutuma este un fapt care se desfășoară în timp, chiar dacă voința dominantă colectivă, a unei clase, sau care emană de la o autoritate este un act punctual. Uneia îi corespunde dreptul cutumiar, celeilalte, dreptul legislativ. Este vorba despre un fapt, și nu despre rezultatul unei serii de acte răspândite de-a lungul timpului, pentru că dreptul cutumiar nu decurge din acte și nici din suma actelor individuale, ci derivă din fapt, în mod natural, „adică neintenționat și neconștient, din repetarea acestor acte, după o logică ce rezultă implicit din respectivele acte, într-o perioadă de timp lungă și imemorială. Atât timp cât tradiția este încă în formare, actele izolate care o compun sunt acte voluntare în ceea ce privește acțiunea concretă; nu sunt voluntare în raport cu tradiția care nu există încă” .

Dreptul cutumiar „este un fapt normativ și, ca fapt în sine, el este valabil în mod direct în măsura în care este format: este în aceasta coincidență între validitate și eficacitate. Fundamentul cutumei nu îi este exterior, ci se găsește în ea însăși, în formarea ei; rațiunea (motivul) existenței sale rezidă în considerentul care îi dă naștere și o menține în viață” .

Faptul normativ care dă naștere dreptului cutumiar este comun tuturor sistemelor de drept, pentru că există acolo unde există o societate care aspiră să se constituie și să se organizeze.

Obiceiul este într-adevăr cel mai vechi izvor de drept; el precedă dreptului . Faptul că la început a fost cutuma, care în decursul timpului s-a încetățenit în viața societății, devenind normă juridică, este recunoscut de specialiștii în istoria dreptului . Așa se susține teoria conform căreia aproape toate normele de fond din dreptul intern și dreptul internațional au o origine cutumiară. De la obiceiurile tribale și până la concepțiile moderne de astăzi a trecut o perioadă îndelungată „în care cutuma a rămas învingătoare și nu a murit” .

La apariția sa, dreptul a preluat o serie de obiceiuri pe care le-a adaptat realității specifice unei societăți politice . În forma obiceiului nejuridic, cutuma precedă apariției statului. Unele obiceiuri supraviețuiesc formării statului și devin obiceiuri juridice care se bucură de acum înainte de protecție statală în cazul nerespectării lor . Deci, nu toate obiceiurile create de societate devin obiceiuri juridice și, totodată, izvor de drept. Trecerea la acest statut se realizează prin două modalități: pe cale legislativă, prin recunoașterea (sanționarea) unui obicei și nostrificarea lui într-o normă juridică prin organele legislative ale statului;

pe cale judecătorească, prin invocarea unui obicei de către părți ca normă de conduită în fața unei instanțe judecătorești, care îl validează ca regulă juridică .

Din punct de vedere istoric, obiceiul juridic a alcătuit prima formă a dreptului pozitiv, un fel de drept rudimentar , dreptul fiind astfel, prin excelență, cutumă.

Condițiile identificate de teoria romano canonică, pentru ca un obicei să devină juridic și, deci, izvor de drept sunt: o condiție obiectivă (materială) reprezentată de o practică veche și incontestabilă (usus); o condiție subiectivă psihologică (cunoscută și sub denumirea de opinio iuris sive necessitatis), constând în convingerea celor care aplică obiceiul că au de a face cu o regulă obligatorie, caracter care se manifestă prin sancțiune juridică . În elementul psihologic constă deosebirea dintre cutumă și uzurile convenționale, deoarece uzul nu se bazează pe convingerea comună că este o regulă de drept obligatorie. „Uzurile se limitează la părțile contractante care prin propria lor voință pot în mod expres să le înlăture din contract” .

Se admite unanim că ceea ce caracterizează cutuma sunt caracterul informal și caracterul de notorietate. În ceea ce privește primul caracter, menționăm că, spre deosebire de lege care se naște prin acțiunea conștientă, rațională a legiuitorului, cutuma se creează, așa cum am arătat mai sus, în mod inconștient, nedeliberat . Cutuma provine din fapte care nu sunt săvârșite cu intenția de a crea o regulă de drept, întemeindu-se pe cazuri concrete pe care, analizându-le, rațiunea juridică constată că se repetă. Dintr-o serie de cazuri concrete se desprinde ceea ce au ele în comun, adică norma generală consacrată prin cutumă . Al doilea caracter constă în faptul că regula cutumiară trebuie să fie cunoscută de majoritate, altfel (i.e., dacă ar fi secretă) i-ar lipsi caracterul general care trebuie să caracterizeze orice normă de drept. Obiceiul juridic nu face obiectul publicității. De aceea, trebuie dovedit în instanță de către cel care îl invocă, fiind admisibil orice mijloc de probă, mărturii, anchete judiciare, înscrisuri publice sau private care menționează cutuma sau orice alte înscrisuri care îi dovedesc existența. Puterea doveditoare a cutumei este lăsată la aprecierea liberă a judecătorului.

În doctrină s-a făcut distincție între:

- cutuma secundum lege, care se aplică (la fel ca uzanțele, în special uzanțele locale) în cazurile în care legea face trimitere la cutumă ;
- cutuma praeter legem, aplicabilă în cazul în care legea nu prevede, adică în cazul unei lacune a legii, fără vreo trimitere legală la cutumă; aceste situații sunt rar întâlnite, întrucât fie legea, fie practica judiciară intervin în soluționarea aspectelor majore insuficient reglementate, înainte ca o cutumă să se formeze ;
- cutuma contra legem reprezintă situația în care cutuma este contrară unor dispoziții legale, admitându-se că, în situația în care legea este supletivă, cutuma poate prevala, dacă se face dovada intenției părților de a deroga de la prevederile legale și de a se conforma cutumei; în schimb, nu este valabilă cutuma contrară unei norme juridice imperative sau, mai bine zis, cutuma contrară ordinii publice și bunelor moravuri.

Românii numeau obiceiul juridic *jus non scriptum*, *consuetudo*, *usus*, *mores majorum*, însă, ca urmare a operei legislative a jurisconsultilor, cutuma nu a cunoscut valențe extinse în dreptul roman.

Primele obiceiuri juridice apărute în Orientul antic (Codul lui Hammurabi, Legile lui Manu, Codul lui Mu) cuprind laolaltă norme juridice (*ius*), reguli religioase (*fas*) și reguli obișnuielnice, fără o delimitare clară a acestora .

Dreptul consuetudinar a înregistrat o mare extindere în Evul Mediu, fiind cunoscute chiar preocupările de strângere (încorporare) a obiceiurilor, fapt ce a condus la pierderea caracterului lor fundamental de drept nescris . În acest sens, amintim oglinzile germane și Așezămintele lui Ludovic cel Sfânt.

În epoca modernă, sistemele de drept romano germanice restrâng sfera de influență a obiceiului și extind politica legislativă, atât în dreptul privat, cât și în dreptul public. În schimb, sistemele de drept anglo saxon mențin obiceiul ca izvor principal al dreptului. Atunci când se face referire la apariția cutumei, doctrina engleză și cea americană atribuie cutumei același statut, totalitatea obiceiurilor juridice purtând denumirea de *common law*.

În ceea ce privește Elveția și Țările de Jos (*Pays Bas*), unde instanțele sunt deseori investite cu chestiuni de drept cutumiar, nu există nicio problemă. Mai ales în Țările de Jos, instanțele au foarte des ocazia de a examina conformitatea legii cu dreptul cutumiar.

În planul teoriei dreptului, Elveția este țara în care obiceiul sau cutuma ocupă un loc important . Pe de altă parte, la fel ca instanțele olandeze , cele elvețiene urmează mai ales o regulă nescrisă, dezvoltată în cursul unei jurisprudențe constante a Tribunalului federal și a autorităților politice și administrative,

astfel încât „în Elveția, principiile de drept cutumiar sunt considerate ca fiind de drept intern” . În Elveția, situația pare a fi clară: „Cât despre locul în ierarhie recunoscut dreptului cutumiar, el este identic celui al dreptului convențional. Așadar, este bine stabilit că regula cutumiară primează asupra oricărei reguli federale de natură reglementatorie” . Diferența dintre problema pusă în dreptul convențional și cea pusă în dreptul cutumiar este că, în primul caz, o normă se poate să fi fost elaborată în mod expres pentru a reglementa în mod direct raporturile dintre indivizi sau dintre individ și stat, și că îi va fi, în consecință, mai ușor instanței, după caz, să hotărască dacă norma poate fi aplicată direct. În ipoteza în care textul unui tratat nu este clar, judecătorul dispune de mijloacele necesare pentru a l interpreta, fie cu ajutorul lucrărilor pregătitoare pe plan internațional, fie, dacă tratatul a fost încorporat sau transformat printr un act legislativ intern, cu ajutorul discuțiilor parlamentare, fie, dacă este cazul, prin criteriile date de o instanță superioară, în această materie. În cazul dreptului cutumiar, instanța, înainte de toate, trebuie să determine regula și apartenența ei la dreptul pozitiv intern; trebuie apoi înlăturată prezumția istorică potrivit căreia cutuma internațională, în afară de a fi un mijloc de producere (un izvor) de drept cu caracter esențialmente interstatal, nu poate în niciun fel afecta juridic – fără mediatizarea dreptului formal intern – drepturile individuale. Din contră, trebuie acceptat că, în anumite cazuri, scopul regulilor cutumiare poate fi, de asemenea, chiar dacă legea nu prevede expres, cel de a proteja drepturile/interesele individuale. O astfel de aplicare a dreptului cutumiar este cea pe care o face judecătorul elvețian zicând „Potrivit concepțiilor în vigoare în Elveția, principiile generale ale dreptului cutumiar sunt în mod direct aplicabile, întocmai ca dreptul intern; atunci când sunt de ordine publică, ele au întâietate asupra dreptului pozitiv convențional cu care ar putea intra în contradicție. În Elveția, aplicarea directă este larg admisă. Independența judecătorilor în deter-minarea normelor de drept este evidentă, chiar dacă nici poziția guvernamentală nu poate fi ignorată” . În câteva state, individul, după ce s a familiarizat oarecum cu dreptul cutumiar, a luat obiceiul de a se întreba, atunci când este cazul, dacă există sau nu o încălcare a acestui drept printr o lege sau o hotărâre de Guvern. El determină (provoacă) examinarea dreptului cutumiar, obligă instanțele să se întrebe despre existența acestor principii, pune în mișcare un mecanism care obligă instituțiile să reanalizeze cauza. Persoana care dispune de mijloacele juridice necesare poate invoca violarea dreptului comunitar, despre care știe sau bănuiește că face parte din dreptul intern, și dacă aplicabilitatea lui directă este posibilă, fără a i se putea opune ca o condiție prealabilă absența unui drept sau a unui interes juridic .

Dreptul cutumiar, precum și doctrina (opiniile celor mai competenți autori de specialitate) sunt considerate surse secundare ale dreptului administrativ, în Irlanda, iar, în Spania, problema statutului cutumei ca izvor de drept administrativ nu este încă clarificată . Însă, în toate sistemele juridice sunt cuprinse norme potri-vit cărora dispozițiile legale îndoielnice se interpretează după „obiceiul locului” .

Legiuitorul Codului civil italian precizează, în art. 1 din acest act normativ, ierarhia izvoarelor de drept, obiceiul fiind enumerat după statutul și reglementările juridice, ceea ce înseamnă că dreptul cutumiar se poate aplica doar secundum legem și praeter legem, iar nu și contra legem .

În dreptul belgian este recunoscut principiul potrivit căruia „obiceiul nu poate prevala asupra unui text formal. El poate acoperi doar lacunele legii pozitive” .

În principiu, dreptul cutumiar este recunoscut în Franța ca fiind o sursă a dreptului. Relativ la uzanțe, în doctrina franceză , s a spus că „uzanța este în dreptul civil și în cel comercial (...) o convenție tacită și, prin urmare, dacă este constantă, are un caracter obligatoriu”. Uzanța fiind o convenție tacită, judecătorii fondului constată în mod suveran existența acesteia și interpretează sensul ei în același mod cum ar face o în cazul unei convenții. Părțile produc adeseori, pentru a stabili existența uzanțelor, atestări pe care le furnizează persoanele sau organismele calificate, cum ar fi camerele sindicale, camerele de comerț, curtierii etc. Aceste certificate se numesc „parères” (pregătitoare). Desigur, instanța nu este obligată să le ia în considerare. Proba unei uzanțe poate fi făcută în fața instanței prin orice mijloc de probă, aserțiune motivată pe considerentul că este vorba despre un fapt pentru care părțile nu au știut să și procure o probă scrisă .

Cu mult timp în urmă nu a existat un text oficial, dar existau totuși culegeri private de cutume. Cu toate acestea, în baza ordonanței Montils les Tours (1453), în Franța a fost prescrisă redactarea cutumelor. Volumul oficial conserva, cel puțin teoretic, caracterul său cutumiar . Astfel, în cursul unui proces, se putea susține, cu condiția de a dovedi, că o cutumă a căzut în desuetudine sau, din contră, că o nouă cutumă a fost stabilită.

Uzanțele codificate (fiind citată Legea din 14 iunie 1866 referitoare la vânzarea de mărfuri) au putere de lege; în alte cuvinte, sunt privite ca legi ce interpretează, exprimă voința părților. Sub acest titlu, ele

pot fi modificate de alte uzanțe . Există, de asemenea, codificări locale, făcute în general fără împuternicire de către persoane individuale. Aceste codificări au deseori o mare autoritate în fața instanțelor, atunci când exactitatea lor este recunoscută. În fine, reglementările anumitor camere sindicale codifică în mod frecvent uzanțele, dar au mai ales ca obiect formularea de reguli rezonabile pentru tranzacții, cele mai cunoscute fiind reglementările particulare ale agenților de schimb, vânzătorilor etc. Reglementările de asemenea natură leagă membrii camerelor sindicale, pentru că sunt menite să se refere la aceștia. Mai mult, reglementările au în general caracter obligatoriu, în sensul că membrii sindicali nu le pot ocoli fără a se expune la sancțiuni disciplinare. Dar derogările nu sunt nule prin ele însele; acestea se vor aplica, de pildă, în cazul în care agenții de schimb vor stipula pentru ridicarea, perceperea titlurilor sau remiterea acoperirii alte condiții decât cele prevăzute în regulament. Între membrii sindicatului și terți, s a apreciat că aceștia au înțeles să se lege prin regulament, dar că nu ar fi corect să se spună, într un mod absolut, că terții sunt legați de aceste regulamente, pe care au dreptul de a nu le cunoaște. Instanțele vor examina, analizând profesia terților, antecedentele lor, cunoștințele lor despre regulament, dacă au auzit vorbindu se despre regulament.

În dreptul internațional public, cutuma este un izvor principal de drept, alături de tratat și de principiile generale de drept , izvoare a căror importanță teoretică și de utilitate practică se desprinde din art. 38 al Statutului Curții Internaționale de Justiție .

În ceea ce privește valoarea juridică a cutumei în dreptul românesc, reținem următoarele:

- până la începutul secolului al XIX lea, dreptul cutumiar a avut o poziție privilegiată, alcătuind Jus Valachicum sau Jus Valachorum (dreptul românilor), formând legea țării sau obiceiul pământului;
- primele legiuri românești (ale lui Alexandru cel Bun, Vasile Lupu și Matei Basarab) au menținut poziția obiceiului juridic;
- Codul Calimach (1817) și Codul Caragea (1818) cuprindeau prevederi referitoare la dreptul cutumiar.

În dreptul vechi, judecătorul care cunoștea un obicei invocat de o parte, făcea aplicarea acestuia. Însă, în situația în care regula era contestată de cealaltă parte, ea trebuia dovedită, proba făcându se prin martori sau se recurgea la cercetare prin mulțime (inquisitio per turbam). Se recurgea la părerea unui mare număr de oameni din regiune, oameni cu experiență care deliberau și emiteau un verdict, de care judecătorul ținea seama .

Rolul obiceiului se restrânge după apariția Codului civil (1864), acest act normativ făcând trimitere expresă la anumite obiceiuri (de pildă, art. 600, 970, 1351).

S a apreciat că , în dreptul românesc, cutuma se aplică numai în baza unei trimiteri exprese la aceasta, formulată într un act normativ (cutuma secundum legem) sau atunci când i s a atribuit valoare juridică, în lipsa unei trimiteri exprese, pentru a completa eventualele lacune ale dreptului scris , cu observația că dreptul penal exclude rolul obiceiului ca izvor de drept . De asemenea, s a apreciat că obiceiul nu este admis ca izvor al dreptului constituțional românesc , dar legiuitorul constituant îngăduie, prin dispozițiile cuprinse în legea fundamentală a țării [art. 1 alin. (3), art. 44 alin. (6), art. 120 alin. (1) din Constituție], „concluzia că obiceiul sau cutuma a devenit izvor de drept de rang constituțional” .

În prezent, Codul civil român (2011) recunoaște uzanțelor calitatea de izvor de drept civil. Așa fiind, înseamnă că uzanțele sunt, conform art. 1 C. civ., izvoare normative, subsidiare legii , întrucât se aplică în cazurile neprevăzute de lege [alin. (2)], ipoteză în care vorbim de consuetudo praeter legem. Uzanțele se aplică în materiile reglementate prin lege, numai în măsura în care legea trimite în mod expres la acestea [art. 1 alin. (3) C. civ.], ipoteză în care vorbim de consuetudo secundum legem. Aceste uzanțe (de fapt, cutume) își trag forța obligatorie din lege, astfel că nu există contradicție între lege și obicei.

Legiuitorul român nu definește însă „uzanțele”, ci doar precizează semnificația lor din perspectiva speciilor ce pot fi incluse în noțiunea de gen. Astfel, art. 1 alin. (6) C. civ. stabilește că, prin uzanțe se înțelege obiceiul (cutuma) și uzurile profesionale, de parcă genul proxim ar fi uzanța, și nu cutuma.

Uzanțele sunt definite în doctrina de drept comercial ca fiind „reguli de conduită născute din practica socială, utilizate vreme îndelungată și respectate întocmai ca legea” , „practici certificabile de organisme profesionale” .

Uzanțele comerciale internaționale sunt clasificate, în doctrină , în funcție de izvorul lor, în uzanțe normative și uzanțe interpretative sau convenționale.

Sub aspectul efectelor contractului, ordinea de aplicare a izvoarelor dreptului este semnificativ modificată, de vreme ce art. 1272 alin. (1) C. civ. prevede „Contractul valabil încheiat obligă nu numai la ceea ce este expres stipulat, dar și la toate urmările pe care practicile statornicite între părți, uzanțele, legea sau echitatea le dau contractului, după natura lui” .

Uzanțele normative au aceeași putere ca legea, părțile având posibilitatea înlăturării aplicării lor prin manifestare expresă de voință. În schimb, uzanțele convenționale se aplică și produc efecte numai datorită voinței părților contractante.

Art. 5 alin. (3) C. pr. civ. vine să precizeze cum trebuie să procedeze judecătorul în cazul în care legea nu prevede, nu există uzanțe și nici dispoziții asemănătoare, preluând, practic, prevederile art. 1 alin. (2) C. civ. Dar textul nu precizează despre ce uzanțe este vorba, ceea ce înseamnă că legiuitorul a avut în vedere atât uzanțele civile, cât și uzanțele procedurale, deși în materia procedurii civile este, așa cum s-a afirmat, dificil de imaginat lipsa unor reglementări care să impună aplicarea unor „uzanțe procedurale”. Bunăoară, practica aducerii martorilor în instanță, de către părți, fără a fi citați, exista în jurisprudența anterioară Codului de procedură civilă actual. În prezent, această practică este încorporată în art. 312 C. pr. civ. sub denumirea „Ascultarea martorilor necitați”. Însă, referitor la dreptul aplicabil în procesul arbitral internațional, art. 1120 alin. (1) C. pr. civ. prevede că, dacă părțile nu au desemnat dreptul aplicabil, tribunalul arbitral aplică legea pe care o consideră adecvată, în toate situațiile ținând seama de „uzanțe și reguli profesionale”. Așa fiind, înseamnă că, în procesul arbitral internațional, uzanțele și regulile profesionale dobândesc un caracter normativ în toate situațiile, independent de dispozițiile legii care reprezintă *lex causae* în speță.

În contextul interpretării art. 1 C. civ., s-a apreciat că „nu există diferențe de regim juridic între cele două categorii [i.e., între obiceiul (*cutuma*) și regulile profesionale, pe care legiuitorul le enumeră în art. 1 alin. (6) C. civ., în încercarea de a lămuri ce sunt uzanțele – n.n.]; singura rațiune pentru care ele au fost enunțate în această manieră este aceea de a se evita eventuala înlăturare a vreuneia dintre cele două categorii de uzanțe, ca urmare și a varietății terminologice folosite în diverse reglementări: uzanțe, uzuri, obicei, *cutumă*”. Or, așa cum s-a apreciat, *cutuma* nu se poate înscrie în sfera uzanței, ci, dimpotrivă, uzanța este uneori „un fel” de *cutumă*. De aceea, ca izvor al dreptului civil, va trebui ca în loc de uzanțe să socotim că este *cutumă*. Menționăm și faptul că „uzurile profesionale” la care se referă art. 1 alin. (6) C. civ., pentru a lămuri ce sunt uzanțele, ar putea însemna ceea ce, de fapt, numim practica folosită în anumite domenii (de pildă, practica notarială ori avocațială în ceea ce privește întocmirea unor acte). Aceste practici nu au fost niciodată izvoare de drept, cu excepția cazului în care legea face trimitere expresă la ele. Aprecierea făcută în legătură cu prevederile art. 1 C. civ. „este aplicabilă (...), pentru identitate de rațiune, și cu privire la prevederile art. 1120 C. pr. civ., regulile profesionale la care face referire acest ultim text având, așadar, natura juridică a uzanțelor”.

În practică, aplicarea uzanțelor a ridicat probleme mai ales în ceea ce privește dovada existenței și conținutului lor. Din această perspectivă, soluția diferă după cum uzanțele sunt calificate ca fiind o problemă de drept sau o problemă de fapt. În cazul în care uzanțele reprezintă o problemă de drept, teoretic se aplică regula *iura novit curia*, întrucât judecătorul este obligat să cunoască dreptul. Dacă uzanțele sunt considerate o problemă de fapt, atunci existența și conținutul uzanțelor trebuie probate.

Opțiunea legiuitorului român este clară, art. 1 alin. (5) teza întâi C. civ. prevede că „partea interesată trebuie să facă dovada existenței și a conținutului uzanțelor”. La rândul său, art. 255 alin. (3) C. pr. civ. stabilește că „Uzanțele, regulile deontologice și practicile statornicite între părți trebuie dovedite, în condițiile legii, de către cel care le invocă (...)”. De asemenea, prin excepție de la regula *iura novit curia*, consacrată în art. 251 C. pr. civ., corelat cu alin. (1) al art. 252 C. pr. civ., alineatul (2) al acestui din urmă articol prevede că „dreptul internațional *cutumiar* trebuie dovedit de partea interesată”.

Prin urmare, deși uzanțele constituie izvor de drept subsidiar legii, ele trebuie dovedite. Judecătorul nu este obligat să cunoască regulile rezultate din autonomia privată și *cutuma* particulară. De regulă, *cutumele* nu sunt unitare și nu sunt publicate, de aceea trebuie dovedite de partea interesată, mai ales că ele pot fi căzute în desuetudine. Proba acestora se poate face cu orice mijloc de probă, utilizându-se, de regulă, culegeri de obiceiuri, avize ale experților, atestări scrise ale persoanelor sau organismelor. În dreptul francez, proba acestora se face prin mărturii orale sau scrise ce emană de la persoane calificate.

Art. 1 alin. (5) teza a doua C. civ. instituie doar o prezumție relativă de existență (nu și de conținut) a uzanțelor publicate în culegeri elaborate de către entitățile sau organismele autorizate în domeniu. Regulile deontologice sau bunele practici codificate de către instituțiile sau autoritățile competente vor fi dovedite prin prezentarea codului sau manualului care cuprinde regulile respective.

În vederea facilitării probei existenței și conținutului uzanțelor, art. 4 lit. e) din Legea nr. 335/2007 a camerelor de comerț din România stabilește competența camerelor județene de comerț de a elibera, la cerere, cu respectarea normelor legale în vigoare și a competențelor stabilite pentru alte instituții, certificate privind uzanțele comerciale. De asemenea, pentru a înlătura dificultățile de aplicare a

uzanțelor, instituțiile internaționale au codificat și publicat uzanțele în forma culegerilor sau a publicațiilor. Desigur, așa cum s-a spus, această codificare nu modifică natura uzanțelor și nu influențează calificarea lor în normative sau convenționale. O standardizare a uzanțelor comerciale din domeniul vânzării mărfurilor a fost realizată prin Regulile INCOTERMS 2010. Principiile UNIDROIT privind contractele comerciale internaționale sunt apreciate ca reprezentând și practici comerciale, lex mercatoria, și, ca atare, izvoare de drept al comerțului internațional. Însă, există și opinia potrivit căreia regulile codificate, standardizate nu sunt uzanțe, ci doar utilizarea lor repetată le poate oferi acest statut.

CAPITOLUL III. CONVENȚIILE ASUPRA PROBELOR

1. Noțiune și valabilitate.

Convențiile asupra probelor sunt definite în doctrină ca fiind acordurile de voință prin care părțile derogă de la normele legale privitoare la probațiunea judiciară, fie anterior unui proces, fie în cursul acestuia. Așadar, convențiile asupra probelor sunt acte juridice de dispoziție procesuală. Astfel, potrivit art. 256 C. pr. civ., convențiile asupra admisibilității, obiectului sau sarcinii probelor sunt valabile, cu excepția celor care privesc drepturi de care părțile nu pot dispune, a celor care fac imposibilă ori dificilă dovada actelor sau faptelor juridice, ori, după caz, contravin ordinii publice sau bunelor moravuri.

Prin urmare, convențiile asupra admisibilității, obiectului sau sarcinii probelor nu sunt valabile dacă:

- privesc drepturi de care părțile nu pot dispune, cum sunt cele referitoare la raporturile juridice de muncă, la starea civilă și capacitatea persoanelor, precum și orice alte drepturi asupra cărora legiuitorul nu permite a se face tranzacție;
- fac imposibilă sau dificilă proba actelor sau faptelor juridice, cum sunt cele prin care părțile înțeleg să nu admită, pentru dovada faptelor în litigiu, anumite mijloace de probă care, potrivit legii sunt admisibile, urmărind să îngreuneze proba; de pildă, convențiile prin care părțile stabilesc ca un fapt material să fie dovedit prin înscrisuri, deși, conform legii, acel fapt poate fi dovedit cu martori, sau ca un început de dovadă scrisă coroborat cu depoziții de martori să nu fie admis pentru dovada unui act juridic ;
- acestea, convențiile, contravin ordinii publice sau bunelor moravuri, soluție justificată pe deplin și consacrată, de altfel, pentru orice convenție, în dispoziția generală a art. 1169 C. civ. . (de pildă, orice înregistrare a salariilor fără știrea lor, făcută de angajator, indiferent de motive, cuvinte, imagini, constituie un mijloc de probă ilicit).

Convențiile asupra probelor trebuie să îndeplinească și condițiile esențiale impuse pentru validitatea oricărei convenții, și anume: capacitatea, consimțământul, un obiectiv determinat și licit și o cauză licită și morală [art. 1179 alin. (1) C. civ.]. Părțile trebuie să aibă capacitatea cerută de lege pentru a dispune de dreptul a cărui probă face obiectul convenției, condiție care rezultă și din art. 309 alin. (4) pct. 4 C. pr. civ.

Din punct de vedere formal, convențiile cu privire la probe se pot încheia expres sau tacit, adică verbal, în scris, tacit sau comportamental, forme determinate cu ajutorul normei generale din art. 1240 C. civ. . La încheierea convenției asupra probelor „în mod tacit” se referă și art. 309 alin. (4) pct. 4

C. pr. civ. Bunăoară, s-a apreciat că atitudinea unei părți de a nu se opune la încuviințarea unei dovezi cerută de partea adversă, deși avea această posibilitate, poate fi considerată o convenție tacită cu privire la admisibilitatea probei. Totuși, așa cum sugerează și legiuitorul în art. 1240 C. civ., renunțarea tacită nu poate fi echivocă.

Pe de altă parte, trebuie observate și prevederile art. 254 alin. (2) pct. 5 C. pr. civ., din care rezultă că doar existența unui „acord expres al tuturor părților” în ceea ce privește propunerea probelor cu nerespectarea termenelor legale înlătură decăderea părților din dreptul de a propune probe.

2. Convenții referitoare la sarcina probei

Convențiile privitoare la sarcina probei, adică acele convenții prin care părțile răstoarnă sau descompun sarcina probei, sunt valabile dacă stabilesc reguli aplicabile numai părților. În măsura în care aduc atingere

rolului activ al judecătorului sau, mai bine zis, obligației judecătorului de a avea un rol activ în probațiune, convențiile nu sunt valabile.

Convențiile privitoare la sarcina probei pot avea ca obiect și o descompunere a sarcinii probei între părți sau între părți și terțul beneficiar, de pildă, în situația contractelor în favoarea terților .

Indiferent că este vorba de o convenție de răsturnare sau de descompunere a sarcinii probei, judecătorul își păstrează dreptul de a solicita părților să prezinte explicații, oral sau în scris, cu privire la situația de fapt și motivarea în drept, precum și dreptul de a ordona administrarea probelor pe care le consideră necesare, obligând pe una sau alta dintre părți să le administreze.

3. Convenții privitoare la obiectul probei

Aceste convenții sunt valabile atunci când părțile deplasează obiectul probei de la faptul generator de drepturi la fapte vecine și conexe, mai ușor de dovedit, fără a aduce atingere dispozițiilor art. 254 alin. (5) C. pr. civ., care reprezintă o aplicație a principiului rolului judecătorului în aflarea adevărului .

Convențiile de deplasare a obiectului probei indică judecătorului premisele unui raționament cu care părțile sunt de acord.

Convențiile prin care părțile consideră unele fapte ca fiind necontestate sunt valabile și opozabile judecătorului, numai dacă nu urmăresc scopuri ilicite și nu contravin ordinii publice sau bunelor moravuri.

Convenția părților este opozabilă judecătorului, însă se impune acestuia în măsura în care el își va forma convingerea că cele două recunoașteri corespund realității .

4. Convenții asupra admisibilității probelor

În doctrina și jurisprudența contemporane vechii legislații s-a admis, chiar în lipsa unei prevederi generale în acest sens, că sunt valabile convențiile privitoare la admisibilitatea probelor, dacă nu încalcă normele imperative ale legii și dacă nu restrâng posibilitățile de probă, reținându-se două categorii de convenții:

- convenții privind lărgirea admisibilității probelor;
- convenții privind restrângerea admisibilității probelor.

Convențiile privind restrângerea admisibilității probelor sunt acele convenții prin care părțile înțeleg să nu admită, pentru dovada faptelor în litigiu, anumite mijloace de probă care, potrivit legii, sunt admisibile, urmărind astfel să îngreuneze proba . Spre exemplu, convențiile prin care părțile ar stabili ca un fapt material să fie dovedit prin înscrisuri, deși, potrivit legii, poate fi dovedit cu martori, sau ca un început de dovadă scrisă corelat cu depoziții de martori să nu fie admis pentru dovada unui act juridic. Astfel de convenții, care se încheie de regulă odată cu săvârșirea faptului litigios, în vederea unui proces viitor, trebuie considerate ca fiind nevalabile, deoarece îngreunesc drepturile judecătorului în probațiune, restrâng rolul său activ, îngreunează proba și constituie obstacole în aflarea adevărului .

Art. 256 C. pr. civ. actual prevede că sunt valabile convențiile asupra admisibilității probelor, cu excepția celor care privesc drepturi de care părțile nu pot dispune, a celor care fac imposibilă ori dificilă dovada actelor sau faptelor juridice ori, după caz, contravin ordinii publice sau bunelor moravuri. Așa fiind, înseamnă că nici în prezent convențiile care restrâng posibilitățile de probă sau care „fac imposibilă ori dificilă dovada actelor sau faptelor juridice” nu sunt valabile.

Sunt admisibile și convențiile prin care părțile se abat de la dispozițiile art. 274 și 275 C. pr. civ. referitoare la pluralitatea de exemplare și, respectiv, formalitatea „bun și aprobat”, întrucât aceste dispoziții nu sunt de ordine publică. Scopul instituirii acelor formalități este acela de a asigura părților o poziție egală din punct de vedere probatoriu, respectiv de a i ocroti pe debitori împotriva abuzurilor la care ar putea da loc semnăturile în alb.

Convențiile referitoare la admisibilitatea probelor nu sunt valabile dacă încalcă normele de ordine publică. De pildă, nu sunt valabile convențiile prin care părțile ar stabili să înlăture procedura declarării falsului în cazul contestării mențiunilor dintr-un înscris autentic, în ceea ce privește constatările personale ale agentului instrumentator.

5. Convenții referitoare la forța sau puterea doveditoare a probelor

Deși legiuitorul nu face referire expresă la aceste categorii de convenții, ci doar le exclude implicit prin art. 256 C. pr. civ., considerăm că ele sunt valabile în măsura în care măresc puterea doveditoare a probei, față de cea stabilită de lege, și nu încalcă o normă juridică de ordine publică . Însă, având în vedere că, de regulă, normele legale referitoare la puterea doveditoare a mijloacelor de probă sunt norme de ordine publică, convențiile de acest fel se întâlnesc foarte rar în practică. De pildă, părțile se pot înțelege ca acele copii

legalizate de pe originalul sau duplicatul unui înscris autentic ori de pe originalul unui înscris sub semnătură privată, care, conform art. 286 alin. (3) C. pr. civ., constituie numai un început de dovadă scrisă, să aibă putere doveditoare până la proba contrară. Dimpotrivă, nu este valabilă convenția prin care s ar permite combaterea autorității de lucru judecat . De asemenea, nu este valabilă convenția prin care părțile stabilesc că hotărârea judecătorească are puterea doveditoare a unui înscris sub semnătură privată, deși art. 434 C. pr. civ. stabilește că aceasta are forța probantă a unui înscris autentic.

6. Convenții referitoare la administrarea probelor

Art. 256 C. pr. civ. nu face referire expresă nici la admisibilitatea convențiilor privitoare la administrarea probelor. Cu toate acestea, considerăm că astfel de convenții sunt valabile, dacă normele care reglementează administrarea probelor nu sunt de ordine publică.

Spre exemplu, convenția prin care părțile convin, expres sau tacit, să fie ascultat ca martor soțul sau ruda uneia dintre ele, este o convenție valabilă, deoarece normele juridice cuprinse în art. 315 alin. (1) pct. 1 2 C. pr. civ. nu sunt de ordine publică, soluție care rezultă din corelarea alin. (1) și (2) ale aceluiași articol. Dimpotrivă, este nulă convenția prin care părțile convin să fie ascultată ca martor o persoană condamnată pentru mărturie mincinoasă ori o persoană pusă sub interdicție judecătorească, întrucât normele juridice instituite în art. 315 alin. (1) pct. 4 și 5 C. pr. civ. sunt norme de ordine publică, de vreme ce legiuitorul exclude posibilitatea părților de a conveni să fie ascultate ca martori aceste categorii de persoane.

În temeiul art. 261 alin. (2) teza a doua C. pr. civ., părțile pot conveni, dacă felul dovezii îngăduie, ca instanța care administrează proba prin comisie rogatorie să fie scutită de citarea părților.

CAPITOLUL IV. ASIGURAREA PROBELOR

1. Reglementare, natură juridică și condiții de admisibilitate. Sub denumirea „condiții de admisibilitate”, art. 359 C. pr. civ. stabilește că „Oricine are interes să constate de urgență mărturia unei persoane, părerea unui expert, starea unor bunuri, mobile sau imobile ori să obțină recunoașterea unui înscris, a unui fapt sau a unui drept, dacă este pericol ca proba să dispară ori să fie greu de administrat în viitor, va putea cere, atât înainte, cât și în timpul procesului, administrarea acestor probe. În cazul în care partea adversă își dă acordul, cererea poate fi făcută, chiar dacă nu există urgență” . Pentru admiterea efectuării procedurii în discuție trebuie îndeplinită cerința urgenței administrării probei respective, urgență rezultând din pericolul dispariției probei sau din dificultatea administrării ei în viitor . Ca o excepție și ca expresie a principiului disponibilității, legiuitorul permite asigurarea probei în lipsa „urgenței”, dacă pârâtul își dă acordul asupra cererii, caz în care instanța va constata doar acest acord . Este vorba de pârâtul din cererea de asigurare a probelor și nu de pârâtul din procesul în care se va folosi proba; altfel spus, pârât în cererea de asigurare a probelor este partea din raportul juridic substanțial și care poate să fie reclamantul sau pârâtul din procesul în care va fi folosită proba asigurată, fapt ce rezultă, implicit, din dispozițiile art. 363 alin. (2) C. pr. civ. Acordul pârâtului trebuie să fie exprimat în mod expres, personal sau prin mandatar cu procură specială, neputând fi dedus din tăcerea sau absența sa, iar în caz de coparticipare procesuală, este necesar acordul tuturor persoanelor care au calitatea de pârât .

2. Cererea de asigurare a probelor. Cererea de asigurare a probelor poate fi formulată, așa cum rezultă din art. 359 alin. (1) C. pr. civ., de oricine are interes (orice persoană care justifică un interes), i.e., de oricare dintre părțile viitorului proces sau ale procesului în curs. Cererea trebuie să cuprindă pe lângă mențiunile necesare oricărei cereri adresate instanțelor judecătorești (art. 148 C. pr. civ.) și unele elemente specifice [art. 360 alin. (2) C. pr. civ.], și anume:

- probele a căror administrare se solicită;
- faptele pe care partea (reclamantul) vrea să le dovedească prin probele a căror administrare o solicită;

- motivele care fac necesară asigurarea probelor (pericolul sau primejdia întârzierii, adică împrejurarea din care judecătorul să poată deduce existența urgenței) sau, după caz, acordul părții adverse (faptul că pârâtul este de acord cu asigurarea probei) .

3. Procedura de asigurare a probelor. Procedura de asigurare a probelor este reglementată la art. 360 C. pr. civ., prin care legiuitorul distinge, referitor la instanța competentă, în funcție de calea procedurală aleasă de parte . Astfel, în ipoteza în care asigurarea probelor se solicită pe cale principală, adică înainte de existența unei judecăți asupra fondului, cererea se va îndrepta la judecătoria în circumscripția căreia se află martorul sau obiectul constatării [art. 360 alin. (1) C. pr. civ.]. Ca atare, competența materială de soluționare a cererii formulate anterior judecății pe fond aparține judecătoriei, indiferent cărei instanțe îi va reveni spre soluționare în primă instanță fondul viitorului proces; în schimb, competența teritorială se determină după:

- a) locul unde se află martorul, în ipoteza în care se solicită constatarea mărturiei unei persoane, interesând, sub acest aspect, locul unde martorul locuiește efectiv;
- b) locul unde se află obiectul constatării, adică locul unde se află bunul care urmează să fie expertizat ori a cărui stare va fi constatată de instanță; în ipoteza în care se solicită recunoașterea unui înscris, a unui fapt sau a unui drept, competența teritorială revine instanței (judecătoriei) în circumscripția căreia domiciliază ori, după caz, își are sediul pârâtul, întrucât acesta este locul în care „se află obiectul constatării” .

4. Puterea doveditoare a probelor asigurate. Dovezile conservate prin procedura descrisă mai sus sunt opozabile părților în procesul de fond; aceste dovezi vor putea fi folosite în procesul pe fond și de partea care nu a cerut administrarea lor [art. 363 alin. (2) C. pr. civ.], și nu numai de partea care le a solicitat.

5. Constatarea de urgență a unei stări de fapt. Constatarea de urgență a unei stări de fapt poate fi solicitată în condițiile art. 364 C. pr. civ.; această procedură a fost calificată, în doctrina și jurisprudența contemporane Codului de la 1865, ca fiind o variantă a procedurii asigurării dovezilor, calificare posibilă și în prezent, chiar dacă reglementarea actuală diferă, sub unele aspecte, de vechea reglementare.

Potrivit art. 364 alin. (1) C. pr. civ., la cererea oricărei persoane care are interesul să constate de urgență o anumită stare de fapt care ar putea să înceteze ori să se schimbe până la administrarea probelor, executorul judecătoresc în circumscripția căruia urmează să se facă constatarea va putea constata la fața locului această stare de fapt.

PARTEA A II-A. PARTEA SPECIALĂ: MIJLOACELE DE PROBĂ ÎN PROCESUL CIVIL

CAPITOLUL I. ÎNSCRISURILE

1. Considerații generale cu privire la înscrisuri. Potrivit reglementării actuale (art. 265 C. pr. civ.), înscrisul este orice scriere sau altă consemnare care cuprinde date despre un act sau fapt juridic, indiferent de suportul ei material ori de modalitatea de conservare și stocare.

2. Clasificarea înscrisurilor:

a) după cum înscrisurile s-au întocmit cu intenția de a fi folosite ca mijloc de probă sau fără această intenție, deosebim:

- înscrisuri preconstituite;
- înscrisuri nepreconstituite;

b) după criteriul semnăturii, înscrisurile se clasifică în:

- înscrisuri semnate (înscrisul autentic, înscrisul sub semnătură privată și, în principiu, scrisorile);
- înscrisuri nesemnate (registrele și hârtiile casnice, răboajele, telexurile și diverse forme de listinguri);

c) după efectul lor , iar după unii autori în funcție de obiectul lor , înscrisurile preconstituite semnate se subdivid în :

- înscrisuri originare sau primordiale;
- înscrisuri recognitive;
- înscrisuri confirmative;

d) după raportul dintre ele, înscrisurile se clasifică în înscrisuri originale, duplicate și copii;

e) după subiectul de la care emană înscrisul, doctrina deosebește înscrisurile oficiale de înscrisurile neoficiale;

f) în funcție de modul de întocmire, înscrisurile preconstituite (și semnate) se clasifică în înscrisuri autentice și înscrisuri sub semnătură privată.

2. Administrarea probei cu înscrisuri în procesul civil. Administrarea probelor implică în mod necesar ca acestea să fie mai întâi propuse de către părți și apoi încuviințate de către instanța de judecată (art. 254, art. 258, art. 255, art. 257 C. pr. civ.).

Legiuitorul consacră, pe lângă dispozițiile generale referitoare la administrarea dovezilor (art. 260 263 C. pr. civ.), și unele dispoziții referitoare la administrarea probei cu înscrisuri (art. 292 300 C. pr. civ.), apoi reglementează procedurile de verificare a înscrisurilor (art. 301 308 C. pr. civ.), respectiv verificarea de scripte și procedura falsului.

CAPITOLUL II. PROBA TESTIMONIALĂ SAU PROBA PRIN DECLARAȚIILE MARTORILOR

1. Proba testimonială în reglementarea Codului de procedură civilă actual. Noțiune, caracteristici, obiect și forme. Martorul este persoana străină de interesele în conflict, care relatează în fața instanței de judecată fapte sau împrejurări relative la cauza ce se judecă, fapte despre care a luat cunoștință personal și care pot fi concludente pentru stabilirea adevărului. Pe când, mărturia sau depoziția martorului este declarația sau relatarea orală făcută de o persoană fizică, în fața instanței judecătorești, cu privire la faptele ce formează obiectul judecății, despre care a luat cunoștință personal, în sensul că a participat la încheierea operațiunii juridice sau a asistat la săvârșirea faptei . Ca atare, mijlocul de probă îl constituie depoziția sau declarația martorului, și nu martorul, iar pentru a fi admisă ca probă, mărturia trebuie să prezinte următoarele caracteristici:

a) faptele relatate de martor să fie cunoscute personal de către acesta, în sensul că martorul să relateze instanței ceea ce a văzut sau auzit personal ; depoziția „din auzite” sau „după ceea ce spune lumea” nu este reglementată în legislația română și nici acceptată de jurisprudență și doctrină;

b) mărturia să fie făcută oral în fața instanței de judecată, deoarece administrarea probelor este guvernată de principiul nemijlocirii, astfel că declarațiile scrise făcute chiar în formă autentică sau cele făcute într-un alt proces nu au nicio valoare probatorie , întrucât instanța și părțile nu au posibilitatea de a pune întrebări celui care le a făcut pentru a lămuri sensul exact al declarațiilor sale și pentru a se convinge de sinceritatea sa.

2. Admisibilitatea probei testimoniale. În art. 309 alin. (1) C. pr. civ., legiuitorul consacră principiul admisibilității probei testimoniale în toate cazurile în care legea nu dispune altfel, principiu existent și în reglementarea anterioară. Legea dispune altfel în ceea ce privește actele juridice, stabilind prin celelalte alineate ale art. 309 C. pr. civ. interdicții referitoare la dovedirea acestora prin mărturie. Ca atare, faptele juridice stricto sensu pot fi probate cu martori fără îngrădiri. Textul art. 309 C. pr. civ. instituie unele reguli restrictive cu privire la admisibilitatea probei testimoniale pentru dovedirea actelor juridice, unele dintre ele fiind reglementate și în legislația anterioară, iar altele fiind consacrate în doctrină și jurisprudență.

• Prima regulă restrictivă cu privire la dovada actelor juridice este instituită în art. 309 alin. (2) teza întâi C. pr. civ. Astfel, păstrând limita de 250 lei până la care se poate face dovada cu martori a unui act juridic, legiuitorul stabilește că „niciun act juridic nu poate fi dovedit cu martori, dacă valoarea obiectului său este mai mare de 250 lei” . Rațiunea instituirii acestei reguli constă în dorința legiuitorului

de a ocroti părțile și de a le determina să și preconstituie probe care să asigure certitudine și stabilitate raporturilor juridice pe care le creează. Datorită acestui fundament, legiuitorul noului Cod de procedură civilă a păstrat aceeași limită valorică până la care este admisibilă proba testimonială ca cea stabilită în art. 1191 alin. (1) C. civ. din 1864 .

Totuși, potrivit noii reglementări, dovada unui act juridic al cărui obiect are o valoare mai mare de 250 lei se va putea face prin orice mijloc de probă, mai puțin martori și prezumții , întrucât restricția se referă doar la imposibilitatea dovedirii actelor juridice cu martori, nu și la alte mijloace de probă, sintagma „nu se poate face decât prin act autentic, sau prin act sub semnătură privată” nemaifiind preluată prin noul text.

Interdicția dovedirii prin mărturie a actelor juridice al căror obiect are o valoare mai mare de 250 lei vizează proba raportului juridic dintre părți și, ca atare, este impusă numai părților și succesorilor lor în drepturi, nu și terților, deoarece pentru aceștia actul juridic încheiat de părți este un simplu fapt juridic, astfel că terții care justifică un interes pot dovedi actul juridic respectiv prin orice mijloc de probă, indiferent de valoarea operațiunii juridice .

Legiuitorul permite dovada cu martori a oricărui act juridic, indiferent de valoarea acestuia, contra unui profesionist, dacă actul juridic a fost făcut de acesta în exercițiul activității sale profesionale, cu excepția cazului în care legea specială impune proba scrisă [art. 309 alin. (2) teza a doua C. pr. civ.] .

- Art. 309 alin. (3) C. pr. civ., consacră regula potrivit căreia, în cazul în care legea cere forma scrisă pentru validitatea unui act juridic, acesta nu poate fi dovedit cu martori.

- Legiuitorul instituie și regula inadmisibilității probei cu martori pentru dove-direa unui act juridic care, potrivit legii, trebuie încheiat în formă scrisă ad probationem [art. 309 alin. (4) C. pr. civ.] .

- În fine, preluând într o formă modificată textul art. 1191 alin. (2) C. civ. din 1865, legiuitorul stabilește alte două restricții în art. 309 alin. (5) C. pr. civ., și anume: nu se admite proba cu martori împotriva unui înscris; nu se poate dovedi cu martori peste cuprinsul unui înscris .

3. Administrarea probei testimoniale. Potrivit regulii stabilite în art. 254 alin. (1) C. pr. civ. , probele (deci, inclusiv proba cu martori) se propun, sub sancțiunea decăderii, de către reclamant prin cererea de chemare în judecată, iar de către pârât prin întâmpinare; în cazurile anume prevăzute de lege probele pot fi propuse și oral.

Probele pot fi propuse și prin cererea reconvențională, în condițiile art. 209 C. pr. civ., precum și prin cererea de intervenție, în cazurile în care se formulează o astfel de cerere în condițiile art. 61 79 C. pr. civ.

În principiu, orice persoană fizică, care are cunoștință despre faptele litigioase, poate fi ascultată ca martor în procesul civil, indiferent de vârstă, de vreme ce legiuitorul nu stabilește vreo limită în acest sens . Întemeindu-se pe o prezumție de parțialitate și subiectivism a declarațiilor pe care le ar face o persoană ori întemeindu se pe lipsa de discernământ sau pe condamnarea penală a unei persoane, art. 315 alin. (1) C. pr. civ. stabilește că nu pot fi ascultate ca martori:

1. rudele și afinii până la gradul al treilea inclusiv;
2. soțul, fostul soț , logodnicul ori concubinul;
3. cei aflați în dușmănie sau în legături de interese cu vreuna dintre părți ;
4. persoanele puse sub interdicție judecătorească;
5. cei condamnați pentru mărturie mincinoasă .

4. Aprecierea probei testimoniale. Potrivit art. 324 C. pr. civ., în aprecierea declarațiilor martorilor, instanța va ține seama de sinceritatea acestora și de împrejurările în care au luat cunoștință de faptele ce fac obiectul declarației respective.

Pentru a avea putere doveditoare, mărturia trebuie să determine intima convingere a judecătorului despre realitatea faptelor relatate, adică să emane de la un martor de bună credință și să corespundă realității. Ca atare, judecătorul trebuie să stabilească mai întâi dacă martorul este sincer, iar apoi, presupunând că martorul este de bună credință, va stabili dacă declarația lui corespunde realității.

CAPITOLUL III. PREZUMȚIILE

1. Noțiune, natură juridică și clasificare. Art. 327 C. pr. civ. definește prezumțiile ca fiind „consecințele pe care legea sau judecătorul le trage dintr-un fapt cunoscut spre a stabili un fapt necunoscut”. Art. 327-329 C. pr. civ. fac distincție între două categorii de prezumții: prezumții legale și prezumții judiciare sau simple, după cum acestea sunt stabilite de lege sau sunt determinate de judecător. Pentru a simplifica situația justițiabilului care, în anumite împrejurări, nu are posibilitatea efectivă de a face dovada susținerilor sale, legiuitorul a extins sfera prezumțiilor legale, reglementând un număr însemnat de prezumții în Codul civil din 2011, dar și în Codul de procedură civilă din 2013, precum și în alte acte normative – izvoare de drept procesual civil. Totodată, alături de clasificarea prezumțiilor în funcție de autorul care le stabilește sau le determină, legiuitorul Codului de procedură civilă actual realizează indirect și distincția prezumțiilor în funcție de puterea doveditoare a acestora, în prezumții absolute și prezumții relative. Astfel, după ce stabilește că „prezumția legală poate fi înlăturată prin proba contrară, (...)”, adaugă sintagma „(...)”, dacă legea nu dispune altfel” [art. 328 alin. (2) C. pr. civ.]. Textul stabilește, pe de o parte, regula că prezumțiile legale sunt relative (*iuris tantum*) și pot fi înlăturate prin proba contrară, probă care, în lipsa unei prevederi contrare, poate fi făcută prin orice mijloc de dovadă. În general, legea stabilește prezumții legale în cazurile în care proba directă a faptelor este greu sau chiar imposibil de făcut și când situația prezumată este conformă, în marea majoritate a cazurilor, cu realitatea faptelor. Se poate întâmpla ca prezumția să fie contrară adevărului, de aceea legea lasă adversarului posibilitatea să dovedească inexactitatea prezumției și să restabilească adevărul. În aceste condiții, se spune că prezumția admite proba contrară sau că este adevărată numai până la dovada contrară. Acestea sunt prezumțiile legale relative, care reprezintă majoritatea prezumțiilor stabilite de legiuitor, enunțate în textul legii ca prezumții propriu zise, ca dispensă de dovadă, ca presupunere sau prin orice formulă echivalentă de natură să stabilească faptele considerate de lege ca dovedite.

Potrivit art. 329 C. pr. civ., în cazul prezumțiilor lăsate la luminile și înțelepciunea judecătorului, acesta se poate întemeia pe ele numai dacă au greutate și puterea de a naște probabilitatea faptului pretins; ele, însă, pot fi primite numai în cazurile în care legea admite dovada cu martori.

CAPITOLUL IV. PROBA PRIN RAPOARTELE DE EXPERTIZĂ

1. Admisibilitatea expertizei. Potrivit art. 330 alin. (1) și art. 331 alin. (2) teza întâi C. pr. civ., când, pentru lămurirea unor împrejurări de fapt, instanța consideră necesar să cunoască părerea unor specialiști, va numi, la cererea părților ori din oficiu, unul sau trei experți, stabilind prin încheiere obiectivele asupra cărora aceștia urmează să se pronunțe și termenul în care trebuie să efectueze expertiza. Din dispozițiile art. 330 C. pr. civ., rezultă că se poate recurge la expertiză ori de câte ori, pentru lămurirea unor împrejurări de fapt, este necesar să se cunoască părerea unor specialiști. Însă, înainte de a încuviința efectuarea unei expertize, instanța trebuie să examineze admisibilitatea ei în concret, admisibilitate care nu este posibilă decât dacă se are în vedere și concludența expertizei. Altfel spus, instanța va dispune efectuarea unei expertize, dacă apreciază că aceasta poartă asupra unor împrejurări de fapt a căror lămurire este de natură să o ajute la rezolvarea cauzei.

Pe de altă parte, din dispozițiile art. 330 C. pr. civ., rezultă că admiterea sau dispunerea unei expertize este, în principiu, facultativă, instanța fiind liberă să aprecieze dacă în cauză este admisibilă și concludentă o anumită expertiză sau alta ori niciuna.

Trebuie subliniat însă că sunt situații în care instanța nu poate aprecia asupra admisibilității expertizei, deoarece această apreciere a făcut-o însuși legiuitorul, stabilind, în concret, cazuri de expertiză obligatorie, sub sancțiunea anulării hotărârii.

2. Administrarea expertizei. Expertiza se propune de către reclamant prin cererea de chemare în judecată, iar de către pârât prin întâmpinare sau, dacă întâmpinarea nu este obligatorie, cel mai târziu la primul termen de judecată [art. 157 alin. (2) teza a doua C. pr. civ.]. De asemenea, expertiza poate fi propusă de către pârât

prin cererea reconvențională, iar de către reclamant prin întâmpinarea la cererea reconvențională formulată în condițiile art. 209 C. pr. civ.

3. Forța probantă a raportului de expertiză. Puterea doveditoare a raportului de expertiză este lăsată la libera apreciere a instanței de judecată ca, de altfel, și puterea doveditoare a celorlalte mijloace de probă. Așadar, instanța nu este ținută de concluziile din raportul de expertiză și de răspunsurile date de expert la întrebările care i s au pus. Însă, pentru ca hotărârea instanței să aibă putere de convingere și față de alții, și mai ales pentru a se putea exercita controlul judiciar, este necesar ca soluția să fie motivată, mai ales în cazul în care instanța, ajungând la alte concluzii pe baza celorlalte probe administrate în dosar, înlătură raportul de expertiză ca fiind neconvingător, sau îl reține, deși una dintre părți a solicitat înlăturarea lui .

CAPITOLUL V. MIJLOACELE MATERIALE DE PROBĂ

1. Noțiune, reglementare, condiții de admisibilitate. Legiuitorul Codului de procedură civilă actual stabilește, cu titlu de noutate în materie procesual civilă, că dovada unui act juridic sau a unui fapt se poate face și prin mijloacele materiale de probă (art. 250 C. pr. civ.), cărora le consacră art. 341 344 C. pr. civ., care reprezintă dreptul comun în materie.

Verificarea admisibilității înregistrărilor tehnice ca mijloace materiale de probă în procesul civil, din perspectiva obținerii acestora cu respectarea legii și a bunelor moravuri, presupune diligență maximă din partea judecătorului. Instanța de judecată va analiza admisibilitatea acestor mijloace de probă și prin raportare la dispozițiile relative la ocrotirea vieții private și la principiul egalității de arme reținut în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în aplicarea art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului . Desigur, mijloacele materiale de probă trebuie să îndeplinească și condițiile generale de admisibilitate a probelor referitoare la relevanța și concludența lor.

2. Propunerea, încuviințarea și administrarea probei cu mijloace materiale de probă.

- Propunerea probei cu mijloace materiale de probă se face, de regulă, în etapa scrisă a procesului, adică prin cererea de chemare în judecată de către reclamant, iar de către pârât prin întâmpinare.

- De regulă, verificarea mijloacelor materiale de probă se face de către judecător ex propriis sensibus. De aceea, art. 343 alin. (1) C. pr. civ. stabilește că mijloacele materiale de probă, aflate în păstrarea instanței, se aduc în ședința de judecată.

3. Restituirea mijloacelor materiale de probă. Lucrurile (bunurile) puse la dispoziția instanței pentru a servi ca mijloace materiale de probă se restituie celor în drept a le primi după soluționarea definitivă a procesului, dacă restituirea este posibilă și nu contravine legii .

CAPITOLUL VI. CERCETAREA LA FAȚA LOCULUI

1. Cercetarea la fața locului: noțiune, obiect, încuviințare și desfășurare. Legiuitorul nu ne oferă o definiție a cercetării la fața locului, ci doar precizează că aceasta se poate face, la cerere sau din oficiu, când instanța apreciază că ea (descinderea locală) este necesară pentru lămurirea procesului; încheierea prin care se admite cercetarea va determina împrejurările de fapt ce urmează să fie lămurite la fața locului (art. 345 C. pr. civ.). Prin urmare, cercetarea la fața locului este mijlocul procesual prin care instanța constată nemijlocit starea unor lucruri, situația acestora, locul așezării lor (în general a unor bunuri imobile sau mobile netransportabile în instanță) sau alte împrejurări de fapt ce au legătură cu obiectul pretenției deduse judecătii. În aplicarea prevederilor art. 254, 255 alin. (1) și 258 alin. (1) C. pr. civ., art.

345 alin. (1) din același act normativ stabilește că cercetarea la fața locului se dispune, la cererea părții interesate sau din oficiu, în cazul în care instanța „(...) apreciază că ea este necesară pentru lămurirea procesului”. Potrivit art. 260 alin. (5) C. pr. civ., dacă s-a dispus o cercetare la fața locului, aceasta se va efectua, când este cazul, mai înainte de administrarea celorlalte probe. Ca atare, instanța va aprecia, în funcție de împrejurările cauzei, asupra momentului efectuării cercetării la fața locului, în situația în care a încuviințat această probă.

Cercetarea la fața locului se face, cu citarea părților, de către judecătorul delegat în acest scop sau de către întregul complet de judecată. În cazurile în care participarea procurorului la judecată este impusă de lege, cercetarea la fața locului se va face în prezența acestuia [art. 346 alin. (1) Cr. pr. civ.]. La fața locului pot fi ascultați martorii, experții și părțile pentru a obține lămuriri suplimentare, dacă instanța a încuviințat aceste măsuri, caz în care martorii și experții vor fi citați pentru data, ora și locul efectuării cercetării. Întrucât părțile sunt interesate a fi prezente pentru a da explicațiile lor, a pune întrebări martorilor și/sau experților, cercetarea efectuată fără citarea părților este lovită de nulitate. După întocmire și semnare, procesul verbal de cercetare la fața locului se depune la dosarul cauzei, împreună cu anexele. Procesul verbal este un act proces-dural al instanței, mai bine zis, o încheiere de ședință, întrucât cercetarea la fața locului este o ședință de judecată în afara sediului instanței. Prin urmare, procesul verbal de cercetare la fața locului este un înscris autentic, ca toate încheierile de ședință, și face dovada până la declararea falsului despre constatările personale ale instanței ex propriis sensibus. Dar, susținerile părților, declarațiile martorilor și ale experților fac dovada până la proba contrară, deoarece instanța nu are de unde să cunoască realitatea celor declarate, susținute.

Mijlocul de probă îl constituie bunul sau împrejurarea de fapt constatată, și nu cercetarea făcută de instanță la fața locului și nici procesul verbal în care s-a consemnat rezultatul cercetării.

CAPITOLUL VII. MĂRTURISIREA SAU RECUNOAȘTEREA

1. Noțiune, natură juridică și condiții de valabilitate. Legiuitorul prevede în art. 348 alin. (1) C. pr. civ.: „Constituie mărturisire recunoașterea de către una dintre părți, din proprie inițiativă sau în cadrul procedurii interrogatoriului, a unui fapt pe care partea adversă își întemeiază pretenția sau, după caz, apărarea”. Noul Cod de procedură civilă a „revalorizat mărturisirea”, inclusiv sub aspectul forței sale probante, legiuitorul făcând distincție în această privință între mărturisirea judiciară, care face deplină dovadă împotriva celui care a făcut-o [art. 349 alin. (1) C. pr. civ.], și mărturisirea extrajudiciară, care este un fapt supus aprecierii judecătorului [art. 350 alin. (1) C. pr. civ.]. Mai mult, art. 436 C. pr. civ. stabilește că, atunci când pârâtul a recunoscut în tot sau în parte pretențiile reclamantului, instanța, la cererea acestuia din urmă, va da o hotărâre în măsura recunoașterii, hotărâre care, în temeiul art. 448 alin. (1) pct. 9 C. pr. civ., este executorie de drept. În ceea ce ne privește, apreciem că mărturisirea are o natură juridică mixtă; ea este, în primul rând, un mijloc de probă, dar reprezintă și un act de dispoziție al părții care o face.

Pentru a fi în prezența unei mărturisiri sau, altfel spus, pentru a fi valabilă, mărturisirea trebuie să îndeplinească unele condiții, indiferent că este vorba de o mărturisire judiciară sau de o mărturisire extrajudiciară, și anume: să fie voluntară, neîndoielnică, clară și precisă; să fie făcută în legătură cu drepturile de care partea poate să dispună; să se refere la faptul afirmat de partea adversă; să fie sinceră și expresă. Pentru a fi valabilă nu este necesar ca autorul ei să o fi făcut cu intenția de a fi folosită ca probă împotriva sa, fiind suficient ca mărturisirea să fie voluntară și din cuprinsul ei să rezulte această posibilitate.

2. Felurile mărturisirii. În funcție de cadrul (locul) în care este făcută mărturisirea și de puterea doveditoare a acesteia, art. 348 alin. (2) C. pr. civ. prevede că mărturisirea este judiciară sau extrajudiciară, iar art. 349 și 350 C. pr. civ. aduc precizări în legătură cu fiecare dintre cele două categorii.

3. Caracterele mărturisirii și consecințele juridice care decurg din acestea:

- mărturisirea este un act de voință unilateral;
- mărturisirea este un act juridic personal și de dispoziție;
- mărturisirea este un mijloc de probă împotriva celui care o face și în favoarea celui care își întemeiază pretenția sau apărarea pe faptul mărturisit;
- mărturisirea este un act expres.

Mărturisirea poate fi făcută numai în legătură cu drepturile de care partea poate să dispună, fapt ce rezultă, de altfel, și din interpretarea *a contrario* a art. 349 alin. (4) C. pr. civ.

- Mărturisirea este un act de voință, constând în recunoașterea pretenției sau faptului afirmat de partea adversă, de unde rezultă că nu are valoare recu-noașterea făcută sub imperiul violenței, stării de nebunie, hipnozei sau beției.

- Caracterul de act personal și de dispoziție al mărturisirii rezultă din art. 349 alin. (1) C. pr. civ., potrivit căruia mărturisirea trebuie făcută „fie personal, fie prin mandat dat cu procură specială”.

- Mărturisirea trebuie să fie expresă; ea nu poate fi dedusă din tăcerea părții decât în mod excepțional, în situațiile prevăzute de lege, precum în art. 358, art. 295, art. 1019 alin. (3) C. pr. civ.

- Mărturisirea constituie un mijloc de probă împotriva autorului ei și în favoarea adversarului.

4. Admisibilitatea mărturisirii. În principiu, mărturisirea este admisibilă în toate materiile pentru care dreptul procesual civil reprezintă dreptul comun al procedurii și pentru care nu există o procedură distinctă. Așadar, mărturisirea este admisibilă inclusiv în litigiile de dreptul muncii, litigiile de dreptul familiei, contencios administrativ, litigiile dintre profesioniști, în condițiile art. 348-358 C. pr. civ.

În mod excepțional, mărturisirea nu este admisibilă în dreptul român:

- a) când este expres interzisă de lege
- b) dacă prin admiterea mărturisirii s-ar eluda dispozițiile imperative ale legii
- c) dacă prin admiterea mărturisirii s-ar putea ajunge la pierderea totală sau parțială a unui drept la care nu se poate renunța sau care nu poate face obiectul unei tranzacții.
- d) dacă legea impune ca unele fapte să fie dovedite numai prin anumite mijloace de probă.

5. Administrarea mărturisirii. Art. 351-358 C. pr. civ. reglementează administrarea mărturisirii judiciare provocate, prin intermediul interrogatorului, probă care se dispune la cererea uneia dintre părți, ori din oficiu de către instanța de judecată. În acest sens, art. 351 C. pr. civ. stabilește că instanța poate încuviința, la cerere sau din oficiu, chemarea la interrogatoriu a oricăreia dintre părți, cu privire la fapte personale, care sunt de natură să ducă la soluționarea procesului. Prin urmare, interrogatoriu este mijlocul procedural prin care se poate obține mărturisirea provocată. Spre deosebire de aceasta, recunoașterea sau mărturisirea spontană nu are nevoie de o pregătire prealabilă și, ca atare, nici nu necesită o reglementare expresă; recunoașterea spontană se constată de către instanță și se consemnează în încheierea de ședință.

5.1. Propunerea și încuviințarea sau ordonarea interrogatoriului.

Ca orice mijloc de probă, interrogatoriu se propune, sub sancțiunea decăderii, de către reclamant prin cererea de chemare în judecată sau în cursul procesului, în condițiile art. 254 alin. (2) C. pr. civ. Pârâtul poate solicita chemarea la interrogatoriu a reclamantului, prin întâm-pinare ori prin cererea reconvențională sau, în cursul procesului, în condițiile art. 254 alin. (2) C. pr. civ., scop în care reclamantul va fi citat cu mențiunea de a se prezenta la interrogatoriu.

5.2. Obiectul interrogatoriului.

Potrivit art. 351 C. pr. civ., instanța poate încuviința chemarea la interrogatoriu cu privire la fapte personale care sunt de natură să ducă la soluționarea procesului. Ca atare, interrogatoriu poate avea ca obiect, așa cum am menționat deja, numai chestiuni de fapt, nu și chestiuni de drept. În același timp, faptele la care se referă interrogatoriu trebuie să îndeplinească următoarele cerințe:

- faptele să fie personale părții chemate la interrogatoriu;
- faptele să fie în legătură cu pricina și să poată duce la dezlegarea ei, adică să fie vorba de fapte pertinente și concludente.

5.3. Persoanele care pot fi chemate la interrogatoriu.

Pot fi chemate la interrogatoriu numai părțile din proces: reclamantul, pârâtul, intervenienții, cu excepția intervenientului voluntar accesoriu. Terțele persoane, nefiind părți în proces, nu pot fi chemate

la interogatoriu; ele pot fi ascultate doar în calitate de martori ori pot avea calitatea de experți sau interpreți. Procurorul nu poate fi chemat la interogatoriu atunci când este parte în proces, deoarece nu are această calitate personal, iar faptele pricinii nu sunt fapte personale ale acestuia.

Recunoașterea fiind un act personal, în principiu, ea nu poate fi făcută prin intermediul altei persoane. De aceea, partea chemată la interogatoriu trebuie să se prezinte personal în fața instanței, „interogatoriul adresându-se conștiinței și memoriei părții și având un caracter de surpriză”. Totuși, art. 349 alin. (1) C. pr. civ. permite ca mărturisirea să poată fi făcută prin mandatar. Din dispozițiile acestui text, precum și din prevederile art. 81 alin. (1) C. pr. civ., rezultă că mandatarul nu poate face recunoașteri decât în temeiul unei procuri care poartă mențiunea specială a dreptului de a face mărturisiri.

5.4. Luarea interogatoriului.

Partea chemată la interogatoriu trebuie să se prezinte în instanță pentru a răspunde la întrebările ce i se vor pune. Deci, luarea interogatoriului are loc în fața instanței de judecată sesizate, în ședință publică, dacă legea nu dispune altfel. Art. 357 alin. (1) C. pr. civ. acordă instanței posibilitatea de a încuviința luarea interogatoriului la locuința celui chemat la interogatoriu, printr-un judecător delegat, dacă partea, din motive temeinice, este împiedicată de a veni în fața instanței. Această măsură poate fi încuviințată numai dacă partea este împiedicată „din motive temeinice” (cum ar fi starea de boală, invaliditate, bătrânețe, privare de libertate ori alte asemenea împrejurări) să se prezinte în fața instanței de judecată, motive care trebuie justificate, proba lor putând fi făcută conform dreptului comun, în funcție de natura împrejurării care determină împiedicarea.

5.5. Efectele chemării la interogatoriu.

Efectele chemării la interogatoriu diferă după cum ne aflăm în una sau alta din următoarele situații:

- a) partea chemată la interogatoriu tăgăduiește faptele invocate de partea adversă;
- b) partea chemată la interogatoriu sau care a fost prezentă la încuviințarea probei și la stabilirea termenului pentru administrarea acesteia refuză nejustificat să se prezinte în fața instanței sau, deși se prezintă, refuză, fără motive temeinice, să răspundă la interogatoriu;
- c) partea chemată la interogatoriu se prezintă și recunoaște susținerile părții adverse.

A. În situația în care partea chemată la interogatoriu se prezintă în fața instanței, însă tăgăduiește sau nu recunoaște faptele invocate de partea adversă cu privire la care sunt formulate întrebările, se vor administra alte probe pentru dovedirea faptelor litigioase. Atitudinea negativă a părții interogate nu poate constitui vreo probă împotriva sau în favoarea vreuneia dintre părți. Ca atare, partea adversă trebuie să și dovedească pretențiile cu alte mijloace de probă.

B. Dacă partea chemată la interogatoriu sau care a fost prezentă la încuviințarea probei și la stabilirea termenului pentru administrarea acesteia refuză nejustificat să se prezinte în fața instanței sau, deși se prezintă, refuză, fără motive temeinice, să răspundă la interogatoriu, instanța poate socoti aceste împrejurări ca o mărturisire deplină ori numai ca un început de dovadă în folosul părții care a propus interogatoriul. În acest din urmă caz, atât dovada cu martori, cât și alte probe, inclusiv prezumțiile, pot fi admise pentru completarea probatoriului (art. 358 C. pr. civ.). Așadar, instanța poate considera atitudinea părții (neprezentarea sau refuzul de a răspunde la interogatoriu) fie ca o mărturisire, fie ca un început de dovadă. Dar trebuie să menționăm că sancțiunea prevăzută la art. 358 C. pr. civ. nu este aplicabilă imediat; instanța va da posibilitatea justificării absenței la interogatoriu sau a refuzului de a răspunde și numai pe baza celor relatate de parte, coroborat cu eventualele probe justificative prezentate de aceasta, cu actele dosarului, va aprecia dacă atitudinea negativă a părții este sau nu justificată. Dacă motivele invocate de partea în cauză nu sunt temeinic justificate, instanța poate considera „absența” sau „refuzul” ca o mărturisire deplină sau ca un început de dovadă în folosul celeilalte părți. Așa fiind, incidența art. 358 C. pr. civ. și, deci, a sancțiunii sub aspectul probatoriului este subsecventă refuzului nejustificat al părții chemate la interogatoriu de a se prezenta în fața instanței sau de a răspunde întrebărilor.

C. În cazul în care partea chemată la interogatoriu se prezintă în fața instanței și recunoaște susținerile părții adverse, suntem în prezența unei mărturisiri care poate fi, după caz, simplă, calificată ori complexă.

6. Mărturisirea este indivizibilă?

Noul Cod de procedură civilă stabilește la art. 349 alin. (2) că „mărturisirea judiciară nu poate fi divizată împotriva autorului decât în cazurile când cuprinde fapte distincte și care nu au legătură între ele”. Ca atare, legiuitorul consacră regula indivizibilității mărturisirii judiciare și, totodată (și spre

deosebire de reglementarea anterioară – art. 1206 alin. (2) C. civ. din 1864), stabilește o excepție de la această regulă în privința faptelor distincte, cu individualitate proprie, care nu au legătură între ele .

Prin urmare, mărturisirea produce efecte probatorii împotriva părții care a făcut o și în favoarea părții care o invocă. Însă partea care invocă mărturisirea judiciară trebuie să o ia în considerare în integralitatea sa, ea neputând scinda declarația făcută.

Principiul indivizibilității mărturisirii judiciare nu se aplică însă în cazurile în care recunoașterea „cuprinde fapte distincte și care nu au legătură între ele” – art. 349 alin. (2) C. pr. civ. Ca atare, dacă sunt îndeplinite cerințele textului (recunoașterea cuprinde fapte distincte, diferite; între faptele distincte nu există nicio legătură), mărturisirea judiciară este divizibilă. Altfel spus, mărturisirea judiciară este divizibilă atunci când componentele sale se pot divide în fapte care nu au legătură între ele .

7. Forța probantă a mărturisirii.

În prezent, legiuitorul face distincție între forța probantă a celor două feluri de mărturisire. Astfel, art. 349 alin. (1) C. pr. civ. stabilește că mărturisirea judiciară face deplină dovadă împotriva aceluia care a făcut o, textul impunând judecătorului o forță probantă superioară altor mijloace de probă. În schimb, art. 350 alin. (1) C. pr. civ. prevede că mărturisirea făcută în afara procesului (deci, mărturisirea extrajudiciară – n.n.) este un fapt supus aprecierii judecătorului, potrivit regulilor generale de probațiune. Față de aceste dispoziții, putem spune că mărturisirea judiciară și mărturisirea extrajudiciară nu se mai află pe același plan, nu mai au aceeași valoare probatorie . Mărturisirea extrajudiciară se află pe același plan cu celelalte dovezi, în sensul că ea este lăsată la aprecierea judecătorului și poate fi combătută prin proba contrară. Înseamnă că, în funcție de circumstanțele cauzei, de probele administrate, instanța poate reține valoarea probatorie a unei mărturisirii extrajudiciare, o poate corobora cu alte dovezi ori o poate înlătura. În schimb, mărturisirea judiciară nu poate fi combătută prin proba contrară .

Mărturisirea judiciară este o probă deplină care se impune instanței în cazurile prevăzute de lege, indiferent de convingerea acesteia și care nu poate fi combătută prin dovada contrară. În acest sens și în concordanță cu dispozițiile art. 349 alin. (1) C. pr. civ., art. 436 alin. (1) C. pr. civ. stabilește că atunci când pârâțul a recunoscut în tot sau în parte pretențiile reclamantului, instanța, la cererea acestuia din urmă, va da o hotărâre în măsura recunoașterii .

Doar în cazul achiesării parțiale instanța va pronunța o hotărâre parțială , în măsura recunoașterii, urmând ca, pentru pretențiile nerecunoscute, judecata să continue conform dreptului comun, în sensul că se va pronunța o nouă hotărâre după dezbateri contradictorii. Hotărârea dată asupra pretențiilor nerecunoscute este înzestrată cu autoritatea lucrului judecat. În schimb, hotărârea dată în baza recunoașterii pretențiilor în tot sau în parte este lipsită de autoritate de lucru judecat. Subliniem că pronunțarea unei hotărâri în baza recunoașterii pretențiilor este condiționată de existența cererii reclamantului în acest sens, cerință impusă chiar de art. 436 alin. (1) C. pr. civ. . Rezultă că, dacă reclamantul nu solicită în mod expres pronunțarea hotărârii în baza mărturisirii judiciare, judecătorul păstrează puterea de apreciere asupra acesteia, putând chiar să înlătore motivat recunoașterea, dacă, din ansamblul probelor administrate în cauză, își formează convingerea că mărturisirea respectivă nu corespunde adevărului .

Întrucât în cererea reconvențională reclamantul dobândește calitatea procesuală de pârât, pronunțarea unei hotărâri în baza recunoașterii pretențiilor este posibilă și în cazul recunoașterii făcute de către pârâțul reclamant în procedura de soluționare a cererii reconvenționale . De asemenea, este posibilă recunoașterea pretențiilor intervenientului principal de către pârâțul căruia îi opune pretenția prin cererea de intervenție .

Recunoașterea pretențiilor poate fi făcută și în instanța de apel, situație în care hotărârea primei instanțe va fi anulată în măsura recunoașterii și, ca urmare, va fi admisă cererea, în limitele recunoașterii, iar judecata va continua asupra pretențiilor rămase nerecunoscute .