

încălcat dreptul și care se numește pârât. La un loc, reclamantul și pârâtul poartă denumirea de părți, iar dezbaterile le oferă posibilitatea să-și susțină și să dovedească pretențiile, respectiv apărările.

Dezbaterea dintre părți este condusă și controlată de judecătorul sub ochii căruia se desfășoară, care este însă ținut și el de respectarea unor principii fundamentale pe care le vom examina în capitolul următor.

C. Hotărârea

Hotărârea este actul prin care se finalizează procesul, reprezintă deci scopul urmărit, ce imprimă întregului – procesul civil – rațiunea de a fi³. Ea reprezintă opera judecătorului, o operă deosebit de complexă, după cum vom vedea. Așa fiind, hotărârea este un comandament izvorât din *imperium*, acea parte din puterea statală al cărei deținător este judecătorul – puterea de executare silită, exprimată în formula executorie, înscrisă în încheierea de încuviințare a executării silite –, care se îmbină cu forța publică, pentru a asigura executarea silită a hotărârii, în cazul în care cel care a pierdut procesul nu o execută de bunăvoie. Această putere deosebește pe judecător de arbitru.

Dar, hotărârea nu este numai un comandament, ci și un raționament care se obține printr-o dezbateră. Mai exact, comandamentul urmează raționamentului, pentru a-l încorona și a-i imprima forța executorie. Altfel spus, deși ordonă, dispune în legătură cu litigiul adus în fața sa, judecătorul nu face acest lucru în mod discreționar. El dispune în conformitate cu legea, astfel că puterea sa nu este voință pură, ci exprimă dreptul și îl impune. Deci, conținutul hotărârii este rodul raționamentului prin care judecătorul supune o speță determinată regulii generale, regulii de drept⁴. Evoluția acestui raționament reprezintă motivarea hotărârii. Câștig al Revoluției franceze începută la 1789, motivarea hotărârii este necesară pentru a o face înțeleasă și acceptată de părți, dar și pentru a permite, când este cazul, instanțelor superioare să verifice dacă nu există lacune sau contradicții în raționamentul judecătorului. Cu toate acestea, există uneori tendința de a renunța la motivarea hotărârii, pentru a se spori operativitatea judecătorilor și a se asigura o mai rapidă punere în executare a hotărârilor, dacă împotriva lor nu se exercită căile de atac. A existat și la noi o astfel de încercare prin O.G. nr. 13/1998, care a fost abrogată însă prin O.U.G. nr. 290/2000 și, deci, în prezent există obligativitatea motivării hotărârilor (art. 425 alin. 1 lit. b NCPC).

1.1.2. Materia procesului

De regulă, procesul civil se ocupă de un conflict între doi adversari: reclamant și pârât. Deci, materia, substanța procesului este obiectul unui atare conflict,

³ R. Martin, *op. cit.*, p. 4.

⁴ Nerespectarea hotărârii judecătorești constituie infracțiune – vezi pentru o aplicație C. A. Craiova, dec. pen. nr. 1377/2001 cu **nota (I)** A. V. Popa și **nota (II)** V. Pătulea, Dreptul nr. 12/2002, p. 225-237.

o opoziție de interese anterioară formulării sale juridice, corespunzând concep-
tului de litigiu⁵. Judecătorul este chemat să intervină în acest litigiu, în care se
confruntă două pretenții, venind de la doi subiecți egali, și să îl stingă. Triunghiula-
ritatea procesului conferă legitimitate judecătorului: îndepărtarea, oricât de mică,
ușoara deosebire pe care o introduce între voință și înfăptuirea ei; „medierea” pe
care o face judecătorul constrânge părțile în proces să-și „spună” situația, să-și
justifice, în limbaj obișnuit, dar și într-o formă juridică, comportarea și „drepta-
tea proprie”⁶. După cum am precizat, însă, judecătorul nu decide la întâmplare,
ci, pentru a stabili adevăratul raport între subiecții aflați în conflict, acționează în
conformitate cu legea.

Legea stabilește un raport între creditor și debitor, între proprietar și ceilalți,
între soț și soție, între părinte și copil, între consumator și producător, între patron
și salariat etc. Ea fixează ce datorezi celuilalt și ce îți datorează el. Așadar, raportul
civil stabilit de lege este în esența sa conflictual, include un conflict real, immanent,
substituindu-se raportului de forță sau înșelătoriei. Deci, „litigiul” nu constituie un
accident al societății civile, dar, de regulă, el nu ajunge în fața judecătorului, pentru
că se soluționează în formă prejuristică, fie printr-un compromis tacit, care uneori
nici nu este formulat, nu este conștient, fie prin mediere sau printr-un compromis
care îmbracă forma tranzacției când, prin concesii reciproce, se evită procesul.

Recurgerea la judecător, așadar, este și rămâne încă un „*ultimum refugium*”⁷.
În măsura în care totuși se ajunge la sesizarea judecătorului, legea procesuală or-
ganizează cadrul în care se va desfășura lupta dintre părți și anume procesul. În
acest fel, procesul civil constituie expresia pură, desăvârșită a litigiului, deoarece
contradictorialitatea se află atât la nivelul formei (dezbateră), cât și la nivelul ma-
teriei (litigiul) și, deci, în cazul procesului civil materia își regăsește forma.

Pentru a fi înțeleasă mai bine această caracterizare, o să ne referim pe scurt
la procesul penal, care nu este atât de perfect din acest punct de vedere, deoare-
ce el nu aduce față în față două părți între care să existe o neînțelegere cu privire
la un drept subiectiv și, deci, contradictorialitatea există numai la nivelul formei
(dezbateră)⁸. Între acuzator și acuzat nu există un raport social anterior, între ei
nu există niciun litigiu material, ci doar la nivelul procedurii penale, relația lor este
pur procesuală. Confruntarea dintre acuzator și acuzat este regizată după o pro-
cedură contradictorie, în vederea creării posibilității de dezbateră, dar litigiul, spre
deosebire de procesul civil, apare ca un artificiu. Dar, acest artificiu este necesar
pentru ca inculpatul să nu depindă de bunul plac al procurorului sau judecătoru-
lui, ci să dispună de mijloace de apărare, în condiții de contradictorialitate⁹.

⁵ R. Martin, *op. cit.*, p. 5-7.

⁶ F. Ost, **Jupiter, Hercule, Hermes: trois modèles du juge**, în vol. **La force du droit. Panorama de débats contemporains** (coord. P. Bouretz), Ed. Esprit, Paris, 1991, p. 267.

⁷ M. Storme, (ed), **Rapprochement du Droit judiciaire de l'Union Européene**, Ed. Kluwer, 1994, p. 3.

⁸ R. Martin, *op. cit.*, p. 7.

⁹ Prezentând această concepție pentru a înțelege mai bine specificul procesului civil, nu trebuie uitat că în doctrina românească penală actuală se face distincția între raporturile juridice de conformare, creație a legii penale, în care, pe de o parte subiectul principal

Revenind la procesul civil, este necesar să precizăm că și în această materie există situații în care calea justiției este obligatorie, deși nu există conflict, cum ar fi procedura necontencioasă sau asigurarea probelor pe cale principală.

1.1.3. Metoda procesului

După cum am arătat, procesul se finalizează printr-o hotărâre. Aceasta trebuie să exprime adevărul, deoarece ea dobândește autoritate de lucru judecat și nu mai poate fi contestată. Mai exact spus, hotărârea este prezumată a exprima adevărul, această ficțiune fiind necesară pentru securitatea circuitului civil și funcționarea aparatului judiciar. Dar, cum se ajunge la acest adevăr?¹⁰ De regulă, activitatea judecătorului este prezentată ca un silogism categoric, în care premisa minoră o constituie faptele, premisa majoră – legea, iar concluzia – hotărârea. Deci, pronunțarea hotărârii nu este rezultatul capriciilor judecătorului sau al unei tresăriri morale a conștiinței sale, care îl conduce la echitate, ci este rezultatul aplicării legii, stabilite de judecător, la situația de fapt, pe care de asemenea o determină judecătorul, pe bază de probe. Aceste căutări ale judecătorului, operații raționale, sunt totuși parțial aleatorii, deoarece el este pus să aleagă între mai multe posibilități, și de aceea în literatură se spune că judecătorul stabilește adevărul judiciar, care nu este un adevăr logic absolut, ci reprezintă cea mai probabilă soluție dintr-o serie de soluții posibile. În orice caz, silogismul nu este suficient pentru a explica activitatea complexă a judecătorului, deoarece el intervine numai în momentul deliberării, or, așa cum vom arăta îndată, mai întâi trebuie puse premisele.

În sistemul nostru procesual, art. 22 alin. 2 NCPC prevede că judecătorii sunt datori să stăruie, prin toate mijloacele legale, pentru a descoperi adevărul și pentru a preveni orice greșală în cunoașterea faptelor. În acest scop, legea stabilește pentru judecător un rol activ, în cadrul căruia are datoria de a pune în discuția părților orice împrejurări de fapt sau de drept care să ducă la dezlegarea pricinii și de a ordona probele pe care le va găsi de cuviință, chiar dacă părțile se împotrivesc. Pe de altă parte, administrarea probelor se face conform principiului nemijlocirii, deci între judecător și faptele ce urmează să fie stabilite nu există intermediari. În sfârșit, toate probele administrate se apreciază în mod liber, potrivit intimei convingeri a judecătorului.

În ceea ce privește metoda pentru obținerea adevărului, se dă uneori preferință metodei deductive¹¹, iar alteori metodei dialectice în descrierea lui Aristotel,

este statul, iar subiect adiacent persoana fizică sau juridică titulară a valorii sociale ocrotite, iar pe de altă parte, subiect este persoana fizică nedeterminată, căreia norma de drept penal i se adresează cu obligația de a avea conduita pe care o prescrie, și între raporturile juridice de conflict, care se nasc în momentul săvârșirii infracțiunii – a se vedea C. Bulai, **Dreptul penal român. Partea generală**, Vol. I, Casa de edit. și presă „Șansa”, București, 1992, p. 45-50; C-tin Mitache, **Drept penal român. Partea generală**, Casa de edit. și presă „Șansa”, București, 1995, p. 35-40; C-tin Mitache, C. Mitache, **Drept penal român. Partea generală**, Ed. Universul Juridic, București, 2005, p. 57.

¹⁰ R. Martin, **op. cit.**, p. 9-11 și 43-52.

¹¹ M. P. Fabreguettes, **La logique judiciaire et l'art de juger**, L.G.D.J., Paris, 1926, p. 485.

deci raționamente referitoare la o serie de soluții posibile¹². Metoda dialectică nu exclude însă nici ea silogismul¹³. Pentru a se evidenția mai bine metoda procesului vom reveni pe scurt asupra apariției și desfășurării procesului, luând ipoteza în care partea nu se adresează personal judecătorului, ci printr-un alt specialist – avocatul.

Când litigiul nu poate fi rezolvat pe cale amiabilă, cel interesat va lua inițiativa procesului. În primul rând, se va adresa unui avocat care cunoaște limbajul dreptului și poate dialoga cu judecătorul. El îi va relata evenimentul care îl determină să recurgă la calea justiției, iar avocatul va selecta numai elementele pertinente din punct de vedere juridic, transformând evenimentul în caz, într-o speță la care va raporta regulile de drept adecvate realizării pretențiilor, deci un model juridic. Dar, cazul se construiește și el din perspectiva modelului juridic presupus a se aplica. Teoretic, în raționamentul pe care-l face avocatul se pot distinge faza construcției cazului și a modelului juridic, însă în practică aceste două etape sunt simultane și complementare, adecvându-se una alteia. Pe baza acestei construcții, care îmbracă forma cererii de chemare în judecată, reclamantul, prin apărătorul său, va declanșa procesul.

Cel chemat în judecată se va adresa la rândul lui unui avocat, care, pe baza aceluiași eveniment, va construi un alt caz și va aplica la el regulile de drept care să ducă la un rezultat, cel puțin în parte, diferit, adică va propune modelul juridic al apărării, printr-un act de procedură care poartă denumirea de întâmpinare.

Deci, atât în cazul reclamantului, cât și al pârâtului, suntem în prezența unor raționamente juridice, avocații părților fiind adevărați judecători ai acestora, deoarece pe baza declarațiilor lor stabilesc situația de fapt, la care aplică regulile de drept corespunzătoare. Desigur, însă, că raționamentul lor este lipsit de autoritatea care se atașează deciziei judecătorului, singurul care spune dreptul. Pe de altă parte, raționamentul avocaților este mult mai liber decât cel al judecătorului, acesta fiind obligat să respecte restricțiile pe care regulile procesuale le impun în căutarea soluției, îndeosebi contradictorialitatea, dreptul de apărare și disponibilitatea. De aceea, în doctrină raționamentul judecătorului este calificat ca judiciar¹⁴.

În momentul începerii procesului, judecătorul este în fața unor calificări care i se propun. El va stabili dacă modelul juridic propus este adecvat speței, deci regula probabilă pornind, dacă este cazul, de la general la particular: regula aparține dreptului public sau dreptului privat; dacă aparține dreptului privat poate fi dreptul civil, dreptul familiei, dreptul muncii etc.; dacă este vorba de drept civil, de exemplu, sunt aplicabile dispozițiile referitoare la drepturile reale, obligații, contracte speciale, succesiuni etc.¹⁵ În prezent, în condițiile integrării în Uniunea Euro-

¹² R. Martin, *op. cit.*, p. 10.

¹³ J. L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1988, p. 268.

¹⁴ F. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de Cassation*, în J. van Compernelle, *Théorie et pratique de la fonction de juger. Schema du cours et notes de lecture* (citată în continuare *Notes de lecture*), p. 114.

¹⁵ H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, în J. van Compernelle, *Notes de lecture*, p. 93-94.

peană, misiunea judecătorului este și mai complexă, deoarece în stabilirea regulii probabile trebuie să țină seama nu numai de Constituție și legislația națională, ci și de tratatele internaționale și regulile comunitare obligatorii, judecătorul național fiind și un judecător comunitar de drept comun¹⁶. În întreaga această activitate el va fi ajutat de instinct, de intuiție, de experiență, de cultura juridică – rezultat al cunoașterii dreptului, precum și de cunoașterea precedentelor existente, a jurisprudenței¹⁷. De asemenea, în stabilirea regulii posibile, judecătorul este ajutat și de dezbaterile dialectice, contradictorii ale părților care își vor critica reciproc construcțiile propuse.

După cum am precizat deja, în această dezbateri poate interveni și judecătorul, introducând elemente noi, neinvocate de părți, fie factice (elemente pertinente cazului), fie de drept, deci ce țin de modelul juridic. Desigur însă, că propunerile sale sunt supuse dezbaterii contradictorii a părților, deoarece în această etapă judecătorul este doar un actor al procesului, nu decide, ci propune alternative posibile ca și părțile, participă la dialectică¹⁸.

În același timp, cu alegerea regulii probabile, în cadrul dezbaterilor judecătorul urmărește și stabilirea situației de fapt, administrând probele propuse de părți sau ordonate din oficiu. Deci, și în cazul judecătorului, la fel ca în cel al avocaților, construirea cazului și fixarea modelului juridic se corelează, se întrepătrund.

După administrarea tuturor probelor considerate necesare, părțile pun concluzii, iar apoi dezbaterile se închid și judecătorul se retrage pentru deliberare, trebuind să decidă care este calificarea cea mai corespunzătoare, pornind de la probele administrate și dezbaterile care au avut loc în fața sa și la care, eventual, și-a adus chiar contribuția. Perspectiva judecătorului este diferită însă de cea a avocaților, deoarece el nu are în vedere finalizarea unui interes, triumful unei pretenții, ci obținerea adevărului. Esențial în funcția de a judeca este ca judecătorul să fie complet „străin” de litigiu, singura lui relație cu pricina respectivă fiind aceea că el o judecă. De aceea, independența și imparțialitatea pe care trebuie să le manifeste nu sunt niște simple garanții ale unei bune justiții, ci sunt de esența însăși a funcției de a judeca¹⁹. Deci, va stabili situația de fapt, iar pe baza analizei acesteia și a dispozițiilor regulii posibile, judecătorul va compara rezultatele și dacă ipoteza se verifică, înseamnă că a stabilit regula aplicabilă și poate pronunța hotărârea²⁰. Raționamentele pe care le face judecătorul combină dialectica și logica formală, care este în serviciul dialecticii pentru a asigura raționamentului precizie, rigoare, certitudine și obiectivitatea necesară. El va recurge, după caz, la diferite tipuri de argumente: argumentele de autoritate, argumentele *a pari*, *a fortiori* și *a contrario*,

¹⁶ Ph. Blondel, **Le juge et le droit**, în vol. **Le nouveau Code de procédure civile: vingt ans après**, La documentation française, Paris, 1998, p. 108.

¹⁷ P. Bellet, **Servitudes et libertés du juge**, în J. van Compernelle, *Notes de lecture*, p. 197.

¹⁸ R. Martin, **op. cit.**, p. 52.

¹⁹ G. Wiederkehr, **Qu'est-ce qu'un juge?**, în vol. **Nouveau juge, nouveaux pouvoirs? Melangés en l'honneur de Roger Perrot**, Dalloz, Paris, 1996, p. 582.

²⁰ H. Motulsky, **loc. cit.**, p. 99.

argumentul teleologic, psihologic, istoric sau sistematic etc.²¹ Aceasta, pentru că în mod necesar, înainte de a fi aplicată, norma juridică trebuie interpretată și regula de drept nu se adaptează fără rezistență faptului din speța concretă²².

Este locul să precizăm, în primul rând, poziția judecătorului față de lege. Se prevede în art. 16 alin. 2 din Constituție că nimeni nu este mai presus de lege, iar art. 124 alin. 1 dispune că justiția se înfăptuiește în numele legii. Să însemne asta că judecătorul este chemat să aplice automat legea, fără niciun drept de apreciere? O atare concepție este, în general, abandonată, deoarece judecătorul este chemat să interpreteze norma juridică, să desprindă sensul exact al textului legal și să determine aria sa de aplicare sub aspectul validității în raport cu alte norme juridice, ca și aplicarea sa în timp, spațiu și cu privire la persoane. Deci, între autorul normei juridice și destinatarul ei, intervine judecătorul care interpretează norma, finalizează opera legiuitorului, în considerarea situației dintr-o speță concretă, „creează” legea în vederea aplicării sale²³. Vom dezvolta ideea în capitolul următor, când vom examina principiul legalității.

Revenind la rolul judecătorului în etapa deliberării, să reținem că uneori situația este mai simplă, deoarece alegerea regulii de drept nu prezintă dificultăți.

Alteori însă judecătorul este pus și în situația de a aprecia anumite standarde – instrument de măsură al comportamentelor și situațiilor în termeni de normalitate –, cum ar fi: „ordine publică și bunele moravuri” (art. 1, 11 și 14 NCC); bună-credință (art. 14 NCC și art. 22 alin. 7 NCPC); dacă partea s-a comportat ca „un bun proprietar” (art. 713 NCC – uzufruct; art. 803 NCC – administrarea bunului altuia) sau dacă bunul a fost folosit cu prudență și diligență (art. 1796 NCC – locațiune; art. 2148 – NCC – comodat; art. 2140 și art. 2107 NCC – sechestru convențional și depozit); dacă este vorba de „cruzimi sau injurii grave” (art. 1023 NCC – revocarea donației) sau de „purtare abuzivă” ori „neglijență gravă” sau „atingere gravă a interesului superior al copilului” (art. 508 NCC – decăderea din exercițiul drepturilor părintești); dacă măsura care urmează a se lua este în „interesul superior al copilului” (art. 396 – divorț și art. 452 NCC – adopție). Aceste noțiuni suplimentare, din punct de vedere substanțial, permit aprecierea faptelor cu dreptul pozitiv fie direct, fie corijând intervenția altor principii. Funcțional, ele joacă, față de noțiunile rigide, rolul unei articulații de dilatare sau a unui teren de azil pentru situații de fapt noi. Ele îl ajută pe judecător să nu rețină decât faptele corespunzând calificării care comandă aplicarea unei reguli determinate²⁴. În doctrină²⁵ se sub-

²¹ J. L. Bergel, **op. cit.**, p. 272-275. A se vedea și N. Popa, M. C. Eremia, S. Cristea, **Teoria generală a dreptului**, Ed. All Beck, București, 2005, p. 254-260.

²² Marie-Claire Ponthoreau, **La reconnaissance de droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel**, Economica, Paris, 1994, p. 17.

²³ M. Constantinescu, I. Vida, **Metode de interpretare în contenciosul constituțional**, Dreptul nr. 11/2002, p. 61.

²⁴ J. L. Bergel, **op. cit.**, p. 296.

²⁵ J. van Compernelle, **Vers une nouvelle définition de la fonction de judex: du syllogisme à la pondération des intérêts**, în vol. **Nouveau itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux**, Ed. Bruyant, Bruxelles, 1983, p. 498-499.

liniază că tendința este netă în legislația contemporană de a multiplica, mai ales în materie economică și socială, criteriile de acest gen, care prezintă avantajul de a fi, prin nedeterminarea lor, noțiuni evolutive pe care judecătorul trebuie să le actualizeze. Desigur, calificarea, dată de judecător și nu de lege, devine în aceste cazuri o operație mai complexă. În aprecierea unor asemenea standarde, judecătorul este ținut uneori să recurgă și la norme extrajuridice – uzanțe profesionale, norme tehnice, reguli deontologice, norme de bună practică, reguli morale, convenții colective etc.

Pe de altă parte, judecătorul face o operă personală nu numai în cazul standardelor, ci și atunci când constată o lacună a legii și este nevoit să recurgă la analogia dreptului sau analogia legii, precum și atunci când legea lasă măsura ce urmează a fi luată la aprecierea judecătorului (stabilirea sau acordarea unui termen, a unei sancțiuni, a unei despăgubiri etc.)²⁶.

Datorită faptului că în asemenea cazuri activitatea judecătorului nu se reduce la aplicarea mecanică a legii, se vorbește de „puterea discreționară” sau „puterea suverană” ori „puterea creatoare” a judecătorului. În doctrina occidentală problema este amplu discutată²⁷, ea se regăsește și în literatura românească mai veche, chiar dacă nu este exprimată atât de direct²⁸, iar relativ recent, a fost pusă în mod tranșant, în corelație chiar cu exigențele statului de drept²⁹. Prin puterea discreționară a judecătorului s-ar înțelege facultatea, oferită de lege, de a alege, după aprecierea sa, între mai multe soluții posibile, aplicabile la speța concretă. Această posibilitate a judecătorului este consecința fie a faptului că, astfel cum am arătat mai sus, legea folosește în ipoteza sau dispoziția normei noțiuni suplă, elastice, fie a faptului că lipsește ipoteza sau aceasta are un caracter incomplet. Uneori însă, teza puterii discreționare a judecătorului nu este acceptată, deoarece se apreciază că ea nu se conciliază nici cu principiul supremației legii și nici cu exigența aplicării sale egale tuturor, care rămân proprii regulii de drept³⁰. Este însă imposibil să se neglijeze această teză care exprimă realitatea, din moment ce și în sistemul nostru de drept legea materială sau procesuală lasă uneori la alegerea judecătorului pronunțarea unei soluții sau a alteia.

Astfel, în materia dreptului civil: art. 1495 alin. 2 NCC dispune că instanța, judecătorul poate stabili un termen de plată atunci când natura prestației sau lo-

²⁶ P. Oriante, **Les standards et les pouvoirs du juge**, în J. van Compernelle, *Notes de lecture*, p. 176-191. Vezi și I. Urs, **Criterii de apreciere a prejudiciilor morale și a despăgubirilor bănești pentru repararea daunelor morale**, Dreptul nr. 4/1998, p. 24-35.

²⁷ A se vedea pentru o sinteză a doctrinei și jurisprudenței franceze, T. Barthouil, **Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé**, în *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif* nr. 2/1992, p. 1-53 și nr. 3/1992, p. 620-651.

²⁸ De exemplu, E. Herovanu, **Principiile procedurii judiciare**, București, 1932, p. 95-96 și 344-346 (citată în continuare *Principiile*).

²⁹ T. Drăganu, **Introducere în teoria și practica statului de drept**, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1992, p. 186-201. A se vedea și D. Apostol Tofan, **Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice**, Ed. All Beck, București, 1999, p. 32-36 și 347-373.

³⁰ P. Oriante, **op. cit.**, p. 189.